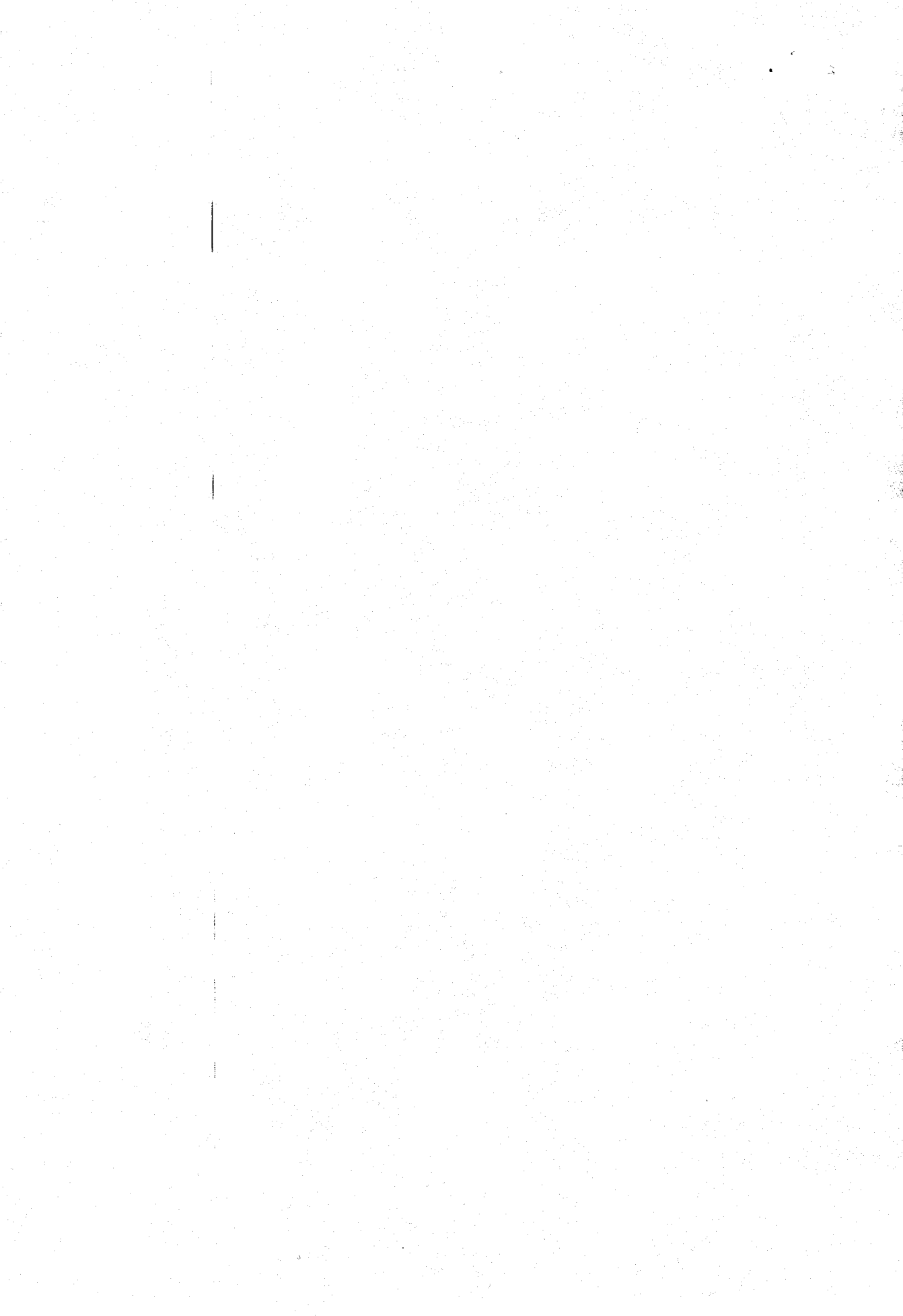


Facultad de Derecho
Universidad Adolfo Ibáñez

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL VII

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL
VIÑA DEL MAR, 2011

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
(COORDINADOR)



A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL ACCESO A LAS PLAYAS DE MAR, RÍOS Y LAGOS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS LIMITACIONES AL DOMINIO

María Agnes Salah Abusleme*

1. INTRODUCCIÓN

A propósito de las obligaciones impuestas a los dueños de los predios colindantes con las playas de mar, ríos y lagos, se ha planteado una interesante discusión en torno a las limitaciones al dominio. Ella se preocupa en primer lugar de determinar la diferencia que existiría entre las limitaciones al dominio y las privaciones al mismo. Sobre la base de que la respuesta a esta pregunta es que las obligaciones que deben soportar los dueños de los predios colindantes a las playas constituyen limitaciones a su dominio, se ha planteado una segunda pregunta, relativa a la gratuidad de dicha obligación y al monto y naturaleza de las reparaciones que pudieran resultar procedentes.

