



UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE GRADUADOS
FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS EVENTUALES MODIFICACIONES A LA LEY
DEL TABACO.

Informe Jurídico para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público

Autor: DIEGO CORREA PEREIRA
Profesor Guía: FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA
Santiago de Chile, 25 de abril de 2012

Índice de Contenidos

I. Introducción.....	4
i. Hacia dónde se dirige el caso.....	6
ii. Interrogantes planteadas.....	8
II. El Tabaco, las Industrias Tabacaleras y su Regulación.....	9
III. Industria Tabacalera : Imprudencia de Indemnización ante Cambios en la Ley del Tabaco.....	16
A. Inexistencia de una Regulación Expropiatoria.....	16
i. Artículo 4 inciso segundo: Solo formas de ejercicio estatuidas en la ley, no hay propiedad ni derechos adquiridos	23
ii. Artículo 6: Nuevas obligaciones legales para el ejercicio de las actividades económicas y/o limitaciones a la propiedad en base a su función social que no entorpecen severamente la actividad.....	32
iii. Artículo 10 y 11: Sólo situaciones objetivas susceptibles de modificación.....	38
iv. Cambios en la Legislación: No procede la Confianza legítima ni Expectativas Legítimas.....	40
v. Cambios en la Legislación: No hay quebrantamiento del Principio de Proporcionalidad ni Razonabilidad.....	46
B. No se constituye una Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador.....	49
IV. Conclusiones.....	52
V. Bibliografía.....	54

Resumen

Mediante este Informe interesa resolver la controversia jurídica que se genera a propósito del Proyecto de Ley actualmente en tramitación en el Congreso, que propone modificaciones a la Ley del Tabaco. Se analizará la protección que la Constitución Política de la República otorga a la industria tabacalera, con respecto a sus derechos, beneficios e intereses que emanan de la Ley del Tabaco, en caso de aprobarse las modificaciones. La pregunta matriz que guiará a este Informe será la siguiente: ¿El establecimiento de nuevas regulaciones por parte del Estado en materia de tabaco, implicarían para la autoridad una obligación de indemnizar a las industrias tabacaleras, ya sea por concepto de expropiación o por constituirse una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador?. Se concluirá que las políticas de salud en materia de tabaco pueden ser revisadas y reformadas sin indemnización para las industrias tabacaleras –en lo que respecta al análisis en concreto- pues no existiría una privación o expropiación de un derecho de propiedad–inexistencia de derechos adquiridos, expectativas legítimas y confianza legítima-. Asimismo, el Estado Legislador no incurriría en una responsabilidad patrimonial por ejercer su función en caso de aprobarse las variaciones, ante la no presencia de un título de imputabilidad para aquello. De manera que no es constitucionalmente válido que las industrias tabacaleras pudiesen recibir protección constitucional que impidiesen al Estado ejercer las reformas analizadas o incurrir en indemnizaciones.

I. Introducción

1. El presente Informe Jurídico se realiza con el objeto de obtener el grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile¹. Para ello, se efectuará un análisis del Proyecto de Ley presentado como Mensaje a la Cámara de Diputados, el 6 de Septiembre de 2011, con Número 180-359 y Boletín 7914-11², que busca introducir modificaciones a la Ley Número 19. 419³, que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco⁴. El Informe examinará el eventual derecho de las industrias tabacaleras sometidas al régimen de regulación de la Ley del Tabaco a reclamar indemnización⁵, atendido al posible escenario de reforma del marco jurídico que rige sus actuaciones⁶.

¹ESCUELA DE GRADUADOS (2011) p. 2: “La reglamentación universitaria vigente en materia de Postgrado regula la actividad formativa equivalente a tesis como uno de los instrumentos de evaluación destinado a la obtención del grado de Magíster. En relación con el Programa de Magíster en Derecho con y sin menciones un tipo de actividad formativa equivalente a tesis es el instrumento denominado Informe Jurídico. Se trata de la redacción de un texto en que es posible constatar el dominio del estudiante de un área disciplinar y de las técnicas básicas de investigación jurídica. Dicho dominio se exhibe a propósito de la solución a un problema que presenta la aplicación del Derecho”.

² En adelante Proyecto de Ley.

³ En adelante Ley del Tabaco.

⁴ El 18 de enero de 2012 el Proyecto de Ley fue aprobado en sala de la Cámara de Diputados, cumpliéndose con su Primer Trámite Constitucional. Dicha votación no estuvo exenta de polémicas, pues se modificó el Proyecto de Ley en lo que respecta al artículo 10 y 11 que dice relación con los ambientes libres de humo. Se especuló a nivel de prensa sobre posibles errores de los diputados al votar e intenso lobby por parte de la industria tabacalera. Noticias disponibles: <http://diario.latercera.com/2012/01/27/01/contenido/pais/31-98530-9-diputados-admiten-error-en-votacion-que-flexibilizo-nueva-ley-del-tabaco.shtml> y <http://latercera.com/noticia/nacional/2012/01/680-427849-9-manalich-tras-presiones-de-tabacaleras-y-productores-de-alcohol-la-regulacion.shtml> (Fecha de Consulta: 31 de enero de 2012). Asimismo, el 20 de marzo de 2012 en su Segundo Trámite Constitucional, la Comisión de Salud del Senado aprobó el Proyecto de Ley. El Gobierno según lo indicó el Ministro de Salud Jaime Mañalich, pretende introducir indicaciones al Proyecto para “reponer el espíritu original de éste, tras su paso por la Cámara de Diputados”. Noticia disponible: <http://latercera.com/noticia/mundo/2012/03/678-438999-9-ministro-manalich-valora-aprobacion-de-proyecto-que-endurece-normativa-sobre.shtml> (Fecha de Consulta: 26 de Marzo).

⁵ Algunos autores han estimado que la indemnización en materia de expropiación tiene una naturaleza compensatoria por lo que se trataría de una suerte de “contrapartida del enriquecimiento que se produce en el patrimonio público”: ALDUNATE (2006) p. 299.

⁶ Las modificaciones que se analizarán en este Informe son las siguientes: Artículo 4 inciso segundo: Amplia las restricciones de venta y publicidad en locales cercanos a los establecimientos de educación parvularia; Artículo 6: Incorpora las advertencias de los daños y los respectivos porcentajes en el total de los productos de tabaco; Artículo 10: Incorpora los espacios accesibles al público o de uso comercial colectivo donde se está absolutamente prohibido fumar; Artículo 11: Establece los espacios accesibles al público o de uso comercial colectivo donde se está prohibido fumar, salvo en sus patios o espacios al aire libre.

2. Este Informe se abarca desde la perspectiva del derecho público y en particular del derecho constitucional. El análisis se enmarca dentro de la discusión jurisprudencial y doctrinaria de la **regulación expropiatoria** que ha sido definida de la siguiente manera: “(las expropiaciones regulatorias) son el resultado de una actividad normativa lícita que, de facto, resulta afectar la esencia del derecho de propiedad regulado (...) La limitación al dominio –no indemnizable en principio-es en este caso demasiado severa, ha ido demasiado lejos, produciendo un equivalente al de la expropiación”⁷. También es posible encuadrar esta divergencia jurídica en la llamada **responsabilidad patrimonial del Estado Legislador**⁸. La pregunta matriz que guiará a este Informe es la siguiente: ¿El establecimiento de nuevas regulaciones por parte del Estado en materia de tabaco, implicarían para la autoridad una obligación de indemnizar a las industrias tabacaleras, ya sea por concepto de expropiación o por constituirse una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador?.

⁷ MONTT (2005) p. 68. Cabe señalar que en 1922 la Corte Suprema de Estados Unidos, a través del Juez Holmes, que escribe la opinión mayoritaria, determina lo que a partir de entonces debe entenderse por un regulatory taking o regulación expropiatoria: “Mientras la propiedad puede verse regulada hasta cierto punto, si una regulación va demasiado lejos, será considerada una expropiación” (“[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”). A partir de esta conocida sentencia *Pennsylvania Coal Co v. Mahon*, la Corte Suprema aplica la siguiente norma: En determinados casos, si la regulación del derecho de propiedad privada se excede en sus limitaciones, estaremos ante una expropiación. Desde entonces, la Corte Suprema norteamericana ha intentado resolver el problema de determinar cuándo estamos ante una delimitación del derecho de propiedad que va demasiado lejos, y **para ello se pregunta, qué es la propiedad, cuáles son los derechos ya adquiridos y si éstos deben ser indemnizados**”.

⁸ ZUÑIGA (2007) p. 23: “La mentada responsabilidad patrimonial del Estado Legislador concierne a actos legislativos, que adolecen de una potencial inconstitucionalidad, generan una lesión o daño “antijurídico” o injusto a persona o grupo de personas, cuando tal acto establece limitaciones o ablaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente como derechos fundamentales de contenido patrimonial, como el derecho de propiedad y el derecho de libertad económica, siempre que el acto legislativo imponga cargas o deberes que entrañen un sacrificio especial (propio y particular) que vulnere las garantías de igualdad ante la ley e igualdad ante las cargas públicas”.

i. Hacia dónde se dirige el caso

3. Nos interesa referirnos a la protección que la Constitución Política de la República⁹ otorga a la industria tabacalera¹⁰, con respecto a sus derechos, beneficios e intereses que emanan de la Ley del Tabaco, en caso de aprobarse el Proyecto de Ley en curso¹¹.
4. La controversia jurídica sobre el carácter expropiatorio de una medida legislativa que afecte los derechos, beneficios o intereses de la industria del tabaco no es ajena a la historia legislativa sobre la materia:

⁹ Se ha acuñado desde hace bastante tiempo en la dogmática europea y corto lapso en la de nuestro país, el término de Constitución Económica. Tal como lo conceptualiza García Pelayo, se refiere “al conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”. Tales normas sirven de parámetros para el comportamiento de actores económicos públicos y privados, bajo la forma de principios, valores o garantías. La Constitución Económica aborda, al menos tres materias: tipo o tipos de propiedad, formas de relación entre actores económicos, y la distribución de roles entre el Estado y los actores económicos de la sociedad (producción, inversión, distribución y consumo). El término de Constitución Económica utilizada por Beckerath en 1933 en un homenaje a W. Sombart en el contexto de la Constitución Económica de Weimar, que plasma una ideología “liberal-socialista”, viene a superar el término de “orden público económico” que tiene su filiación en la dogmática francesa de raíz privatista en la obra de juristas como Ripert y Fajart, apoyada por algunos autores nacionales como FERNANDOIS (2006) y Luis Montt (Para una mayor profundización sobre la diferencia entre orden público económico y Constitución Económica, véase ZUÑIGA (2001) y GASPAR ARIÑO (2004)). En nuestra Carta Política se propinan una gama de derechos fundamentales de contenido económico, a saber: “El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no se oponga a la moral, el orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” (Artículo 19 número 21); “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica” (artículo 19 número 22); “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza a hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así” (Artículo 19 número 23); “El derecho de propiedad en sus diversas especies” (Artículo 19 número 24); “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de los demás cargas públicas” (Artículo 19 número 20).

¹⁰ Para objetos de graficar lo que significa en términos políticos, económicos y sociales lidiar con los intereses de las industrias tabacaleras ver: <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/02/09/el-largo-brazo-del-lobby-de-las-tabacaleras/> (Consultado el 1 de abril de 2012).

¹¹ Cabe señalar que según el artículo primero transitorio del Proyecto de Ley, las reformas entrarán en vigencia “el primer día del mes siguiente al de su publicación en el Diario Oficial. Con todo, la derogación de los artículos 12 y 13 de la Ley Número 19.419, entrará en vigor un año después de la publicación de esta ley”. Es menester señalar que en esta controversia jurídica **no nos enfrentamos a un problema de irretroactividad sino a uno de intangibilidad orientado hacia el futuro**. La intangibilidad se refiere a la “inmutabilidad de las situaciones o los actos jurídicos creados bajo el imperio de una norma, los que a pesar de eventuales cambios en la normativa quedan regidos por la norma anterior”: SACCO AQUINO (2006) p. 480.