2. REGULACIÓN DEL ACCESO A LAS PLAYAS DE MAR, RÍOS Y LAGOS

El marco normativo general relacionado con el acceso a las playas de mar, ríos y lagos es relativamente sencillo. Por una parte, el Código Civil ha definido a las playas de mar como las extensiones de tierra que las olas bañan y desocupan alternativamente hasta donde llegan en las más altas mareas (artículo 594).¹ A su vez, el mismo Código las ha calificado como bienes nacionales de uso público, esto es, aquellos bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso también pertenece a todos los habitantes de la nación (artículo 589). Dicha calificación también la ha realizado el mismo Código respecto de las aguas, los

* Profesora del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile.

¹ Esta definición también es reiterada por el artículo 1º número 30 del D.S. Nº 2 de 2005, del Ministerio de Defensa, que establece el Reglamento sobre Concesiones Marítimas, modificado por el D.S. Nº 213 de 2006 del mismo ministerio.

ríos y los lagos (artículos 595 y 598).² La única posibilidad de uso particular de estos bienes está dada por los permisos o autorizaciones y las concesiones.³

Naturalmente, para efectos de hacer efectiva la calidad de bien nacional de uso público de las playas de los mares, ríos y lagos por parte de todos los habitantes de la nación, resulta imperativo garantizar y resguardar el acceso a dichos bienes.⁴ En razón de lo anterior, el artículo 13 del D.L. N° 1.939 de 1977 del Ministerio de Tierras y Colonización, que establece las “Normas sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado”, establece que “los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a éstos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto”. Según lo dispone el mismo artículo, la fijación de las correspondientes vías de acceso le corresponde al Intendente Regional, quien lo materializa tras un procedimiento de audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos. Sin embargo, en última instancia, si no se produjere acuerdo entre los particulares y el Intendente o si los primeros no asistieren a la audiencia fijada, el Intendente Regional está facultado para determinar dichas vías de acceso en forma prudencial y evitando causar daños innecesarios a los afectados.⁵

El Decreto N° 1 de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado el 6 de agosto de 1996, intentó reglamentar la aplicación del mencionado artículo 13 del D.L. N° 1.939, estableciendo las normas de procedimiento que la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales debía seguir para la fijación de las vías de acceso a las playas de mar, ríos y lagos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 2 de diciembre de 1996, dictada en causas acumuladas números 245 y 246, lo declaró inconstitucional por exceder el campo de la potestad reglamentaria y entrar de lleno a la órbita del legislador. Es así como en la práctica, la fijación de los accesos a las playas se rige en la actualidad principalmente por la escueta normativa establecida en el D.L. N° 1.939.

² El mismo Reglamento de Concesiones Marítimas ya citado, define en su artículo 1° número 30 a la playa de río o lago como la “extensión de suelo que bañan las aguas en sus crecidas normales hasta la línea de las aguas máximas”.

³ De acuerdo a lo dispuesto por el D.F.L. N° 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas, del Ministerio de Defensa Nacional y su reglamento, contenido en el D.S. N° 2 de 2005, del Ministerio de Defensa Nacional.

⁴ Idea reconocida en las causas del Tribunal Constitucional roles números 1141 (c. 16) y 1215 (c. 22 a 24).

⁵ De esta determinación puede reclamarse a los tribunales ordinarios de justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, los que deben resolver con la sola audiencia del Intendente y de los afectados.

3. OBLIGACIÓN DE PERMITIR EL PASO HACIA LAS PLAYAS DE MAR, RÍOS Y LAGOS ¿LIMITACIÓN O PRIVACIÓN?

El primer tema que se discute en relación con la obligación de dar acceso a las playas de mares, ríos y lagos se refiere a la dilucidación de su naturaleza jurídica. La estructura central de la discusión se ha focalizado en determinar si la obligación de dar acceso constituye una privación del dominio, o bien, una limitación impuesta sobre la propiedad, debiendo soportarla su titular. El desarrollo de esta discusión se ha reflejado en las decisiones de los tribunales nacionales, los que, aparentemente, habrían alcanzado ciertas conclusiones sobre la materia.

El Tribunal Constitucional ha revisado esta discusión en más de una oportunidad. La primera de ellas tuvo lugar el año 1996, al discutirse en la sentencia de 2 de diciembre de 1996 dictada en las causas acumuladas roles N^{os}. 245 y 246 acerca de la constitucionalidad del Decreto N^o 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, antes mencionado, que pretendía regular las obligaciones de paso establecidas en el D.L. N^o 1.939. En dicha ocasión, y más allá de haber declarado inconstitucional el decreto en cuestión, el Tribunal Constitucional estableció en forma expresa que la obligación de los propietarios colindantes constituía una limitación al dominio de sus propietarios y no una privación total del mismo o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso y goce (c. 23).

Para fundamentar su calificación, el Tribunal Constitucional recurrió al tradicional elemento gramatical de interpretación, procediendo a definir lo que debía entenderse por limitación y privación respectivamente. Así, para definir lo que debía entenderse por una privación, el tribunal se remitió por una parte, a un fallo de la Corte Suprema que establecía que ella implicaría "apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía" (c. 22).⁶ Por otra parte, se remitió a la definición de "privación" establecida por la Real Academia, que la concibe como un "despojar a uno de una cosa que poseía". Por otra parte, para definir lo que debía entenderse por una limitación, el Tribunal Constitucional también hizo referencia a la definición considerada por la Real Academia en el sentido que la limitación importaba "acortar, cerrar, restringir" algo. Concluyó en forma adicional, que la limitación, al establecer las cargas al ejercicio de un derecho, debía dejar subsistentes el ejercicio de sus facultades esenciales (c. 23).

Sobre la base de ambas definiciones se puede concluir preliminarmente que el Tribunal Constitucional establece un criterio de grado o magnitud para efectos

⁶ Hace referencia al fallo de 27 de marzo de 1983, que se habría publicado en *RDJ*, 80, 5, 244.

de la determinación si se está ante una privación o limitación. Dicho grado de afectación es asociado en forma abstracta al carácter absoluto del despojo para el caso de las privaciones y a la merma acotada a elementos no esenciales del dominio para el caso de las limitaciones. Para el caso particular de la concesión gratuita de una vía de acceso a las playas, el Tribunal Constitucional consideró en esa oportunidad que es “(...) una limitación al dominio de dichos propietarios, y no una privación total de éste o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce” (c. 23). Agregó además que el fundamento de las limitaciones se encontraba consagrado constitucionalmente en la función social de la propiedad y que en caso alguno podía afectarse la esencia de los derechos de acuerdo por lo dispuesto en los numerales 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución (c. 24).

Además de establecer la naturaleza de la carga de permitir el acceso a las playas, el Tribunal Constitucional también razonó en cuanto al fundamento de la función social de la propiedad que sustenta el establecimiento de limitaciones al dominio. Es así como señaló que “la función social de la propiedad significa que ésta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. La Constitución alemana dice: ‘la propiedad obliga, para hacer notar que el dominio además de conferir derechos, impone deberes y responsabilidades a su titular’” (c. 25).

En un fallo posterior, de 2009, el Tribunal Constitucional tuvo nuevamente la oportunidad de pronunciarse sobre la materia (Rol 1.141). En este caso, se solicitó al tribunal que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 del D.L. N° 1.939, en el juicio sumario de reclamo deducido contra la resolución dictada por la Intendenta Regional de la Araucanía, que determinaba que una porción de un inmueble debía operar como paso peatonal hacia los lagos Villarrica y Huilipilún.⁷ En dicha sentencia se ratificó el criterio de que la obligación de los propietarios colindantes a las playas, ríos y lagos constituye una limitación y no una privación de la propiedad (de hecho realiza una remisión expresa al fallo del Tribunal Constitucional roles números 245 y 246 recién mencionados).⁸ Lo mismo determinó el Tribunal Constitucional en un tercer fallo, dictado el 30 de abril de 2009, en causa Rol 1215, en que nuevamente las requirentes buscaban la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

⁷ Sentencia de 17 de marzo del año 2009, originada por el requerimiento que realizara al Tribunal Constitucional la Sociedad Agrícola del Lago S.A.

⁸ Cita realizada transcribiendo el c. 22 del fallo del Tribunal Constitucional, Rol 505-506, de fecha 6 de marzo de 2007, recogido a su vez de la sentencia dictada por el mismo Tribunal Constitucional el 21 de agosto de 2001 en la causa Rol 334.

del artículo 13 del D.L. N° 1.939 en un juicio de reclamación seguido contra la Intendencia y el Secretario Regional Ministerial de la Octava Región, por la resolución que declaraba como vías de acceso a la playa Pingüeral a las calles del Loteo Pingüeral y a sus servidumbres que daban acceso a la playa. El Tribunal se limitó a reconocer lo establecido por las dos sentencias predecesoras en cuanto a la calificación de la carga como una limitación y no una privación del dominio (c. 21).

Habiéndose establecido que no es una privación, surge la pregunta relativa a los atributos o facultades que se verían afectados por dicha limitación. La sentencia del Tribunal Constitucional del año 1996 mencionó que dicha limitación no afectaba de forma absoluta las facultades de uso y goce (c. 23) y previno que lo que no se puede hacer “(...) es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone”. Pero en el 2009 (sentencia dictada en causa Rol 1141) se avanzó un paso más en el análisis de esta materia. Esta sentencia reflexionó en primer término, en forma abstracta, acerca de las limitaciones a la propiedad en virtud de la función social y su relación con las denominadas “regulaciones expropiatorias”.⁹ Ahondando en la diferencia entre un acto regulatorio y un acto de privación, señaló que este último “(...) tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa”.¹⁰ Tras ejemplificar casos obvios de privación, como cuando se quita totalmente a alguien un bien, y casos claros de regulación, como cuando se refieren a temas más bien irrelevantes para el dominio, el razonamiento del tribunal se centró en casos que podrían considerarse difíciles. Para el Tribunal Constitucional, la posible dificultad que se plantearía en esos casos intermedios más conflictivos, estaría resuelta por la propia distinción establecida en la misma Constitución, la que “trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales”. En un segundo paso, el Tribunal Constitucional ya en forma concreta, se refirió a la forma en que lo anterior debía entenderse respecto de la limitación de los predios colindantes a las playas de mar, ríos y lagos. Así señaló que “la obligación de permitir el paso afecta las capacidades de usar y gozar con exclusividad” (c. 19). En el caso en concreto analizado por el tribunal simplemente se descartó una afectación de dichas capacidades, pues el recurrente

⁹ C. 18, citando a su vez los c. 22 y 23 de las causas del Tribunal Constitucional roles números 505 y 506.