*“El señor ALESSANDRI.— Señor Presidente, aquí hay un problema que afecta el derecho de propiedad de las personas que han registrado una etiqueta en el Departamento de Propiedad Industrial. Este inciso parece modificar ese derecho de propiedad al quitarle el 20 por ciento de la superficie, obligándolo a insertar en ella la advertencia a que se refiere el inciso primero. De manera que se trataría de una infracción a un derecho de propiedad constituido. Por lo demás, se acostumbra colocar las advertencias en los costados o en la cara del paquete donde no figure la etiqueta registrada. Reitero: **habría hasta un problema de constitucionalidad, debido a que está involucrado un derecho de propiedad inscrito, cuya única forma de privárselo al legítimo dueño es mediante la expropiación (énfasis nuestro).** Por eso, si bien ha sido aprobado el inciso primero, sugiero rechazar esta enmienda”.*¹²

5. Ha generado posiciones contrapuestas el límite que la propiedad impone al legislador en su tarea de regular¹³. La magnitud de una regulación no resulta indiferente. Se ha reconocido que **el legislador en su tarea puede limitar intereses sean o no calificables de propiedad, y a su vez, estaría habilitado para privar a los particulares de intereses que no constituyen propiedad**¹⁴. Lo anterior sin incurrir en indemnización alguna por parte de la autoridad.
6. El Tribunal Constitucional ha advertido correctamente que en la regulación siempre hay una pérdida de autonomía o privilegio para el propietario. Sin embargo, no siempre esa autonomía o privilegio implica que estemos en presencia de una propiedad. Ahora, lo anterior no presupone una desprotección constitucional del dominio:

¹² HISTORIA DE LA LEY 19. 419 (1995) p. 310-311.

¹³ De acuerdo a la “teoría del contenido esencial” de la propiedad, una limitación no causará indemnización alguna y el propietario deberá aceptar el sacrificio en razón del concepto de función social de la propiedad. Este criterio ha operado en varios casos del Tribunal Constitucional, a saber: Rol Número 146 de fecha 21 de abril de 1992, Rol Número 167 de fecha 6 de abril de 1993, Rol Número 245 (246) de fecha 2 de diciembre de 1996, y Rol Número 334 de fecha 21 de agosto de 2001. Según sus críticos, esta teoría no provee de elementos concretos ni de métodos realistas para resolver, en una situación específica, si está comprometida la esencia de la propiedad. En el derecho comparado ante la complejidad que significa determinar cuándo se ve comprometida la esencia de la propiedad se avanza hacia la teoría de la expropiación regulatoria, que busca más bien otorgar un método concreto para medir la injerencia hacia la propiedad. Una de sus principales diferencias con la teoría anterior estriba en que reconoce que una simple limitación al dominio tiene la potencia o intensidad para expropiar. El Tribunal Constitucional recoge esta teoría por primera vez en las sentencias Número 505 y 506, ambas de marzo de 2007.

¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol Número 1141 de 2008. Considerando 18.

*“Toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, la regulación de la propiedad. Legitimar cualquier regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturaliza la protección de este derecho fundamental (la limitación tiene límites). **El carácter esencial de lo privado en virtud de la regulación es un parámetro siempre útil y debe utilizarse aunque prima facie, se determine que es una regulación**”¹⁵.*

ii. Interrogantes planteadas

7. Las preguntas en este Informe se enfocarán en saber si: ¿El establecimiento de nuevas regulaciones por parte del Estado, implicarían para la autoridad una obligación de indemnizar a las empresas tabacaleras, por existir un desmedro a los derechos adquiridos o de las expectativas legítimas de éstas? ¿Es responsable patrimonialmente el Estado Legislador por estas modificaciones legales?. O en su vereda contraria, ¿Es constitucionalmente válido que las tabacaleras aduzcan límites para eventuales reformas a su marco regulatorio, que impidan al Estado efectuarlas?

8. Las preguntas nos llevarán a responder lo siguiente: Las políticas de salud¹⁶ en materia de tabaco pueden ser revisadas y reformadas sin indemnización para las industrias tabacaleras –en lo que respecta al análisis en concreto- pues no existiría una privación o expropiación de un derecho de propiedad–inexistencia de derechos adquiridos, expectativas legítimas y confianza legítima-. Asimismo, el Estado Legislador no incurriría en una responsabilidad patrimonial por ejercer su función en caso de aprobarse las modificaciones ante la no presencia de un título de imputabilidad para aquello. De manera que no es constitucionalmente válido que las tabacaleras puedan recibir protección constitucional que impidan al Estado ejercer las reformas analizadas o incurrir en indemnizaciones.

¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Roles Números 505 y 506 ambas de 2007. Considerando 23.

¹⁶ Al Estado le corresponde “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 19 número 9 inciso tercero.

9. El presente Informe se abarcará de la siguiente manera: Primero, se hará una breve descripción de la situación del tabaco y la industria tabacalera en Chile. Luego, nos detendremos en su regulación. Acto seguido, se analizarán los aspectos constitucionales de las reformas que se pretenden introducir, incursionando en dos instituciones: la regulación expropiatoria y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

II. El Tabaco, las Industrias Tabacaleras y su Regulación

10. Chile es el país de la región que más fuma, basándose en el último informe de la Organización Panamericana de Salud¹⁷, que comparó la prevalencia del consumo del tabaco en los 35 países que integran la entidad¹⁸.
11. El consumo del tabaco es la principal causa única prevenible de enfermedad y muerte en el mundo actual. Los efectos dañinos originados en su consumo y la exposición al humo, han dado nacimiento a un mayor control de la industria del tabaco y al mercado de este bien en general¹⁹.

¹⁷ La Organización Panamericana de la Salud (OPS) es un organismo internacional de salud pública dedicada a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud. Dentro del Sistema Interamericano, es el organismo especializado en salud. Véase: <http://new.paho.org/> (Consultada: 20 de marzo de 2012)

¹⁸ INFORME OPS sobre control del tabaco para la región de las Américas (2011) p. 1-20. Disponible online: http://new.paho.org/chi/index.php?option=com_content&task=view&id=417&Itemid=1 (Consultada: 27 de marzo de 2012). Según este informe, en Chile la prevalencia del consumo del tabaco en adultos es de un 35% de la población, cuyo desglose corresponde a un 38% en hombres y un 33% en mujeres. En lo que refiere al consumo en adolescentes el porcentaje corresponde a un 35,1% de la población, correspondiendo un 29,8% en hombres y un 39,8% en mujeres. A nivel adultos, nos siguen países como Argentina (27%), Bolivia (30%) y Estados Unidos (29%). En adolescentes, las naciones que acompañan a Chile en el grupo más prevalentes de consumidores de tabaco son: Brasil (30,1%), Jamaica (28,7), México y Ecuador (28,6%).

¹⁹ El Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco en su prefacio enumera una serie de causas de la masificación del tabaquismo, a saber: liberalización del comercio y las inversiones extranjeras directas; la comercialización a nivel mundial; la publicidad transnacional del tabaco; la promoción y el patrocinio; así como el tráfico internacional de cigarrillos de contrabando y falsificados.

12. Para el Estado la producción y comercialización del bien privado tabaco tiene consecuencias antagónicas. Por un lado, el consumo del tabaco significa bastante en términos de recaudación de impuestos. En el año 2011 se recaudó en Impuesto a Productos Específicos -que se compone del impuesto al tabaco y los combustibles- \$1,8 billones, es decir, US\$ 3.500 millones. Lo que significa el 8% de los ingresos tributarios totales -el tabaco representa un 43% del total de impuesto a los productos específicos-²⁰. Asimismo, las industrias tabacaleras no sólo distribuyen tabaco en Chile sino que además lo producen, lo que permite generar empleos y potenciar la exportación a toda la región²¹.
13. En su cara opuesta, el consumo del tabaco y la exposición a su humo es una prioridad en salud pública debido a las consecuencias nefastas en la salud y vida de las personas²². Para el Gobierno, dentro de los objetivos prioritarios de salud 2011-2020 se encuentra la reducción del consumo del tabaco²³.
14. El Estado regula la actividad del tabaco con el propósito de proteger la salud y vida de las personas (artículo 19 número 1 y 9). Nuestro país ha ido paulatinamente comprometiéndose a nivel internacional y nacional con la regulación de este bien,

²⁰ Al respecto véase: <http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2012/230312noti01ae.htm> (Consultada: 15 de abril de 2012)

²¹ El mercado de la industria tabacalera en Chile se reparte de la siguiente forma: Phillip Morris Internacional (1.5% participación de mercado), Tanasa (1.5% participación de mercado) y British American Tobacco Chile (93% participación de mercado). En cuanto a esta última, posee una fábrica de desvenado en San Fernando en la cual se hace la materia prima (se separa la lámina y la vena de la hoja) y se lleva a la fábrica de Casablanca en donde se producen 20 mil millones de cigarrillos, de los cuales poco más de 5 mil millones son destinados al mercado de exportación y el resto abastece al mercado doméstico. Al respecto véase: <http://www.batchile.com/> (Consultada: 27 de marzo de 2012).

No obstante lo anterior, cabe indicar que el poder de mercado de algunas de ellas ha devenido en prácticas contrarias a la libre competencia: Véase fallo del Tribunal de la Libre Competencia Número 26-2005. Disponible online: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/07/sent_26_2005.pdf

²² Como consecuencia del consumo y exposición al humo del tabaco mueren aproximadamente 6 millones de personas en el mundo. Al menos un millón de esas muertes ocurren en nuestro continente. Para más información véase: <http://www.who.int/es/> y <http://www.chilelibredetabaco.cl/> (Consultada: 1 de marzo de 2012). En Chile, el Ministerio de Salud ha hablado de 14 mil muertes al año producto del consumo del tabaco. Ver: http://www.cooperativa.cl/en-chile-mueren-14-mil-personas-al-ano-por-consumo-de-cigarrillo/prontus_notas/2009-05-29/164404.html (Consultada: 18 de abril de 2012).

²³ INFORME de Salud en Chile (2010). Panorama de la situación de Salud y del sistema de Salud en Chile: Disponible online: <http://new.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20chile%202010.pdf> (Consultada: 20 de marzo de 2012)

efectuando reformas cada vez más restrictivas en la materia. Corolario de lo anterior es el Convenio Marco²⁴ de la OMS para el Control del Tabaco (CMCT OMS)²⁵ ratificado el 13 de junio de 2005²⁶.

15. El Convenio Marco se fundamenta en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷ que declara, “toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El instrumento internacional establece medidas relativas a la reducción de la demanda vinculadas con los precios e impuestos; con la protección a la exposición al humo de tabaco, entre otras²⁸. También se configuran medidas relacionadas a la reducción de la oferta –comercio ilícito de productos de tabaco, venta a menores y por menores, y apoyo a actividades alternativas económicamente viables-. Otra característica del tratado es que contiene disposiciones relativas a la responsabilidad y a los mecanismos de cooperación científica y técnica, y de intercambio de información.

16. Con respecto al contenido de la Ley del Tabaco, se ocupa de actividades relacionadas con productos hechos con tabaco. Esta legislación se enfoca en reglar acciones que inciden sobre la publicidad, comercialización, ofrecimiento y distribución de los productos hechos con tabaco.

17. Es así como por ejemplo, la Ley del Tabaco en materia de publicidad y venta, estipula restricciones. Una de las que será objeto de nuestro análisis, es la

²⁴ En adelante Convenio Marco.

²⁵ Disponible online: <http://www.who.int/fctc/es/> (Consultada: 22 de marzo de 2012).

²⁶ Según el Convenio Marco, el control del tabaco comprende diversas estrategias de reducción de la oferta, de la demanda y de los daños, con objeto de mejorar la salud de la población eliminando o reduciendo su consumo de productos de tabaco y su exposición al humo del tabaco (artículo 1 letra d). Asimismo, el instrumento insta a las Partes “a que se apliquen medidas que vayan más allá de las estipuladas en el presente Convenio”, junto con indicar que “nada en estos instrumentos impedirá que una parte imponga exigencias más estrictas que sean compatibles con sus disposiciones y conformes al derecho internacional (artículo 2 número 1)”.