¹⁰ *Ibíd.*

era nudo propietario del predio donde se establecía el paso a la playa del lago Villarrica, por tanto, su derecho esencial se limitaba a la facultad de disponer del predio, facultad que no se veía afectada por la limitación.

Tras determinarse que la obligación de los predios colindantes a las playas de mar, ríos y lagos es una limitación, el Tribunal Constitucional consideró que lo anterior redundaba en analizar si su imposición, fundada sobre la base de la función social de la propiedad, podía considerarse como razonable (c. 22). Para realizar lo anterior, el tribunal realizó un doble análisis. El primero consistió en verificar un análisis de factibilidad de acceso a estos bienes nacionales de uso público. Se señaló así que a las tierras se puede acceder por vía aérea, marítima y terrestre, siendo las dos primeras menos frecuentes por sus mayores costos y dificultades (c. 23). Concluye el tribunal, por tanto, que la cuestionada disposición del D.L. N° 1.939 lo que hace es establecer “un medio idóneo para garantizar el acceso y con ello el efectivo uso público de los bienes nacionales de esa naturaleza” (c. 24). El segundo análisis de razonabilidad que el tribunal realizó se refirió al procedimiento en virtud del cual se establece la limitación. Así, destacó que la ley establece la obligación de no causar daños innecesarios y de observar ciertas formas, dándose facultades a los intendentes para establecer los accesos. Justificaron que la autoridad administrativa sea la que lo haga porque si se diera esa facultad a los tribunales sería muy oneroso (c. 25).¹¹ Por tanto, concluye que la limitación a la propiedad establecida por el precepto legal deber estimarse como constitucionalmente legítima (c. 28). Igual razonamiento, en que se da contenido concreto al criterio abstracto de razonabilidad, se puede encontrar en el fallo dictado con posterioridad por el mismo Tribunal Constitucional.¹² Pero este fallo, además de reiterar el análisis descrito en este párrafo, se preocupó de identificar el fundamento, dentro de aquellos que establece la propia Constitución, que respaldaría esta limitación sobre la base de la función social de la propiedad. Es así como el propio fallo razonó señalando que estas limitaciones, atendida la naturaleza de bien nacional de uso público de las playas, se fundamentarían en razón de la utilidad pública y del interés general de la nación (c. 22 a 24).¹³

De la sumatoria de los casos revisados por el Tribunal Constitucional, se puede llegar al menos a tres conclusiones. Primero, que las limitaciones al do-

¹¹ Resalta el fallo la idea de que la obligación sólo puede imponerse cuando no existen otras vías de acceso, sólo para fines turísticos, se debe fijar con prudencia, con audiencia del propietario y evitando causar daños innecesarios a los afectados (c. 27).

¹² Sentencia de 30 abril de 2009, Rol 1215, c. 16 a 32.

¹³ Se debe hacer presente que de acuerdo con la Constitución, la utilidad pública y el interés general de la nación también constituyen causales de expropiación.

minio, establecidas en virtud de la función social de la propiedad, importan una afectación, al menos en parte, de un atributo o característica del dominio. Lo anterior resulta ser de vital importancia en el sentido que la mayoría de los cuestionamientos de los particulares en relación con aquellas normas que establecen limitaciones a la propiedad insisten en que las mismas constituyen verdaderas expropiaciones. De ser así, se cae en la contradicción básica de que la propiedad sólo coexistiría con la institución que la niega respecto de ese particular, esto es la expropiación, dejando, bajo una mirada eminentemente individualista, inexistente o sin contenido a la institución de la limitación. Esta última, por reconocimiento expreso del legislador, coexiste con el reconocimiento de la propiedad. En el caso particular de estas limitaciones, tendrían sustento en la utilidad pública y el interés de la nación en tener la posibilidad de acceder a bienes nacionales de uso público.

Segundo, que el criterio seguido por el Tribunal Constitucional para determinar si nos encontramos frente a un caso de privación o uno de limitación está dado por la magnitud o proporcionalidad de la carga establecida. Es así como la pregunta relevante es la magnitud o proporción de la limitación en relación con las facultades del dominio afectadas. Dicha determinación se ve unida, en los fallos más recientes, a un análisis de la razonabilidad de la limitación.

La Corte de Apelaciones de Coyhaique, en dos ocasiones, ha tomado una vía de razonamiento distinta a la del Tribunal Constitucional, lo que ha sido confirmado por la Corte Suprema. Así, en vez de dar un contenido a la limitación aludiendo a la razonabilidad de la misma, ha optado por establecer que, atendida la naturaleza de la misma, se debe optar por una interpretación más bien restringida de ella. Así, ha señalado que la normativa del D.L. N° 1.939 se debe interpretar restrictivamente "(...) para conciliar el gravamen impuesto a los propietarios con la gratitud a que deben someterse, en cuanto la vía de acceso tiene sólo un carácter prudencial y necesario, lo bastante como para llegar a tales lugares con facilidad, sin que sea exigible que tal acceso se ajuste a los requerimientos de un camino público para tránsito vehicular, porque para tal efecto el ordenamiento jurídico contempla las normas que facultan a la autoridad para expropiar inmuebles de terceros con el objeto de construir con cargo al erario nacional, caminos que incorporen al resto del territorio a una comunidad aislada por razones de interés general, local o nacional, de sus habitantes".¹⁴

¹⁴ Considerando 8 de la sentencia de la CA Coyhaique de 27 de septiembre de 1996, Rol 24-1.996, confirmada por la Corte Suprema con fecha 17 de marzo de 1997, Rol 3.748-1996; y, considerando 6° de la sentencia de la CA Coyhaique de 8 de abril de 2004, Rol 1-2004, confirmada por la CS con fecha 10 de mayo de 2004, Rol 1.502-2004.

En tercer lugar, se puede concluir que la obligación de permitir el paso impuesta a los terrenos colindantes de las playas de mar, ríos y lagos, constituye una limitación que afecta las facultades de usar y gozar con exclusividad. Resulta interesante mencionar que aparentemente la limitación impuesta a los predios colindantes a playas, ríos o lagos, es singular en cuanto constituye una limitación que afecta el carácter de exclusividad del derecho al uso y goce de los mismos.¹⁵ Dicha limitación, restringe las facultades de uso y goce exclusivo de la propiedad, al menos respecto del retazo de terreno obligado a soportar el paso de los demás habitantes de la nación. Otros tipos de limitaciones afectan a otros atributos y características del dominio. Es así, como generalmente en el caso de las limitaciones relacionadas con la protección de la flora, las limitaciones con fines urbanísticos y las limitaciones destinadas a proteger el patrimonio cultural del país, se ven afectadas las facultades de uso y goce, con la diferencia que en estos casos no se afecta al mismo tiempo la característica de la exclusividad del dominio.

En relación con lo anterior, se plantea la pregunta de si la afectación de ciertos atributos, conjugada con la afectación de ciertas facultades del dominio resulta más gravosa que la carga que se puede seguir en caso de otras conjugaciones, y si ello debiera resultar en alguna consecuencia jurídica.¹⁶

4. GRATUIDAD DE LAS LIMITACIONES AL DOMINIO

Este segundo tópico busca determinar la posibilidad de indemnizar a los dueños de los predios colindantes a las playas de mar, ríos y lagos, partiendo de la base de que las obligaciones que deben soportar constituyen limitaciones a su dominio. Si bien el análisis sobre la gratuidad no debiera contaminar la idea de que una limitación es tal, su discusión estará marcada necesariamente por el hecho que la respuesta sobre la concesión de una indemnización y sus características, debe incorporar la idea que la reparación dice relación con una limitación al dominio y no con una privación del mismo.

¹⁵ Característica que, en conjunto con la soberanía y la perpetuidad, se le atribuye al derecho de propiedad. Ver ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1997, 6ª ed., T. I, pp. 37-39.

¹⁶ Bajo una perspectiva histórica, resulta interesante mirar los casos en que se facultaba al Servicio Agrícola y Ganadero para ordenar el sacrificio de animales por riesgo de fiebre aftosa (facultad establecida, entre otras disposiciones, por el D.F.L. R.R.A. N° 16 de 1963 sobre Sanidad y Protección Animal, el D.S. N° 46 de 1978, sobre Prevención y Control de Aftosa, del Ministerio de Agricultura). En estos casos, se afectaba la perpetuidad del dominio sobre el ganado, poniendo fin a las facultades de uso, goce y disposición sobre el mismo, al menos, en estado viviente. Quizás en razón de los atributos y facultades afectadas se dictó con posterioridad a dictar la ley N° 18.617 que autorizó expresamente al pago de una indemnización en caso de sacrificio de animales decretado por el SAG como medida sanitaria.

A propósito del análisis de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del decreto que pretendía regular al D.L. N° 1.939, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 1996, se refirió expresamente a la idea de la gratuidad de las limitaciones establecidas a fin de permitir el acceso a playas, ríos y lagos. Sin embargo, se debe hacer la salvedad que se refirió a la materia en relación con el decreto N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, cuya constitucionalidad se estaba analizando, y el cual consideraba la determinación de vías, con superficies, deslindes y dimensiones determinadas. En razón de lo anterior, se consideró que la aplicación de dicha normativa sí causaría un daño que afectaba a los atributos o facultades esenciales del dominio de los dueños de los predios, que debía ser indemnizado. En efecto, en esa oportunidad se señaló que "(...) las limitaciones son de tal naturaleza, de acuerdo al citado decreto supremo N° 1, de 1996, que constituirían servidumbres que permitirían verdaderos caminos, tanto para peatones como para buses o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga" (c. 33). En el caso en concreto, la forma en que se estaba materializando la posibilidad de acceder a las playas se asemejaba más bien a una expropiación, esto es, se erigía más bien como una privación. Por ello el razonamiento del tribunal no puede extenderse a las verdaderas limitaciones que se pueden imponer a los predios colindantes de playas de mar, ríos y lagos.