²⁷ Ratificado por Chile el 27 de mayo de 1989.

²⁸ Algunas de estas medidas apunta a la: Reglamentación del contenido de los productos de tabaco, Reglamentación de la divulgación de información sobre los productos de tabaco; Empaquetado y Etiquetado de los productos de tabaco, Educación, Comunicación, Formación y Concientización del público, Publicidad, Promoción y Patrocinio del tabaco y medidas de reducción de la demanda relativas a la dependencia y al abandono del tabaco.

consagrada en el artículo 4 inciso 2²⁹, que impide la publicidad en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de educación básica y media, y la venta de estos productos en aquellos que se hallen a menos de 100 metros de dichos establecimientos.

18. También se examinarán las advertencias del consumo del tabaco. La actual legislación las consagra y estipula los respectivos porcentajes que se consignan en los envases de los productos. La distribución de los productos y toda acción publicitaria de los mismos, debe de contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas implica el consumo o exposición al humo del tabaco. Estas advertencias se establecen por Decreto Supremo del Ministerio de Salud, quien a su vez debe de diseñarlas. En el caso de los paquetes de cigarrillos o cigarros, bolsas o paquetes de productos hechos con tabaco, esta advertencia deberá figurar en las dos caras principales y ocupar el 50% de cada una de ellas. Asimismo, los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia deberá ocupar el 50% del mismo³⁰.

²⁹ LEY Número 19. 419. Artículo 4° inciso segundo: Se prohíbe cualquier forma de publicidad de productos hechos con tabaco en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de enseñanza básica y media, incluyendo los lugares de venta, salvo lo relativo a los avisos indicados en el artículo anterior. Se prohíbe asimismo, la venta de estos productos en aquellos lugares que se encuentren a menos de 100 metros de distancia de dichos establecimientos. La distancia se medirá desde cada puerta de acceso de los respectivos establecimientos, por aceras, calles y espacios de uso público.

³⁰ LEY Número 19. 419. Artículo 6°.- Todo envase de los productos hechos con tabaco, sean nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberán contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco. Esta advertencia tendrá una vigencia de 12 meses, deberá ser diseñada por el Ministerio de Salud y establecida mediante decreto supremo de este Ministerio, la cual será impresa en las cajetillas o en cualquier envase y no podrá, en ningún caso, ser removible. En el caso de productos importados, deberá ser adherida de manera que no pueda ser despegada fácilmente. En el caso de los paquetes de cigarrillos o cigarros, bolsas o paquetes de productos hechos con tabaco, esta advertencia deberá figurar en las dos caras principales y ocupar el 50% de cada una de ellas. La advertencia se colocará en la parte inferior de cada cara. El decreto indicado establecerá una o más advertencias sucesivas, que podrán ser diseñadas con dibujos, fotos o leyendas. Durante el plazo señalado para cada advertencia, ésta deberá figurar en toda la producción nacional o la importada destinada a su distribución dentro del territorio nacional. Si al entrar en vigencia una nueva advertencia quedaran saldos en bodega con la advertencia anterior, para su distribución se deberá solicitar autorización a la Autoridad Sanitaria que corresponda a la casa matriz del fabricante o importador. Esta excepción sólo podrá alcanzar hasta un

19. Por último, se revisará la protección contra la exposición al humo del tabaco. La Ley del Tabaco consagra en su Artículo 10 los lugares donde se está *absolutamente* prohibido fumar³¹. Luego, en el artículo 11 se establecen aquellos donde se está *relativamente* prohibido fumar³². También se constituye en el artículo 12³³ el sistema aplicable a restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casino de juegos y otros establecimientos similares, disponiendo de un sistema de separación de ambientes para fumadores y no fumadores dependiendo de los metros de superficie del local o de su destino comercial.

monto equivalente a la producción distribuida durante el mes anterior. Los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia confeccionada en los términos de este artículo deberá ocupar el 50% del aviso.

³¹LEY Número 19. 419. Artículo 10.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, incluyendo sus patios y espacios al aire libre interiores: a) establecimientos de educación prebásica, básica y media; b) recintos donde se expendan combustibles; c) aquéllos en que se fabriquen, procesen, depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos; d) medios de transporte de uso público o colectivo; e) ascensores.

³²LEY Número 19. 419. Artículo 11.- Se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre: a) al interior de los recintos o dependencias de los órganos del Estado. Sin embargo, en las oficinas individuales se podrá fumar sólo en el caso que cuenten con ventilación hacia el aire libre o extracción del aire hacia el exterior; b) establecimientos de educación superior, públicos y privados; c) establecimientos de salud, públicos y privados; d) aeropuertos y terrapuestos; e) teatros, cines, lugares en que se presenten espectáculos culturales y musicales, salvo que sean al aire libre; f) gimnasios y recintos deportivos; g) centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general; h) supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público. En los lugares anteriormente enumerados, podrá existir una o más salas especialmente habilitadas para fumar, con excepción de los casos que señala la letra. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, iguales reglas se aplicarán tratándose de empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, en conformidad a las normas del Código del Trabajo. En los lugares de trabajo de propiedad de particulares no comprendidos en el artículo 10 y en los incisos precedentes, la existencia de prohibición de fumar o la determinación de sitios y condiciones en que ello se autorizará serán acordadas por los respectivos propietarios o administradores, oyendo el parecer de los empleados.

³³LEY Número 19. 419. Artículo 12.- En los restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados, y demás establecimientos similares, con una superficie superior a 100 metros cuadrados destinados a la atención de público, para permitir fumar en su interior se deberá separar ambientes para fumadores y para no fumadores, no pudiendo el espacio reservado a estos últimos representar menos del 60 % del espacio total destinado a atención de público. En aquellos lugares señalados en el inciso anterior, pero cuya superficie destinada a la atención de público sea igual o inferior a 100 metros cuadrados, se podrá optar por ser un lugar para fumadores o para no fumadores, de lo que deberá informarse en su acceso. En caso que se opte por ser para fumadores se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo siguiente. Tratándose de discotecas y cabarés, donde se expendan bebidas alcohólicas y se asegure la entrada sólo para mayores de 18 años, se aplicarán las normas del inciso anterior sin la limitación de superficie indicada.

20. En cuanto al Proyecto de Ley analizado, para el Ejecutivo tiene como objeto reducir los índices de consumo del tabaco y la exposición al humo del tabaco. Se indica que las consecuencias económicas, sociales y de salud derivadas del consumo y la exposición al humo de tabaco “hacen relevante reducir los índices de su consumo, siendo necesario tomar medidas adecuadas para reducir la población expuesta, muy especialmente los niños y escolares de nuestro país”³⁴.
21. El Proyecto de Ley se ocupa principalmente de: Modificar las definiciones de los productos que regula utilizando la terminología del Convenio Marco; Aumentar la protección de los menores de edad; Emplear las advertencias adecuadas de los peligros asociados al consumo del tabaco; y Ampliar los ambientes libres de humo.
22. Mediante este informe se analiza las siguientes modificaciones propuestas:
- a. Artículo 4 inciso segundo: Amplía las restricciones de venta y publicidad en locales cercanos a los establecimientos de educación parvularia³⁵.
 - b. Artículo 6: Incorpora las advertencias de los daños y los respectivos porcentajes en el total de los productos de tabaco³⁶.

³⁴ PROYECTO DE LEY (2011) p. 4 y 5.

³⁵ PROYECTO DE LEY (2011) modificación: Artículo 4 inciso segundo: “Se prohíbe cualquier forma de publicidad de productos de tabaco en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de enseñanza parvularia, básica y media, incluyendo los lugares de venta, salvo lo relativo a los avisos indicados en el artículo anterior. Se prohíbe asimismo, la venta de estos productos en aquellos lugares que se encuentren a menos de 100 metros de distancia de dichos establecimientos. La distancia se medirá desde los límites exteriores de los establecimientos por aceras, calles y espacios de uso público, en línea recta y directa, y para ello se utilizará el límite exterior que se encuentre más cercano al establecimiento respecto del cual se efectuará la medición”.

³⁶ PROYECTO DE LEY (2011) modificación: Artículo 6: Todo envase de los productos de tabaco, sean nacionales o importados destinados a su distribución dentro del territorio nacional, y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberán contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que, para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco. Esta advertencia tendrá una vigencia de 12 meses, deberá ser diseñada por el Ministerio de Salud y establecida mediante decreto supremo de este Ministerio, la cual será impresa en las cajetillas o en cualquier envase y no podrá, en ningún caso, ser removible. En el caso de productos importados, deberá ser adherida de manera que no pueda ser despegada fácilmente. En el caso de los paquetes de cigarrillos o cigarros, bolsas o paquetes de tabaco, esta advertencia deberá figurar en las dos caras principales y ocupar el 50% de cada una de ellas. La advertencia se colocará en la parte inferior de cada cara. El decreto indicado establecerá una o más advertencias, que podrán ser diseñadas con dibujos o fotografías y leyendas. Durante el plazo señalado en el inciso primero, éstas

- c. Artículo 10: Incorpora los espacios accesibles al público o de uso comercial colectivo donde se está absolutamente prohibido fumar³⁷.
- d. Artículo 11: Establece los espacios accesibles al público o de uso comercial colectivo donde se está prohibido fumar, salvo en sus patios o espacios al aire libre³⁸

deberán figurar en toda la producción nacional o la importada destinada a su distribución dentro del territorio nacional, en forma simultánea. Los productores, comercializadores o distribuidores deberán incorporar la o las advertencias en similares porcentajes en el total de los productos de tabaco que cada uno de ellos produzca, comercializa o distribuya. Para dicho fin, al inicio de la vigencia de las advertencias, informarán por escrito al Ministerio de Salud las cantidades de productos de tabaco respectivos y la distribución de las advertencias en ellos. Toda modificación a la información señalada deberá ser comunicada al Ministerio de Salud de inmediato. Si al entrar en vigencia las nuevas advertencias quedaran saldos en bodega con las advertencias anteriores, para su distribución se deberá solicitar autorización a la Autoridad sanitaria que corresponda a la casa matriz del fabricante o importador. Esta excepción sólo podrá alcanzar hasta un monto equivalente a la producción distribuida el mes anterior. Los avisos publicitarios en los lugares de venta no podrán ser superiores a dos metros cuadrados y la advertencia confeccionada en los términos de este artículo deberá ocupar el 50% del aviso.

³⁷ PROYECTO DE LEY (2011) modificación: Artículo 10: Se prohíbe fumar en los siguientes lugares:

- a. Todo espacio cerrado que sea un lugar accesible al público o de uso comercial colectivo, independiente de quien sea el propietario o de quien tenga derecho de acceso a ellos;
 - b. Todo espacio cubierto por un techo y que cuente con una o más paredes, accesible al público o de uso comercial colectivo, independiente de quien sea el propietario o de quien tenga derecho de acceso a ellos;
 - c. Espacios cerrados o abiertos, públicos o privados, que correspondan a dependencias de:
 1. Establecimientos de salud, públicos y privados.
 2. Órganos del Estado.
 3. Establecimientos de educación parvularia, básica y media.
 4. Recintos donde se expendan combustibles.
 5. Gimnasios y recintos deportivos.
 6. Aquellos lugares en que se fabriquen, procesen depositen o manipulen explosivos, materiales inflamables, medicamentos o alimentos, y
- d) Medios de transporte de uso público o colectivo, incluyendo ascensores.

³⁸ PROYECTO DE LEY (2011) modificación: Artículo 11: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se prohíbe fumar en los siguientes lugares, salvo en sus patios o espacios al aire libre:

- a) Establecimientos de educación superior, públicos y privados;
- b) Aeropuertos y terrapuestos;
- c) Teatros, cines, lugares en que se presentan espectáculos culturales y musicales;
- d) Centros de atención o de prestación de servicios abiertos al público en general; y
- e) Supermercados, centros comerciales y demás establecimientos similares de libre acceso al público”.

III. Industria Tabacalera: Imprudencia de Indemnización ante Cambios en la Ley del Tabaco

A. Inexistencia de una Regulación Expropiatoria

23. La doctrina de la regulación expropiatoria³⁹ plantea que: “*La regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación.*”⁴⁰.