No obstante lo anterior, resulta relevante la jurisprudencia y normativa que de acuerdo con dicho tribunal avalaría la concesión general de indemnizaciones para el caso de las limitaciones al dominio. En su respaldo citó, primeramente, las normas constitucionales que establecerían un principio general de responsabilidad del Estado, entre otras, los artículos 5º, 6º, 7º y 38 de la Constitución (c. 36 y 37). Por otra parte, citó el fallo de la Corte Suprema en la causa *Comunidad Galletué con Fisco*, en que se planteó el problema del pago de indemnizaciones por las limitaciones al dominio impuestas en períodos de normalidad política (c. 38).¹⁷ A continuación, citó normas de rango constitucional, como sería el antiguo artículo 41 N° 8 de la Constitución, de redacción similar al actual artículo 45, referidos a los estados de excepción, y que establecen indemnizaciones por las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades del dominio (c. 39).¹⁸ Por último, citó normas de rango legal que avalarían la concesión de una indemnización, como la ley N° 18.755 que establece el pago de indemnizaciones por parte del

¹⁷ CS, 7 de agosto de 1984, Rol 16.743.

¹⁸ Similar razonamiento se encuentra en voto concurrente del Ministro Navarro en causa conocida por el Tribunal Constitucional, Rol 1.141 y Rol 1.215.

Director del Servicio Agrícola y Ganadero; Ley de Servicios de Gas, N° 18.856; D.F.L. N° 1 de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos y Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones (c. 41).

En relación con estas últimas normas citadas, cabe mencionar que ellas replican el modelo establecido por el Código Civil a propósito de las servidumbres de tránsito reguladas en su artículo 847, que establece el derecho del dueño de un predio para establecer servidumbres de tránsito sobre los predios que se interponen entre su propiedad y el camino público, obligándolo a realizar un pago del valor del terreno necesario para el establecimiento de la servidumbre, así como el resarcimiento de todo otro perjuicio. Sin embargo, todos estos casos se diferencian del caso analizado, en cuanto la parte beneficiada por el establecimiento de las limitaciones no es la nación toda, sino que una persona natural o jurídica en particular. Por su parte, la cita a ley N° 18.755, que establece el pago de indemnizaciones por parte del Director del Servicio Agrícola y Ganadero, aparentemente se fundamenta en la magnitud de la afectación de las especies cuya destrucción se ordena a fin de evitar la propagación de plagas.¹⁹

Por otra parte, los artículos de la Constitución que miran a las indemnizaciones concedidas en estados de excepción no debieran ser equiparados a las indemnizaciones que pudieran resultar procedentes en períodos de normalidad política. En primer lugar, en los períodos de excepción, porque son precisamente períodos de anormalidad política, se asume que existe un mayor riesgo de producción de daños, particularmente por cuanto la determinación de las limitaciones o privaciones las realiza la administración. Adicionalmente, dicha norma, si bien hace uso de la palabra limitación, acto seguido agrega “cuando importen privación de sus atributos o facultades y con ello se cause daño”, lo que hace pensar que la norma más bien se está refiriendo a expropiaciones. Por último, la cita a otros fallos, como el caso Galletué, parece complicada si se considera que ellos han utilizado a la equidad como fuente para justificar la compensación.

Los fallos posteriores del Tribunal Constitucional relativos al acceso a las playas de mar, ríos y lagos, roles números 1.141 y 1.215, no se pronunciaron expresamente sobre la gratuidad de las limitaciones impuestas, por no haber sido dicho asunto sometido a su conocimiento. Sin embargo, el primero de estos fallos, fue tajante en señalar que no porque sea procedente una indemnización se está frente a una privación en forma perentoria (c. 20) y dejó abierta la puerta para una futura discusión. En efecto, señaló que el D.L. N° 1.939 no excluía la indemnización en forma expresa y que su redacción (“facilitar gratuitamente el acceso”) podía entenderse en el sentido que lo que el precepto prohíbe es que los

¹⁹ Similar al caso citado en nota 16.

propietarios del predio colindante a las playas, ríos o lagos, cobren a los usuarios por el derecho a paso, interpretación que no afectaría el derecho del propietario a cobrar una indemnización del Fisco cuando se le imponga la obligación de fijar las vías de acceso correspondientes (c. 33). En todo caso, remarca que también podría el Fisco considerar lo contrario, esto es, que no procede indemnización alguna por dicha limitación (c. 34). Es decir, enuncia las alternativas posibles, pero no se inclina por ninguna de ellas. Cabe en todo caso hacer presente, que dichas sentencias contemplan prevenciones que van en similar sentido al narrado en el párrafo anterior.²⁰

Esa misma postura intermedia ha sido aparentemente sostenida, al menos en forma abstracta, por el Tribunal Constitucional a propósito de otras materias. Así, al referirse a las servidumbres mineras, razonó en el sentido que las indemnizaciones no son obligatorias constitucionalmente, pero que sí son viables. Señala que no obstante ser limitaciones al dominio "(...) ya que permanece el dominio del predio superficial en manos de su dueño y no hay ningún desplazamiento patrimonial sino sólo la generación de la obligación de soportar la servidumbre" y que por lo mismo no sería indemnizable de acuerdo a la regla general dispuesta en el artículo 19 N° 24, inciso segundo, de la Constitución, tanto la LOCCM como el Código de Minería condicionan el establecimiento de la servidumbre a una "previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se cause al dueño de los terrenos ... o a cualquier otra persona" (artículo 122 del Código de Minería)" (c. 21).²¹ Nuevamente se confirma el criterio de que el legislador podría, por tanto, determinar una indemnización en caso que lo estimara, aunque constitucionalmente no estaría obligado a hacerlo. En todo caso, nuevamente no se identifica a la nación toda como la beneficiaria de dichas servidumbres mineras.

En los fallos pronunciados por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, confirmados por la Corte Suprema, se ha insinuado en cambio que la gratuidad debiera ser la inspiración de estas limitaciones. Así ha resuelto que el caso en estudio constituye la imposición de un "gravamen gratuito" a los propietarios aledaños de playas, ríos y lagos. Asimismo, ha remarcado el límite de esta gratuidad, mencionando que la obligación debe entenderse "(...) sin extremar la gratuidad del gravamen al extremo de que los propietarios pierdan el uso de una considerable superficie de terreno para la habilitación de caminos formales con todas la conse-

²⁰ Ver por ejemplo, prevención realizada en voto concurrente del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán en causa Rol 1.141 (c. 7).

²¹ Sentencia de 24 de septiembre de 2009, dictada en Rol 1.284 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inaplicabilidad de los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8° inciso 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras.

cuencias que provienen de su construcción y mantención, ya que de ocurrir esto le ocasionarían un grave menoscabo o detrimento a su patrimonio y derecho de propiedad (...).²² Esto es, mientras se establezca como una limitación razonable ella debe ser gratuita. Agregan los mismo fallos que dicha limitación no debe establecerse “(...) causándole daños más allá de lo que la propia ley establece y sin que para ello se hayan seguido los mecanismos requeridos para privarlo del uso, goce y disposición de la propiedad por causa de utilidad pública o de interés nacional y que permita a quien se siente lesionado ser indemnizado por el daño patrimonial causado”.²³ En caso que se constituya en la práctica como una carga considerable, debe ser entendida como una privación al dominio que debe tratarse de conformidad con la ley.

Igual postura ha sostenido la Corte Suprema a propósito de las limitaciones establecidas con fines de conservación cultural. Así, la Corte Suprema resolvió que no era procedente una indemnización por no existir normas que obliguen al Estado a responder por las mismas.²⁴ El razonamiento de la Corte Suprema radica en señalar que la parte supuestamente afectada alega como infringido el artículo 582 del Código Civil, el cual es meramente “definitorio de una noción jurídica” y que la ausencia de normas de que establecieran la obligación indemnizatoria por parte del Estado no podría mirarse como una inadvertencia del mismo.

Sin embargo, en otras sentencias relativas al establecimiento de limitaciones en beneficio de la protección de especies de la flora que se encuentren protegidas, los tribunales han esbozado la postura contraria en relación con el pago de compensaciones para el caso del establecimiento de limitaciones a la propiedad. Así, la Corte Suprema ha confirmado en esos casos la procedencia de indemnizaciones por el establecimiento de limitaciones, basándose en similares argumentos a aquellos recogidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1996, como son la existencia de un principio general de responsabilidad por parte de las actuaciones del Estado y la existencia de normas constitucionales y legales que se referirían a la concesión de indemnizaciones para casos que consideran que presentan antecedentes de hechos similares (caso Lolco).²⁵

²² Sentencia de la CA Coyhaique de 27 de septiembre de 1996, Rol 24-1996, c. 10, confirmada en CS, 17 de marzo de 1997, Rol 3.748-1996; y, considerando 8° de la sentencia de la CA Coyhaique de 8 de abril de 2004, Rol 1-2004, confirmada en CS, 10 de mayo de 2004, Rol 1.502-2004.

²³ *Ibid.*

²⁴ Sentencia de fecha 5 de octubre de 2010, dictada en causa Rol 552-2008 (c. 37). Lo más singular es que lo hace citando considerandos del denominado caso Lolco, en el que sí se dio lugar a indemnizaciones por las limitaciones establecidas. Ver nota siguiente.

²⁵ CS, 30 de diciembre de 2004, Rol 381-2004 (caso Lolco).

Una posición extrema en favor de la indemnización torna, en la práctica, inexistente la línea entre las privaciones y las limitaciones. Si todo va a ser objeto de indemnizaciones, como si se afectara la esencia del derecho de propiedad por la afectación de los atributos y facultades del mismo, ¿por qué mejor no eliminar la institución de las limitaciones a la propiedad y dejar simplemente vigentes las expropiaciones?

En el caso de adherirse a una posición intermedia, que considere procedente en algunos casos las indemnizaciones, surge la tarea de determinar el fundamento, la procedencia y su monto. En cuanto al fundamento de dichas indemnizaciones los sentenciadores se han inclinado en ciertas ocasiones por la existencia de una responsabilidad de tipo subjetiva del Estado y en otras por la existencia de una responsabilidad de carácter objetiva.²⁶ Más allá del tipo de responsabilidad considerada, resulta interesante mencionar que la jurisprudencia de la Corte Suprema, a propósito de la tributación aplicable a estas indemnizaciones ha señalado que la naturaleza de las indemnizaciones percibidas en este tipo de casos debe calificarse como lucro cesante.²⁷