24. Esta institución⁴¹ de origen jurisprudencial⁴² se manifiesta en una actividad normativa válida o lícita, pero que resulta afectar la esencia del derecho de propiedad regulado. Es decir, cuando una regulación, limitación o restricción a la

³⁹ Los siguientes autores nacionales se han referido al tema al menos indirectamente: ALDUNATE (2006); CORDERO (2006) y (2008); COUSO (2002); DELAVEAU (2006); FERNANDOIS (2010); GARCIA (2011); MARMOLEJO (2003); MOHOR (1989); MONTT (2005); RAJEVIC (1996) y (1998); UGARTE (2001). En autores del mundo anglosajón la discusión puede encontrarse en: EPSTEIN (1985); FISCHER (1996); MICHELMAN (1971) y (1988); PETERSEN (1989); SAX (1964).

⁴⁰ PENNSYLVANIA V. MAHON 260 U.S (1922) (“[W]hile property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognized as a taking”). Redactado por el Juez Supremo Oliver Wendell Holmes Jr.

⁴¹ DELAVEAU (2006) p. 435. El autor señala en su conclusión: “El concepto de regulación expropiatoria va más allá que una simple construcción teórica: es una verdadera institución jurídica en que se articula conceptos básicos del derecho privado como la Propiedad y la Libertad Económica, por una parte, y por la otra, principios fundacionales del derecho público como el Bien común y la Potestad de Policía”.

⁴² DELAVEAU (2006) p. 414, explicando el origen jurisprudencial norteamericano de la institución y citando a CARLTON (1992) indica: “El concepto de expropiación implícita resulta medianamente claro desde 1872, año en el cual se falló el caso *Pumpelly v. Green Bay Co.* La yuxtaposición de las palabras “expropiación” y “regulatoria” data –al menos– de la opinión del juez supremo Holmes en *Pennsylvania Coal v/s Mahon*. Sin embargo, el término “expropiación regulatoria” aparece originalmente en casos federales y estatales publicados desde el final de la década de 1970. Fue utilizado por primera vez en un fallo de la Corte Suprema en 1981, en el voto de disidencia redactado por el supremo Brennan en *San Diego Gas & Electric Company v/s City of San Diego*. Solo tres años antes de este fallo, Brennan redactó el voto de mayoría en otro caso importante dentro de la jurisprudencia de la regulación expropiatoria: *Penn Central Transportation Co. v/s City of New York*. En este caso se rechazó la aplicación de cualquier parámetro objetivo a la regulación de zonas urbanas. Aun así, la legitimación del concepto de regulación expropiatoria fue preservado en la observación de Brennan: “no abrazamos la proposición que sostiene que una expropiación no puede ocurrir a menos que la Administración haya transferido control físico sobre una porción de un predio”. Desde este punto en adelante, la popularidad del término regulación expropiatoria creció rápidamente. De hecho, durante 1992 el término fue utilizado en al menos 36 casos federales, 45 casos estatales y en 25 artículos de revistas de derecho y otras 152 publicaciones”.

propiedad adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación del derecho, constituyéndose en una expropiación⁴³.

25. El Tribunal Constitucional ha reconocido explícitamente esta institución surgida en la jurisprudencia del derecho comparado:

“Así, habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”⁴⁴.

26. En la jurisprudencia norteamericana se han creado diferentes exámenes para determinar si una acción estatal distinta al ejercicio del dominio eminente constituye

⁴³ Se ha dicho que esta institución viene a superar la “teoría del contenido esencial” que propone que sólo deben indemnizarse las limitaciones al dominio que alteren el contenido esencial o priven de sus atributos o facultades esenciales. Algunos casos del Tribunal Constitucional que han sido resueltos aplicando la “teoría del contenido esencial” son: Publicidad Caminera I (1992), Publicidad Caminera II (1993), Playas (1996) y Rentas Vitalicias (2001). Para algunos autores (cfr. FERNANDOIS 2010, p. 317-320), la Expropiación Regulatoria se diferencia de la Teoría del Contenido Esencial, en que la primera reconocería que una simple limitación al dominio tendría la potencia para expropiar y que a su vez esta tesis, haría una valoración esencialmente económica del sacrificio del propietario. Con respecto a este punto, para algunos autores el problema de la aplicación de estos estándares de control regulatorio estaría en la transformación del Tribunal Constitucional en un órgano decisor de políticas públicas, lo que podría plantear controversias desde la perspectiva de la técnica como de la legitimidad democrática. Para una posición crítica de que Tribunal Constitucional asuma estas funciones véase MONTT (2006). Para posiciones más bien optimistas de que los jueces sean los llamados a otorgarle contenido a las políticas públicas véase: GARCIA(2011) y HART ELY (1980).

Para ALDUNATE (2006) p. 296: “queda claro que 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 el 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””.

⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Roles Números 505 y 506, ambas 2007. Considerando 22.

expropiación. El examen que más ha predominado en el último tiempo es el de Penn Central de tres factores⁴⁵.

27. En el caso Penn Central⁴⁶, la Corte Suprema estadounidense en un esfuerzo por darle contenido a la institución de la regulación expropiatoria crea tres factores, que han ido variando de contenido, para acercarse al carácter expropiatorio de una regulación⁴⁷: i. El Impacto Económico de la acción estatal: que se refiere cuando una regulación disminuye notablemente el valor de una cosa⁴⁸; ii. La extensión de la interferencia en relación a las expectativas económicas razonables de la inversión del particular: que en la mayoría de las veces apunta a dilucidar la previsibilidad de la acción del Estado dada por una “*advance notice of a regulatory constraint*”⁴⁹; iii. El carácter de la acción estatal⁵⁰.

28. En lo que atiene a la jurisprudencia alemana del Tribunal Constitucional Federal, han existido diferentes enfoques para tratar de circunscribir conceptualmente la diferencia entre expropiación y delimitación. Una de estas teorías es la llamada “teoría de la gravedad de la lesión”, que consiste en cuando la regulación legal

⁴⁵ PENN CENTRAL TRANSPORTATION Co. v/s NEW YORK CITY 483 U.S. (1978).

⁴⁶ Este test o examen de los tres factores es el que se ha venido aplicando desde hace aproximadamente 25 años. Sin embargo, las críticas apuntan a que la Corte Suprema no le ha dado una re-significancia ni ha explicado cómo se aplican adecuadamente. DOREMUS (2003): “*The Court has many times repeated the list of Penn Central factors, but has never refined the meaning of those factors, or explained how they should be weighted.*”

⁴⁷ ECHEVERRIA (2005) p. 172. “*In an apparent effort to begin to give some content to regulatory takings analysis, the Court identified three factors with “particular significance” in a takings case: (1) the “economic impact” of the government action, (2) the extent to which the action “interferes with distinct investment-backed expectations,” and (3) the “character” of the action.*”

⁴⁸ La Corte no ha sido concordante en sus fallos en cuanto al rol que juega este factor para el análisis expropiatorio. Sin embargo, la Corte parece haberse decidido que el impacto económico debe ser severo no obstante, ha resultado dificultoso determinar en la práctica la severidad del mismo: ECHEVERRIA (2005): “*While it is clear that only severe economic impact can support a finding of a taking, actually implementing this principle has turned out to be technically challenging.*”

⁴⁹ ECHEVERRIA (2005) p. 183.

⁵⁰ La Corte ha variado su postura para definir la significancia de este factor. Generalmente este factor se utiliza para determinar si existe una ocupación física de la propiedad (physical occupation) tangible lo que en la mayoría de los casos se traducirá en expropiación; para otros casos se usa para determinar si estamos frente a una regulación que implica un interés legítimo para el Estado (Failure to Substantially Advance); una tercera definición se enfoca en el balance entre el interés público de la acción estatal y la carga que debe soportar el particular (Public Interest); otro uso que se le ha dado apunta a la reciprocidad y generalidad (Reciprocity/Generality). Cfr. ECHEVERRIA (2005).

impone un sacrificio patrimonialmente grave, deja de tener carácter regulador y pasa a tener carácter expropiatorio⁵¹.

29. Las expropiaciones regulatorias en el derecho comparado generalmente se han visto en casos relativos al uso y goce de bienes raíces. Sin embargo, en nuestro país, un caso particular lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional 505 y 506 mencionadas, que plantean las interrogantes de hasta qué punto un cambio en una regulación tienen efecto en un contrato previo válidamente celebrado y si cualquier alteración en el precio por usar un bien implica privación del dominio⁵².

30. Ahora en lo que respecta a este apartado, interesa saber si con la nueva regulación se privaría de derechos de propiedad (expropiación) a las industrias tabacaleras, lo que obligaría eventualmente al Estado a indemnizarlas⁵³. Pondremos el foco en investigar sobre la existencia de derechos de propiedad⁵⁴ por parte de la industria tabacalera. Ese paso previo es esencial para saber si estamos ante una privación del dominio: si no ocurre aquello simplemente no hay indemnización que deba ser pagada.

⁵¹ Sin embargo, a partir de dos sentencias de 1979 y 1981, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal cambia su rumbo, desarrollando la doctrina de la separación, según la cual limitaciones y expropiaciones son dos categorías conceptualmente distinguibles y separadas, de manera tal que una regulación delimitadora/limitadora de la propiedad no puede llegar a transformarse en una expropiación. Al respecto véase ALDUNATE (2006) quien cita a STERN (2006).

⁵² Para ROMERO (2007) p. 44: “El fallo parece bien orientado, pero en él no se entra a un análisis concreto de cuál fue la magnitud de la pérdida de utilidad o beneficio económico o lucro”.

⁵³ Se ha dicho por autores con marcada tendencia liberal que de no pagar el Estado lo debido traería consecuencias en la Economía, pues no habría incentivo para los particulares en invertir o adquirir bienes. Al respecto véase: POSNER (2003).

⁵⁴ La Corte Suprema norteamericana no ha otorgado un concepto unívoco sobre lo que considera propiedad. Algunos de estas definiciones han sido: a. Propiedad como cosa tangible (Penn Central Station Co. v/s New York City); b. Propiedad como derechos económicamente valiosos creados por el derecho positivo (Keystone Bituminous Coal Association v. Debenedictis); Propiedad como derecho adquirido económicamente valioso, creado por el derecho positivo (Bowen v/s Public Agencies Opposed to Social Security Entrapment). Al respecto ver: GARCIA(2011) quien cita a PETERSON (1989).

Protección de la propiedad en la Constitución

31. La Constitución asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales⁵⁵. Por ende, no se discute que el derecho de propiedad recae sobre bienes incorporeales. Ahora tal como vimos, distinto es estimar que cada aspecto de un privilegio o libertad que otorga una ley es un derecho de propiedad⁵⁶.
32. Asimismo, se ha reconocido que el dominio puede estar sujeto a gravámenes, cargas u obligaciones, sin que por ello exista expropiación. Lo anterior mientras la regulación no implique entorpecer gravemente, haciendo inviable o excesivamente oneroso el desenvolvimiento de la actividad económica⁵⁷.
33. El Tribunal Constitucional ha asumido en concordancia con lo estipulado en el artículo 19 número 22 y 24 de la Constitución, que determinadas empresas, sectores, o zonas geográficas soporten ciertas cargas o gravámenes aunque no implique transferencias de recursos al afectado, para lo cual se deben dar ciertas condiciones:

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Artículo 19 número 24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del único patrimonio ambiental. Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

⁵⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 505 y 506, ambas de 2007. Considerando 23. “...a partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular. Si tuviéramos por propiedad cada aspecto de esa autonomía, privilegio, ventaja o libertad, la regla constitucional que permite limitar la propiedad equivaldría a letra muerta, lo que se contradiría con múltiples fallos de este Tribunal que han tolerado”.

⁵⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 1669, de 2012. Considerando 87. “Que eso explica que, por una parte, esté sujeta a una serie de obligaciones, prohibiciones y cargas; y que toda regulación que no implique entorpecer gravemente, haciendo inviable o excesivamente oneroso el desenvolvimiento de la actividad económica, debe ser asumida y soportada por la concesionaria”.

que la medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación; y que esa obligación sea especial⁵⁸⁵⁹.

Actividades Económicas de la Industria Tabacalera sometidas a la Ley del Tabaco

34. La Ley del Tabaco define para todos los efectos legales a la industria tabacalera como aquella que “*comprende a fabricantes, distribuidores mayoristas e importadores de productos hechos con tabaco*”⁶⁰. Se entiende por fabricante aquel que “*fabrica*” o es “*dueño de una fabrica*” que tiene como objeto fabricar, es decir, “*producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos*” o “*elaborarlos*”. Por distribuidores se comprende, una “*empresa dedicada a la distribución de productos comerciales*” y distribución constituye “*reparto de un producto a los locales en que debe comercializarse*” y mayorista es el que lo realiza “*en cantidades grandes*”. Importadores son aquellos que “*introducen en un país mercancías extranjeras*”⁶¹.

35. La Constitución en su artículo 19 número 21, le otorga derecho a las industrias tabacaleras⁶² a realizar actividades económicas relacionadas con los productos hechos con tabaco. Lo anterior bajo la forma establecida en la Ley del Tabaco.

36. Ahora bien, el tabaco es un bien privado que puede ser adquirido por todos (19 número 23). Sin perjuicio de aquello y tal como revisamos con anterioridad, el

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 1669, de 2012. Considerando 88. “*Que este tribunal, en base a lo dispuesto en el artículo 19 número 22 de la Constitución, ha considerado ajustado a la carta fundamental que ciertas empresas (las compañías de seguro) soporten el pago de los accidentes del trabajo de los bomberos, sin tener vínculo contractual con ellos (STC 1295/2009) lo hizo sobre la base de considerar que la Constitución permite imponer gravámenes especiales que afecten a algún sector, actividad o zona geográfica. Dicho gravamen lo definió señalando que es “una obligación que deben de soportar todos los sujetos, que operen en un determinado sector, actividad, o territorio, siendo por tanto general, aunque no implique transferencia de recursos; que esa medida se establezca en aras del interés general; que no implique una genuina expropiación, y que esa obligación sea especial (STC 1295-2009)”*.”

⁵⁹ También se ha sostenido que el urbanizador de un terreno determinado debe destinar un porcentaje para ser cedido gratuitamente, con el fin de que en él se habiliten áreas verdes o se construya equipamiento comunitario. Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 253-2007.

⁶⁰ LEY Número 19. 419. Artículo 2 letra b.

⁶¹ Definiciones extraídas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima Segunda Edición.

⁶² A toda persona natural o jurídica.

consumo del tabaco y la exposición al humo del tabaco traen aparejados consecuencias negativas para la salud de las personas⁶³ y es el Estado al que le corresponde “la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (artículo 19 número 9 inciso tercero), quien ante los efectos en esta área regula las actividades económicas relativas a este bien (artículo 19 número 21).

37. Consecuencialmente, las industrias tabacaleras se someten a la Ley del Tabaco (y a otras normas⁶⁴) para poder realizar sus actividades económicas con productos hechos con tabaco. Así tenemos medidas relacionadas, por ejemplo, con la prohibición de publicidad en la señales internacionales de los medios de comunicación chileno o en páginas de internet (artículo 3 inciso segundo), o prohibiciones a las estrategias de comercialización al prohibir ofrecer compensación directa o indirecta por la compra de una producto (artículo 5), y otras limitaciones, en el ofrecimiento y distribución. En la práctica, algunas de estas actuaciones son cumplidas directamente por la industria tabacalera y otras se efectúan por diversos entes privados, como por ejemplo, los dueños de los puntos de venta encargados de la venta hacia el público⁶⁵.

38. Las industrias tabacaleras entonces tendrán derecho a efectuar su actividad económica ligada al bien tabaco con las formas establecidas en la Constitución y las leyes.

⁶³ Ver párrafo 13 y 14.

⁶⁴ Por ejemplo en materia de impuesto (Decreto Ley Número 828), se le aplica una tasa según el producto de tabaco. A los puros se les aplica una tasa de 52,6%, al tabaco elaborado una tasa del 59,7%. Cada cigarrillo paga un impuesto específico equivalente a 0,0000675 UTM y además cada paquete, caja o envoltorio paga un impuesto de 62,3% que se aplica sobre el precio de venta al consumidor.

⁶⁵ TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. Número 26, de 2005. Considerando 5: “Las Industrias Tabacaleras distribuyen a kioscos de diarios y revistas, y a almacenes de menor tamaño (denominado canal de distribución “*Low Trade*”), como también a supermercados, estaciones de venta de combustibles y almacenes de mediano y gran tamaño (denominado canal de distribución “*High Trade*”). La comercialización a los puntos de venta se realiza ya sea directamente o a través de comerciantes mayoristas”.

i. *Artículo 4 inciso segundo: Solo formas de ejercicio estatuidas en la ley, no hay propiedad, ni derechos adquiridos.*

39. Para el primer caso analizado el actual *artículo 4 inciso segundo*, la Ley del Tabaco estipula por un lado la forma de *vender* y por el otro la manera de *publicitar*. La publicidad posee cierta condición: se prohíbe en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de distancia de los establecimientos de educación básica y media. En cuanto a la manera de vender, se somete a la prohibición de no hacerlo en lugares que se encuentren a menos de 100 metros de estos establecimientos.

Forma de Publicidad: Obligación legal para el titular de una autorización municipal.

40. La publicidad es definida por la Ley del Tabaco como “*toda forma de promoción, comunicación, recomendación, propaganda, información o acción con el fin o el efecto de promover un producto hecho con tabaco o el consumo del tabaco*”⁶⁶.

41. La acción de publicitar un producto como el tabaco es una actividad económica lícita al no ser contraria a la moral, al orden público, y a la seguridad nacional. Sin embargo, para su ejercicio debe someterse a la forma de publicitar que estatuyen las normas legales (artículo 19 número 21).

42. Al respecto el TC ha indicado: “ (...) *usualmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y usualmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, significa que toda persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen*”⁶⁷.

⁶⁶ LEY Número 19.419. Artículo 2 letra a.

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 467-2007. Considerando 27. También véase STC número 280, Considerando 22.

43. En consecuencia, en nuestro país, toda persona natural o jurídica, en este caso, la industria tabacalera si quisiese publicitar su producto deberá hacerlo ajustándose a la forma que indica la norma del artículo 4 inciso segundo de la Ley del Tabaco⁶⁸. La Ley tiene un “grado de autonomía suficiente para reglar, en forma prudente, y dentro de latitudes razonables, el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución. Ello implica que si la ley establece requisitos para el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución, no constituye necesariamente y por sí mismo una causal de inconstitucionalidad. Tampoco necesariamente tales requisitos constituirán un impedimento para el ejercicio de ese derecho”⁶⁹.
44. Ahora bien, el artículo analizado hace referencia “a los *lugares* que se encuentren cercanos a los establecimientos”, por lo que para llevar a cabo la acción de publicidad aplicable a la figura del precepto legal, tendrá que instalarse propaganda o publicidad de un producto o bien, ya sea en un *espacio público o privado*, y hacerse bajo la forma que indica la Ley del Tabaco. Para lo anterior tendrá que presentarse una solicitud de un *permiso o autorización municipal*⁷⁰. Toda instalación de publicidad se rige por la Ordenanza del Plan Regulador Comunal, por las

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 146, del año 1992. Considerando 9. “(...) del tenor del artículo 19 número 21 resulta que los que desarrollen una actividad económica deben someterse a las normas legales que la regulen. Por regular debemos entender, según el Diccionario de la Real Academia, “ajustado y conforme a las reglas”. De lo anterior, se infiere que sujetar una actividad a una regulación significa establecer la forma o normas conforme a las cuales debe realizarse, pero en caso alguno puede ser que bajo el pretexto de regular llegue a impedir el ejercicio de una actividad”

⁶⁹ CARMONA (2002), p. 13.

⁷⁰ Un ejemplo: Dispone el artículo 51 de la Ordenanza Municipal de Vitacura, que para poder instalar la publicidad en un espacio público se debe de obtener un “permiso de la Dirección de Obras Municipales presentando los antecedentes que se indican en el Artículo 2.7.10 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones”. Para “toda instalación publicitaria que se ubique en el espacio reservado para Caminos Públicos bajo tuición MOP, debe contar además, con un Permiso otorgado por la Dirección Regional de Vialidad RM”. Con respecto a la instalación de publicidad en espacios privados señala el artículo 52: “Se prohíben las instalaciones publicitarias en propiedad privada que puedan ser vistas u oídas desde el espacio público”. Sin embargo, el mismo artículo 52 establece excepciones. Una de estas es la artículo 52 número 3: “Provisorios en obras en construcción: Son aquellas instalaciones publicitarias ubicadas en terrenos con edificios en construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación, mantención, remodelación o demolición. Para su autorización, la obra debe tener permiso otorgado, vigente y sólo puede instalarse al interior del predio, por el periodo de ejecución de las obras. Se permiten ocupando sólo la mitad del frente del predio, con una medida vertical máxima de 3,50m y colocado a 2m máximo del nivel natural de terreno. Estas instalaciones publicitarias podrán contar con iluminación, excepto en zonas U-V y UPVEV”.

Ordenanzas de Propaganda y Publicidad que dicte cada Municipalidad, y según lo que ordena el Título 2 del capítulo 7 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción⁷¹.

45. En ese sentido, la industria tabacalera que pretenda concretar una acción de publicidad en un lugar determinado deberá solicitar un permiso o autorización municipal, la cual queda sometida a la forma de publicitar que estatuyen las leyes. Por lo tanto, *la forma de publicitar del precepto legal bajo análisis y establecida en la Ley de Tabaco es una obligación legal para el titular de una autorización administrativa (municipal).*

46. La limitación legal en este caso pesa sobre el titular de un permiso o autorización definido como “*un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma*”⁷². Existe un derecho preexistente del titular en este caso la industria tabacalera y su derecho a publicitar el tabaco, que no nace con la autorización o permiso administrativo, pero que a través de ella se permite su libre ejercicio, removiendo los límites o condiciones establecidos a dicho ejercicio una vez comprobado que se cumplen las condiciones a su ejercicio y no es contrario al interés público. Se ha indicado que dicho acto administrativo se caracteriza esencialmente: “*a) por la circunstancia que puede recaer tanto en particulares como en personas públicas; b) habilita indistintamente para desarrollar una actividad jurídica o una actividad material; c) es un acto unilateral, aunque sea dictado a instancia del interesado; d) es previo al acto o hecho que realiza la persona autorizada; e) no es imperativo, de modo que habilita para realizar un acto o hecho, quedando el interesado en libertad de decidir su realización; f) usualmente debe ser expresa; y g) pueden ser revocadas cuando el interés público lo exija, salvo que se hubiere acordado un plazo determinado o existan normas que limiten dicha potestad. La doctrina además ha diferenciado entre autorizaciones por operación y autorizaciones de funcionamiento, en las que existe una vinculación permanente con la administración, con el fin de tutelar el*

⁷¹ Disponible en: http://www.minvu.cl/opensite_20070404173759.aspx

⁷² PARADA (1999) p. 393.

interés público, admitiéndose la posibilidad de modificar el contenido de la autorización para adaptarlo, en forma constante, a dicha finalidad, durante el tiempo en que se realice la actividad autorizada”⁷³.

47. Por lo tanto, la restricción del *artículo 4 inciso 2*, no constituye un derecho de propiedad, sino que tan sólo una obligación legal o regulación sobre la forma de publicitar que pesa sobre el titular de una autorización administrativa, la cual le permite como particular ejercer libremente su derecho a desarrollar la actividad económica, garantizada por la Constitución Política de la República⁷⁴.