Como se mencionó en el párrafo anterior, la magnitud de las limitaciones es variable y la afectación de ciertos atributos o facultades del dominio parece ser más severa en algunos casos. Su determinación no debiera ser tan imprecisa como ha parecido ser hasta la fecha. Es por ello que el legislador, o los jueces en subsidio, debieran calificar los casos en que ella es procedente tomando en consideración por una parte nociones propias de la institución de la propiedad, como son la consideración de los atributos y características eventualmente afectados por la limitación, y el principio de igualdad.²⁸ En cuanto al monto de las indemnizaciones, ellas no debieran ser equivalentes a aquellas que se conceden para el caso de las expropiaciones, sobre todo si se tiene presente que, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, la diferencia entre unas y otras es de magnitud. En los casos de expropiación, la justificación

²⁶ Ver análisis realizado por VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, “¿Es Justo que el Estado Indemnice a Quienes Tienen Prohibido Explotar sus Bosques de Araucaria?”, *Conferencias Santo Tomás de Aquino*, 2006, pp. 133-142.

²⁷ Ver fallo de la CS, *Comunidad Galletué con Servicio de Impuestos Internos*, 13 de noviembre del 2000, Rol 335-2000. Dicha decisión adquiere la mayor relevancia si se considera que el artículo 17 número 1 de la Ley de la Renta establece que no constituyen renta y, por tanto, no tributan, aquellas indemnizaciones por concepto de daño emergente o moral.

²⁸ Así por ejemplo, en ciertos casos sobre normas de edificación se ha descartado la indemnización. Así, en *Langlois Vicuña, Felipe contra Director de Obras Municipales de Vitacura*, la Corte Suprema (3 de abril de 1996, Rol 2.997-1995) ha señalado “Que el derecho a edificar en suelo urbano propio es un caso relevante de delimitación legal del contenido normal de la propiedad, derivada de su función social, pues ese derecho debe sujetarse a la regulación de los planes reguladores intercomunales y comunales que provienen de la Ley General de Urbanizaciones y Construcciones, cuyo artículo 57 así lo dispone expresamente (...)” (c. 3).

de la indemnización se encuentra en la constatación de una disminución en el patrimonio del expropiado, por la privación total del mismo. En cambio, en el caso de las limitaciones, la justificación no se encontraría necesariamente en una disminución del valor del bien expropiado. En efecto, no existe certeza respecto a esa disminución de valor, incluso podría pensarse en casos en que el precio de la cosa sufre un aumento gracias a la limitación establecida, por ejemplo, el paso a una playa permite la instalación de negocios lucrativos o el desarrollo de actividades turísticas. Naturalmente también se puede dar el caso contrario, esto es, que implique una disminución del valor del predio en la actualidad (por ejemplo, por la pérdida de privacidad) o puede significar un menor ingreso a futuro producto de la imposibilidad de desarrollar alguna actividad económica respecto del bien o por mermarse el precio que podría obtenerse de una futura enajenación del bien en cuestión. En la práctica se han utilizado como medida del daño a la justicia o equidad (Galletué) o a los antecedentes más serios y cercanos disponibles para la explotación del predio, a saber, los planes de manejo forestales (Lolco). Algo queda pendiente por decir respecto del rol que juegan otras compensaciones indirectas en caso del establecimiento de limitaciones. Así por ejemplo, para el caso de la Ley de Monumentos Nacionales, se estableció recientemente una exención de los impuestos territoriales en la medida que no se destinara al bien afecto a actividades comerciales.²⁹

5. CONSIDERACIONES FINALES

La primera reflexión está destinada a llamar la atención sobre la forma en que deben entenderse, por una parte, los elementos esenciales de la propiedad individual, y por otra, sus posibles limitaciones emanadas de la función social que está llamada a cumplir la misma. Las palabras de Valentín Letelier, en un análisis sociológico del dominio, y refiriéndose al conflicto latente entre los propietarios y la comunidad, destacan las consideraciones de la propiedad en favor de la comunidad de forma inversa a como generalmente se plantea esta ecuación. Así señala que la propiedad individual, por derivarse de la colectiva, "(...) no ha podido nacer sino con limitaciones que suponen el reconocimiento del derecho primitivo de la comunidad (...)"³⁰ Una mayor consideración de una visión de este tipo parece necesaria al analizar las limitaciones al dominio.

²⁹ Modificación introducida, entre otras disposiciones, a la Ley sobre Impuesto Territorial mediante ley N° 20.033 de 2005.

³⁰ LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Génesis del Derecho y de Las Instituciones Civiles Fundamentales*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1967 (1919), p. 111.

Una segunda reflexión radica en la importancia de que ciertos grupos de casos sean analizados en forma conjunta, atendidas las similares preguntas y consideraciones que ellos presentan en su análisis jurídico. Si bien esta creencia en una necesidad de coherencia aparece como extremadamente ambiciosa si se considera que en cada temática la doctrina ha sido cambiante, algunas luces en el sentido mencionado se aprecian en tanto las propias partes y los jueces han realizado referencias cruzadas a la hora de argumentar y resolver estos casos. Aparece como una tarea fundamental el desentrañamiento de las razones detrás de la consideración de una limitación como tal, así como del establecimiento legal de indemnizaciones para ciertos casos y la simple garantía de un debido proceso en otros. Las nociones de propiedad, sus fundamentos, características y facultades tienen algo que decir al respecto.