48. En definitiva la modificación que plantea el Proyecto de Ley que “amplia las restricciones de publicidad en locales cercanos a los establecimientos de educación parvularia”, mal podría constituir un limitación o privación del dominio (artículo 19 número 24), pues la obligación legal no constituye un derecho de propiedad para las industrias tabacaleras. **Éstas al publicitar en espacios públicos o privados ejercen la titularidad de una autorización administrativa que en sí misma no crea derechos sino que tan sólo permite el ejercicio libre del derecho a la actividad económica, que a su vez debe ceñirse a las formas de publicitar que exigen las normas en este caso la Ley del Tabaco, para dar cumplimiento al precepto constitucional del artículo 19 número 21.**

49. Una acción económica que es en principio libre como es la de realizar acciones de publicidad con respecto a un bien, se sujeta a una autorización administrativa, que remueve el obstáculo para ejercer un derecho y que el titular de dicha autorización deberá cumplir con obligaciones o formas que impone la ley. Dichas formas a partir

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 467-2006. Considerando 40.

⁷⁴ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Número de Dictamen 29554 de 2007. “Es importante consignar que el artículo 19, N° 21, de la Carta Fundamental, garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Por consiguiente al tenor de este precepto las regulaciones esenciales inherentes a esta materia deben estar contenidas en una ley, lo cual se deduce también al concordar esta disposición con el artículo 63, N° 2, de la Carta Suprema conforme al cual sólo son materias de ley las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”.

de la nueva regulación serán extensivas a “lugares cercanos a los establecimientos de educación parvularia”, sin alterarse derechos de propiedad.

Forma de Vender

50. En cuanto a la acción de *vender* sometida a la prohibición de no hacerlo en lugares a menos de 100 metros de los establecimientos básica y media, cabe hacer una diferenciación: En caso que se estime que las industrias tabacaleras realizan la función de *vender directamente al público* por estar dentro de su giro comercial (cuestión que no ocurre en la práctica); y para casos que se entienda que *la actividad de vender al público directamente no es realizada* por la industria tabacalera sino por terceros (por ejemplo, por lo dueños de los puntos de venta).

Forma de vender directamente al público: regulación legal que recae sobre un titular de una autorización administrativa que ejerce una actividad económica sometida a la norma.

51. Si nos ponemos en la situación de que la actividad de vender al público directamente la realiza la industria tabacalera por estar dentro de su giro comercial, es decir, para el caso hipotético de que una tabacalera fuese dueña de un punto de venta dedicada a la venta directa de ese bien al público, actualmente se le aplicaría la regulación de venta del artículo 4 inciso segundo. Y en ese sentido ante un cambio de esa *forma de vender* sería aplicable la argumentación recién expuesta para el caso (i.).

52. Así, para que una persona natural o jurídica pueda ejercer la acción económica de vender tabaco garantizada por el artículo 19 número 21, deberá cumplir dos condiciones según revisamos: ser una actividad lícita y sujetarse a las normas legales. Por lo que para vender productos hechos con tabaco deberá ajustarse a la Ley del Tabaco. Ahora bien, para el ejercicio de la actividad económica de vender

tabaco en un *lugar determinado*⁷⁵ se tendrá que a su vez solicitar un permiso o autorización a la autoridad municipal. Dicho permiso o autorización⁷⁶ según vimos, no crea derechos sino que remueve los obstáculos para poder ejercitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en este caso, vender tabaco⁷⁷.

53. De manera que un cambio en esta ley no es más que un **cambio en la regulación legal que recae sobre un titular de una autorización administrativa que ejerce una actividad económica sometida a la norma**⁷⁸. Sólo mediante la dictación de una nueva ley puede restringirse o ampliarse las limitaciones que contiene la norma. En palabras de la Contraloría General de la República:

*“En la especie, el artículo 4 de la Ley 19.419 contempla una norma de carácter prohibitivo que impide el libre ejercicio de la actividad económica de venta de tabaco en los lugares que ella determina, y por ende, sólo mediante la dictación de una nueva ley podrían restringirse o ampliarse las limitaciones que contiene. En estas condiciones, resulta además evidente que tratándose de esta clase de disposiciones no tiene cabida el ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución en cuanto a fijar condiciones o elementos esenciales de la prohibición, pues ésta sólo puede ser configurada por el legislador”*⁷⁹.

⁷⁵ DECRETO LEY NUM. 3.063, DE 1979, SOBRE RENTAS MUNICIPALES. Artículo 26.- Toda persona que inicie un giro o actividad gravada con patente municipal presentará, conjuntamente con la solicitud de autorización para funcionar en un local o lugar determinado, una declaración jurada simple acerca del monto del capital propio del negocio, para los efectos del artículo 24. Asimismo, en los casos que corresponda deberán efectuar la declaración indicada en el artículo anterior. La municipalidad estará obligada a otorgar la patente respectiva, sin perjuicio de las limitaciones relativas a la zonificación comercial o industrial que contemplen las respectivas ordenanzas municipales y a las autorizaciones que previamente deben otorgar en ciertos casos las autoridades sanitarias u otras que contemplen las leyes.

⁷⁶ Debemos hacer mención que dentro de las atribuciones de las Municipales está administrar los bienes municipales y nacionales de uso público, en base al artículo 5 letra c) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dentro de las atribuciones del Alcalde se encuentra la de “Otorgar, renovar y poner término a los permisos municipales”, según el artículo 63 letra g) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Asimismo el interesado deberá pagar a la Municipalidad los derechos municipales, siguiendo lo estipulado en el artículo 40 de la Ley de Rentas.

⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 467/2006. Considerando 42: “La autorización no hace sino remover el límite, la barrera o el obstáculo jurídico que impedía el ejercicio del derecho preexistente (Ariel González Vergara, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, p. 34). De este modo, la autorización, a diferencia de lo que ocurre con la concesión, “no confiere ningún derecho ex novo al administrado, sino que se limita a remover los obstáculos para el ejercicio de alguno...”.

⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 1669, de 2010. Considerando 67: “Que, al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que el artículo 19 número 21 de la Constitución convoca a la normativa legal para la regulación de la actividad económica.”

⁷⁹ CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Número de Dictamen 29544 del año 2007.

La actividad de vender al público no está dentro del giro comercial: no hay derechos adquiridos sobre la legislación.

54. Si consideramos la segunda situación, esto es, que no esté dentro del giro comercial de las industrias tabacaleras realizar venta directa al público en locales comerciales que pudiesen estar cercanos a los establecimientos mencionados, la limitación y la nueva regulación *no afectarían directamente* a la industria tabacalera⁸⁰. Sin embargo, alguien podría señalar que la nueva regulación que amplía las formas de venta *produciría un efecto o consecuencia indirecta* a la industria tabacalera.
55. ¿De qué manera? Una opción es argumentar que podría afectar los intereses económicos que tiene la industria tabacalera sobre la actual prohibición que establece la normativa, es decir, *un interés económico no respaldado por la legislación*. O asimismo, que la nueva regulación podría alterar *las expectativas de ganancias de la industria tabacalera*, en el sentido de que mientras menos áreas posibles de oferta o venta para distribuir sus productos menor van a ser las ganancias por la producción del bien.
56. Sin embargo, no es correcto desde el punto de vista constitucional señalar que las industrias tienen un derecho de propiedad sobre ese interés económico o sobre las posibles rentas económicas, **pues esos intereses o beneficios no se encuentran respaldados jurídicamente por la creación de titularidades o derechos subjetivos**. No existen derechos adquiridos⁸¹ sobre ese interés económico o sobre

⁸⁰ Lo anterior debido a que la forma de vender que estatuye el artículo 4 inciso 2 tiene incidencia directa para quienes en la práctica venden en locales comerciales aledaños a los establecimientos básica y media; y no para quienes distribuyen como son las tabacaleras.

⁸¹ La doctrina de los derechos adquiridos en nuestro país se ha tratado principalmente a propósito de una nueva regulación que altera derechos derivados de un contrato vigente celebrado con anterioridad. El Tribunal Constitucional ha modificando su postura con respecto a este punto. Históricamente se ha resuelto este problema desde un **punto de vista civilista “clásico”**, es decir, a partir del artículo 22 de la Ley sobre Efectos Retroactivos: “En todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Esta norma obligaría a respetar el contrato tanto a las partes contratantes como al Estado y al resto de la sociedad. Habría tanto sobre los derechos que emanan del contrato como sobre la regulación legal anterior vigente en aquella época, un derecho de propiedad que les permitiría ejercer su

las rentas que se generan en la actual regulación, que impidan al Congreso modificarla⁸².

57. En efecto, la industria tabacalera **no posee un derecho adquirido sobre los intereses económicos creados a partir de una regulación o un derecho**

respeto y cabal cumplimiento”. Dicha postura es defendida por autores como RODRÍGUEZ GREZ (1995), ARÓSTICA (2007). Véase también algunos fallos: Corte Suprema Rol 15952-1992 y Tribunal Constitucional 207/2005.

Este punto de vista civilista clásico fue variando desde el propio derecho civil estableciéndose una **argumentación opuesta**: Se criticó el recurrir al Artículo 22 de la Ley de Efectos Retroactivos pues se trataría de una norma legal susceptible de ser dejada sin efecto por otra norma de igual categoría. Además se estimaba que el artículo 12 de la misma ley permitía argumentar de forma opuesta, al estipular que “todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”. En definitiva, plantea que una norma regulatoria no necesita estipulación especial para entenderse incorporada en un contrato entre particulares y que la no observancia de este contenido implícito (norma regulatoria legal o reglamentaria) adolecería de objeto ilícito. En tal sentido se sostiene que no se puede alterar, modificar o dejar sin efecto por acuerdo privado entre las partes (ex ante o ex post) el contenido de una regulación, ya que tal situación implicaría incorporar al comercio normas indisponibles para los particulares. Se concluye que no se puede tener derecho de propiedad sobre normas, debido, en último término, a que la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, no sobre toda clase de cosas, ya que hay cosas que no son apropiables, por ende, no son bienes”. Véase: Sentencias Corte Suprema Roles Número 2472-99, 3603-01, 660-03.

Por último, y en lo que constituye una **argumentación abordada desde el derecho constitucional**, el Tribunal Constitucional indica que “los derechos que nacen de contratos entre privados no están inmunes a ser limitados o regulados en conformidad a la Constitución” y que no “habría nada en la naturaleza del derecho de propiedad que impida limitarlos en función de la razón social de la propiedad”. Sostener la intangibilidad absoluta de los derechos que nacen de los contratos carecería de fundamento constitucional. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional número 505-06.

Para un completo análisis sobre las distintas posturas revisar: ROMERO (2007).

⁸² CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Número de Dictamen 52866/2010: “En efecto, en el entendido que lo que se reclama por el actor sea una protección a su patrimonio, por concepto de aquellas mayores remuneraciones que, en su opinión, le hubiese correspondido percibir desde que, a su juicio, debió haber sido ascendido al grado de Coronel, **se debe expresar que nunca ha estado en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad sobre esos montos, por lo que no puede alegar un derecho de propiedad sobre estipendios que no ha recibido y sobre los cuales, además, se discute, en esta misma acción, si correspondía su percepción.**

Por su parte, si lo alegado por el recurrente es una supuesta vulneración del derecho de propiedad del cargo que él afirma debiera servir, es preciso consignar que la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha declarado que “el derecho a la función invocado y que protegería la garantía constitucional establecida en el N° 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, constituye un derecho estatutario derivado del ingreso a un cargo público, el que se encuentra sujeto a requisitos habilitantes tanto de ingreso como de permanencia, y en tal virtud, no puede estimarse como integrante del patrimonio de una persona ni objeto del derecho de propiedad o dominio a que la disposición constitucional se refiere”, tal como lo señaló la Corte de Apelaciones de Rancagua, en la sentencia recaída en el Recurso de Protección Rol N° 891-1994”.

adquirido sobre futuras ganancias⁸³, ya que no hay un respaldo en el ordenamiento jurídico para aquello, constituyen solo meras expectativas y sostener lo contrario, implicaría que la industria tabacalera tuviera un derecho de propiedad sobre la legislación, que impediría al Estado realizar reformas o modificaciones a las políticas públicas del tabaco⁸⁴. Cuestión que se ha negado tajantemente por el Tribunal Constitucional⁸⁵.

58. Al respecto la jurisprudencia comparada ha señalado que la Constitución protege, antes que crea, intereses en la propiedad, por lo que la existencia de intereses en la propiedad se determina por referencia a las “normas vigentes”; las meras expectativas unilaterales no se protegen por el derecho de propiedad⁸⁶.

⁸³ Desde una mirada civilista y para el autor Guzmán Brito, una interpretación literal y sistemática de los artículos 565, 582, 583 y 584 del Código Civil no permite concluir que los titulares de un derecho tengan un derecho de dominio sobre ese derecho. Determinar cuáles son los derechos reales es fácil, ya que estos son solo aquellos que la ley declara tales. No ocurre lo mismo con los derechos personales, ya que estos son todos aquellos que nazcan de las fuentes de las obligaciones, ya sea del contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito o la ley. El problema se produce respecto de la ley, ya que, según Guzmán Brito, “el derecho contemporáneo ha hecho caer en crisis al sistema clásico de fuentes, porque el papel más bien modesto que en él ocupaba la ley como causa de derechos personales, vino ahora a ser sustituido por una posición sobresaliente de la misma en tal función, surgiendo así una multitud de derechos subjetivos legales. En opinión de Guzmán Brito, algunos de estos derechos subjetivos legales constituyen verdaderos derechos, tales como aquellos de naturaleza laboral o previsional. Sin embargo, no ocurre lo mismo con los llamados “derechos de la persona”, ya que en la mayoría de los casos se presenta el problema de la indeterminación de la prestación correlativa”. Asimismo, hace una crítica a la inflación de derechos, consistente en mirar como nuevos derechos innatos los que en verdad no son más que “pretensiones, aspiraciones e intereses subjetivos”, los que no son derechos judicialmente reclamables”. Indica que la Ley, en consecuencia, puede efectivamente atribuir ventajas subjetivas, incluso no patrimoniales, pero estas no serán derechos personales”. Cfr. SACCO AQUINO (2006).

⁸⁴ GARCIA DE ENTERRÍA (2003) p.58: “la mutabilidad es la esencia de las situaciones legales y objetivas”

⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 467 .Considerando 37. “*que sostener lo contrario importaría la pretensión por parte del titular de una autorización habilitante (ciertamente no convencional o contractual) de un verdadero “derecho de propiedad” sobre toda legislación, de modo que se incorporaría al patrimonio de cualquier entidad la totalidad de la normativa vigente al momento de iniciar una actividad económica, la que se petrificaría y sólo podría modificarse previa expropiación, argumentación que no admite en principio justificación constitucional en atención a la naturaleza del título de la requirente*”.

⁸⁶ DIMITRAKOPULUS (2007) p. 820: “*Because the Constitution protects, rather than creates, property interest, the existence of a property interest is determined by reference to “existing rules or understandings that stem from an independent source such as state law”.* “*Mere unilateral expectation or an abstract need is not a property interest entitled to protection*”. El autor cita los siguientes casos: Phillips v. Washington Legal Found., 524 U.S. 156, 164 (1998), quoting BD. Of Regents of State Colls. V. 408 U.S 564, 577 (1972).

59. Para el Tribunal Constitucional Español ese interés debe tratarse de un derecho actual consolidado:

“Sólo son expropiables, y por tanto indemnizables, la privación de bienes o derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aún no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones de precario); pero en ningún caso los son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales y futuros. En la medida en que como se ha dicho, no existe un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, debe concluirse que de lo que se ha privado a jueces y magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria”⁸⁷.

ii. **Artículo 6: Nuevas obligaciones legales para el ejercicio de las actividades económicas y/o limitaciones a la propiedad en base a su función social que no entorpecen severamente la actividad.**

60. El actual artículo 6 apunta a la regulación de dos actividades económicas: *distribuir* y *publicitar*. Estas acciones lucrativas pueden ser desarrolladas por toda persona natural o jurídica y se consagra protección constitucional para ello, mientras las actividades sean *lícitas* (no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional) y *respeten las normas legales que la regulen* (artículo 19 número 21).

61. El precepto legal analizado nos señala por un lado la forma de realizar la acción de distribuir envases de productos con tabaco y por el otro la manera de realizar la publicidad de éstos. Menciona que estos envases deben ir con una advertencia la cual se imprime o adhiere a la cajetilla o al aviso publicitario, con determinadas proporciones (50%) y diseños (se determina por el Ministerio de Salud mediante decreto supremo y tiene una vigencia de 12 meses).

62. En ese sentido la industria tabacalera que pretenda publicitar y distribuir productos

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Número 108/1986. Considerando 20.

comerciales lo hará según las formas del artículo 6 de la Ley del Tabaco.

63. Por lo tanto, en base a lo explicado precedentemente sabemos que la actual limitación legal no es una regulación de la propiedad sino es una medida que recae sobre dos actividades o acciones económicas: publicitar y distribuir.

64. Ahora, la pretendida reforma del artículo agrega que “*Los productores, comercializadores o distribuidores deberán incorporar la o las advertencias en similares porcentajes en el total de los productos de tabaco que cada uno de ellos produzca, comercializa o distribuya*”. Por ende, la autoridad pretende hacer extensiva la medida para la actividad de producir y comercializar, y con respecto a todos los productos de tabaco. Por lo tanto, aquellos productos de tabaco que en la actualidad no requieren de advertencias, con la eventual modificación legal tendrán que incorporarlas con los debidos porcentajes y diseños dados por la autoridad. La pregunta que cabe hacer es si con esta nueva regulación ¿se afectaría algún derecho de propiedad industrial de las empresas tabacaleras?

65. La propiedad industrial recibe protección constitucional en el artículo 19 número 25 inciso tercero⁸⁸ y está regulada en la Ley 19. 039. Esta Ley protege la propiedad industrial sobre las marcas, las patentes, de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer (artículo 1). Cabe advertir que constituyen derechos de propiedad industrial en la medida que se obtenga el título de protección o concesión otorgada por el Departamento de Propiedad Industrial y bajo las formas

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLITICA. Artículo 25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley. Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior,

protegidas por la Ley de Propiedad Industrial⁸⁹.

66. Las industrias tabacaleras comercializan distintas marcas comerciales de tabaco⁹⁰. Las marcas comerciales reciben protección constitucional del artículo 19 número 25 como propiedad industrial y por el tiempo que establece la ley. Sin embargo, la nueva medida no incide sobre la marca comercial de las industrias tabacaleras, pues “la advertencia no recae sobre el signo” ni tampoco “sobre las frases de propaganda”, como lo exige el artículo 19 de la Ley de Propiedad Industrial⁹¹. Dichas marcas comerciales se mantienen intactas con la advertencia y los titulares pueden gozar de protección.

67. Las industrias tabacaleras distribuyen en envases sus productos de tabaco. Esos envases constituyen diseños industriales (artículo 62 inciso 4) siempre que reúnan la condición de novedad. Sin embargo, la nueva regulación no afecta el envase, ya que no se ve alterada la fisonomía del mismo, ni su forma tridimensional asociada⁹².

⁸⁹ LEY Número 19. 039. Artículo 3°.- La tramitación de las solicitudes, el otorgamiento de los títulos y demás servicios relativos a la propiedad industrial competen al Departamento de Propiedad Industrial, en adelante el Departamento, que depende del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Las solicitudes podrán presentarse personalmente o mediante apoderado. La presente ley garantiza que la protección conferida por los derechos de propiedad industrial que aquí se regulan, se concederá salvaguardando y respetando tanto el patrimonio biológico y genético como los conocimientos tradicionales nacionales. El otorgamiento de los derechos de propiedad industrial que constituyan elementos protegibles, que hayan sido desarrollados a partir del material obtenido de dicho patrimonio o de dichos conocimientos, estará supeditado a que ese material haya sido adquirido de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

⁹⁰ Por ejemplo, PM comercializa marcas como Marlboro, Chesterfield, Benson & Hedges, Parliament, Virginia Slims, L&M, Philip Morris y Bond. BAT, comercializa principalmente Belmont y Derby. Tanasa comercializa la marca Pacific.

⁹¹ LEY Número. 19. 039. Artículo 19.- Bajo la denominación de marca comercial, se comprende todo signo que sea susceptible de representación gráfica capaz de distinguir en el mercado productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales. Tales signos podrán consistir en palabras, incluidos los nombres de personas, letras, números, elementos figurativos tales como imágenes, gráficos, símbolos, combinaciones de colores, sonidos, así como también, cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente distintivos, podrá concederse el registro si han adquirido distintividad por medio del uso en el mercado nacional. Podrán también inscribirse las frases de propaganda o publicitarias, siempre que vayan unidas o adscritas a una marca registrada del producto, servicio o establecimiento comercial o industrial para el cual se vayan a utilizar. La naturaleza del producto o servicio al que la marca ha de aplicarse no será en ningún caso obstáculo para el registro de la marca.

⁹² LEY Número. 19. 039. Artículo 62.- Bajo la denominación de diseño industrial se comprende toda forma tridimensional asociada o no con colores, y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distinga de sus similares, sea por su forma,

68. También, las industrias tabacaleras tienen una propiedad industrial sobre el dibujo que se encuentra en la cajetilla, llamado dibujo industrial. Bajo esta denominación se comprende *“toda disposición, conjunto, o combinación de figuras, líneas o colores que se desarrollen en un plano para su incorporación a un producto industrial con fines de ornamentación y que le otorguen, a ese producto, una apariencia nueva”* (artículo 62 inciso 3).
69. Ahora, *a priori*, es dable señalar que la nueva medida legal incide sobre este dibujo industrial, pues al incorporar la advertencia deberá hacerlo ocupando el 50% del envase del producto. Por lo tanto, todo indicaría que la medida legal presupondría una modificación del dibujo industrial, al cambiar sus proporciones y sus dimensiones. Sin embargo, y sin desconocer esta mirada *a priori*, cuando nos detenemos en la protección de la propiedad industrial sobre el dibujo industrial vemos que esa afirmación no es correcta, ya que **a partir de la propia Ley de Propiedad Industrial (artículo 63 que reenvía al artículo 37 letra e), los cambios de dimensiones y proporciones de un dibujo industrial quedan excluidos de la protección que la ley le otorga al titular de la concesión**⁹³.

configuración geométrica, ornamentación o una combinación de éstas, siempre que dichas características le den una apariencia especial perceptible por medio de la vista, de tal manera que resulte una fisonomía nueva. Bajo la denominación de dibujo industrial se comprende toda disposición, conjunto o combinación de figuras, líneas o colores que se desarrollen en un plano para su incorporación a un producto industrial con fines de ornamentación y que le otorguen, a ese producto, una apariencia nueva. Los dibujos y diseños industriales se considerarán nuevos en la medida que difieran de manera significativa de dibujos o diseños industriales conocidos o de combinaciones de características de dibujos o diseños industriales conocidos. Los envases quedan comprendidos entre los artículos que pueden protegerse como diseños industriales, siempre que reúnan la condición de novedad antes señalada. Los estampados en géneros, telas o cualquier material laminar quedan comprendidos entre los artículos que pueden protegerse como dibujos industriales, siempre que reúnan la condición de novedad antes señalada.

⁹³ El artículo 63 de la Ley de Propiedad Industrial, indica que las disposiciones del Título III relativas a la patente de invención son aplicables a los dibujos y diseños industriales. En tanto, el artículo 37 e), excluye de la protección del dibujo industrial los cambios en dimensiones y proporciones que no resuelvan un problema técnico.

LEY 19. 039. Artículo 63 señala.- “Las disposiciones del Título III, relativas a las patentes de invención, son aplicables, en cuanto corresponda, a los dibujos y diseños industriales, sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en el presente Título. En lo que respecta al derecho de prioridad, éste se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 bis de esta ley. La declaración de nulidad de los dibujos y diseños industriales procede por las mismas causales señaladas en el artículo 50 de esta ley”.

LEY 19. 039. Artículo 37: No se considera invención y quedarán excluidos de la protección por patente

70. De tal forma no es dable señalar que las nuevas modificaciones legales implican una afectación de un derecho de propiedad industrial, pues no afectan la marca comercial, tampoco el envase ni el dibujo industrial, todas figuras protegidas por la Ley de Propiedad Industrial; **sino que simplemente constituyen nuevas obligaciones legales que regulan actividades económicas relacionadas con el tabaco.**
71. Ahora, aun en el caso de que se estimase que con la variación de las dimensiones y proporciones del dibujo industrial se estaría afectando algunas de las facultades de uso y goce del derecho de propiedad industrial, dicha limitación no constituiría una expropiación.
72. Según lo establecido en el artículo 19 número 25 inciso cuarto, se le aplican a este derecho “los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del 19 número 24”. Cabe mencionar que las industrias tabacaleras producen y distribuyen un bien llamado tabaco, que como se mencionó es un bien privado cuyo consumo trae aparejado un riesgo para la salud (artículo 19 número 1) de las personas y en algunos casos la vida de ellas (19 número 1). Lo anterior explicaría la regulación y que la actividades relacionadas con el tabaco, y los derechos de propiedad que se tenga con respecto a este bien estén sometida a diversas prohibiciones.
73. En cuanto a la regulación de la propiedad, siempre implica la pérdida de una ventaja o beneficio. Las limitaciones importan una disminución al derecho del propietario, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros. Se trata de limitaciones que

de esta ley: e) El nuevo uso, el cambio de forma, el cambio de dimensiones, el cambio de proporciones o el cambio de materiales de artículos, objetos o elementos conocidos y empleados con determinados fines. Sin perjuicio de lo anterior, podrá constituir invención susceptibles de protección el nuevo uso de artículos, objetos o elementos conocidos, siempre que dicho nuevo uso resuelva un problema técnico sin solución previa equivalente, cumpla con los requisitos a que se refiere el artículo 32 y requiera de un cambio en las dimensiones, en las proporciones o en los materiales del artículo, objeto o elemento conocido para obtener la citada solución a dicho problema técnico. El nuevo uso reivindicado deberá acreditarse mediante evidencia experimental en la solicitud de patente.

impone la ley en relación al ejercicio del derecho de propiedad derivado de su función social, y no serían más que obligaciones o deberes de hacer, de no hacer o de dar⁹⁴

74. Para este caso, la función social de la propiedad estaría dada por la salubridad pública, atendido a las consecuencias en salud pública que hemos revisado. Por lo que la advertencia sería una obligación de hacer a que está afecta la función social de su propiedad industrial destinada a “prevenir a las personas de los efectos aparejados que lleva fumar tabaco”, para proteger la salud y vida de las personas⁹⁵.

75. Lo anterior no implicaría un desplazamiento patrimonial, ya que con esta no se despoja o quita de una determinada propiedad al titular sino que determina las reglas a que debe ajustarse el ejercicio de este derecho, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad⁹⁶. El titular del dibujo podrá seguir usando, gozando y disponiendo de su derecho de propiedad industrial, no obstante, lo hará bajo las medidas y obligaciones estipuladas en el nuevo artículo, en caso que quisiese ejercer sus actividades económicas. **Lo previo no implica entorpecer o**

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol 1669-10. Considerando 90. “*Que las limitaciones al dominio, ha señalado este Tribunal, “importan una disminución al derecho de propiedad, sea porque restringen sus facultades para usar, gozar y disponer de sus bienes, sea porque le imponen obligaciones a favor de terceros (Aylwin, Patricio; Derecho Administrativo; t. III; Editorial Universitaria; Santiago 1959, pág.169; han sido definidas como “aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivado de la función social de este último” (Rajevic, Enrique; Limitaciones, Reserva Legal, y contenido esencial de la propiedad; en Revista Chilena de Derecho; Vol Número 23 número 1 página 46. En consecuencia no son más que deberes de hacer, no hacer o de dar (STC 1295/2009)”*

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. C-491/01, de 2002. Considerando 131: “*En cuanto al artículo 5 de la Directiva, la obligación de que se haga constar en los paquetes de cigarrillos indicaciones relativas a su contenido de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono y de que se mencionen en las unidades de envasado de los productos del tabaco advertencias sobre los riesgos para la salud que implican dichos productos son medidas aptas para alcanzar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. En efecto, tales obligaciones constituyen un método reconocido para incitar a los fumadores a reducir su consumo de productos del tabaco o a consumir productos menos nocivos para la salud”.*

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. NÚMERO 505, de 2007. Considerando 22. “*Un acto de privación 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”.*

hacer inviable la actividad económica⁹⁷, pues nada obsta a que el dibujo industrial, la marca comercial y su envase, le siga confiriendo a su titular el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico, y podrá impedir que cualquier tercero, sin su consentimiento, las utilice en el curso de las operaciones comerciales (artículo 19 bis d y 49 Ley de Propiedad Industrial).

76. De una manera similar lo ha comprendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

“(132) En consecuencia, al exigir el artículo 5 de la Directiva que se aumenten los porcentajes de las superficies que han de reservarse a tales indicaciones y advertencias en ciertas caras de las unidades de envasado de los productos del tabaco, en una proporción que deja espacio suficiente a los fabricantes de estos productos para colocar otros elementos, en particular, los relativos a las marcas, el legislador comunitario no se extralimitó en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia. (152) “De los apartados 131 y 132 de la presente sentencia resulta que el artículo 5 de la Directiva tiene por único efecto limitar el derecho de los fabricantes de productos del tabaco a utilizar el espacio de algunas de las caras de los paquetes de cigarrillos o de las unidades de envasado de tales productos para colocar en él sus marcas, sin menoscabar la esencia de su derecho de marca, efecto con el que se pretende garantizar un nivel elevado de protección de la salud en la supresión de las trabas derivadas de las legislaciones nacionales en materia de etiquetado. El artículo 5 de la Directiva constituye, a la luz de este análisis, una restricción proporcionada al ejercicio del derecho de propiedad, compatible con la protección que confiere a éste el Derecho comunitario”⁹⁸.

iii. Artículo 10 y 11: Sólo situaciones objetivas susceptibles de modificación.

77. El Proyecto de Ley plantea diversos cambios en materia de ambientes libres de humo. Principalmente, propone la prohibición absoluta de fumar en espacios cerrados o cubiertos por un techo que sea accesible al público o de uso comercial colectivo, y cuyo dueño sea privado o el propio Estado.

⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Número 1669, de 2012. Considerando 87. “*Que eso explica que, por una parte, esté sujeta a una serie de obligaciones, prohibiciones y cargas; y que toda regulación que no implique entorpecer gravemente, haciendo inviable o excesivamente oneroso el desenvolvimiento de la actividad económica, debe ser asumida y soportada por la concesionaria*”.

⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. C-491/01, de 2002. Considerandos 132 y 150.

78. Se trata de medidas que amplían las restricciones de consumo del tabaco y que tienen como objeto básicamente prevenir a los fumadores pasivos⁹⁹. Sin duda, esta nueva regulación incide sobre la demanda al establecer límites al fumador¹⁰⁰, no obstante, también constriñe al ofertante, más aún a los dueños de restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casinos de juego, quienes la Ley del Tabaco los obliga a separar ambientes para permitir fumar¹⁰¹.

79. Ahora bien, en cuanto a las industrias tabacaleras, no es correcto señalar que la actual legislación en ambientes libres de humo que permite fumar en lugares públicos cerrados sometido a ciertas condiciones y su consecuente modificación, constituye una reforma que afecte un derecho de propiedad, un argumento contrario, significaría admitir una titularidad de dominio sobre la legislación completa que analizamos con anterioridad. **La norma crea una situación jurídica objetiva o impersonal, de la cual no se tiene derecho de propiedad y no impediría efectuar reformas al legislador.**

80. Sobre este punto vale la pena recordar la conceptualización de la doctrina de las “situaciones jurídicas”¹⁰², formulada por el autor francés León Duguit en su “Traité

⁹⁹ Se ha estimado que son 600 mil personas las mueren por alguna enfermedad a causa del humo del tabaco. Véase: <http://www.who.int/topics/tobacco/es/> (consultada: 20 de marzo de 2012)

¹⁰⁰ No es propósito de este Informe revisar los conflictos que se generan con respecto a la autonomía de la voluntad y el paternalismo estatal.

¹⁰¹ LEY Número 19.419. Artículo 12: En los restaurantes, bares, pubs, discotecas, cabarés, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados, y demás establecimientos similares, con una superficie superior a 100 metros cuadrados destinados a la atención de público, para permitir fumar en su interior se deberá separar ambientes para fumadores y para no fumadores, no pudiendo el espacio reservado a estos últimos representar menos del 60% del espacio total destinado a atención de público. En aquellos lugares señalados en el inciso anterior, pero cuya superficie destinada a la atención de público sea igual o inferior a 100 metros cuadrados, se podrá optar por ser un lugar para fumadores o para no fumadores, de lo que deberá informarse en su acceso. En caso que se opte por ser para fumadores se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el artículo siguiente. Tratándose de discotecas y cabarés, donde se expendan bebidas alcohólicas y se asegure la entrada sólo para mayores de 18 años, se aplicarán las normas del inciso anterior sin limitación de superficie indicada.

¹⁰² GARCIA DE ENTERRIA Y FERNANDEZ (2001) P. 93: “El tema de la posible eficacia de los derechos adquiridos como posible obstáculo a un cambio de regulación, ha solido abordarse en Derecho

de Droit Constitutionnel”. El autor francés, hace la distinción entre “situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, generales o impersonales”. Las primeras son “situaciones especiales, individuales y temporales, y su contenido y extensión están determinados por un acto singular distinto de la ley, aunque de conformidad con ésta. Estas situaciones no pueden ser afectadas por una ley nueva; cuando el título especial que las creó eran conformes a la ley”. En cuanto a las segundas, “que son las creadas por leyes o reglamentos no tienen ninguna posibilidad de perseverar ante el cambio de ley o reglamento que las ha creado y que puede, con la misma potestad, sustituirlas por una nueva situación general y objetiva, frente a la cual ninguno de los incluidos en la situación legal o reglamentaria anterior tiene absolutamente ningún derecho”. Prosigue, “son situaciones legales o reglamentarias, definitorias de status legales a los que están acogidos un número indeterminados de sujetos. Lo característico es, por tanto, que si la ley o el reglamento que han creado esa “situación objetiva” cambia, las situaciones anteriores dejan en el mismo momento de existir y los sujetos afectados pasarán a tener los derechos que resulten de la nueva ley, exclusivamente, sin que puedan oponerse a esa sustitución. La situación legal creada directamente por ley puede ser siempre modificada por una ley nueva. Y esto no implica ningún efecto retroactivo”¹⁰³.

iv. Cambios en la Legislación: No procede la Confianza Legítima ni Expectativas Legítimas.

81. No obstante lo anterior, las industrias tabacaleras realizan inversiones¹⁰⁴ basadas en un entorno favorable, entre lo que se cuenta el marco legal, por lo que a primera vista, es válido argumentar que de la nueva regulación devendrían consecuencias

Administrativo desde una famosa categorización de situaciones jurídicas que formuló a principios de siglo Duguit”.

¹⁰³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (2003) p. 57 y 58. Luego Duguit, añade que “toda regla de derecho afectará a sujetos, pero esta afección “no constituye un carácter propio del sujeto, una modalidad de su voluntad. Puede variar en número y en extensión, a pesar de los cual la condición del sujeto no cambia., incluso ni es siquiera modificada. Su situación continúa la que era, la de un individuo perteneciente a un grupo social, sometido a la norma jurídica de ese grupo. La norma evoluciona, pero el individuo miembro del grupo permanece siempre en la misma situación; sigue siendo un ser social sometido a la ley del grupo de que forma parte”.

¹⁰⁴ Un ejemplo, lo constituye el activo compuesto por la planta de desvenado y fábrica.

económicas desfavorables al reducir los espacios en los que se está permitido fumar¹⁰⁵.

82. Lo precedente no parece ser una afirmación sin fundamento, sin embargo, lo que cabe preguntarse es quién deberá soportar estos costos regulatorios. Lo usual es que dichas pérdidas sean asumidas por los actores del mercado, en caso de no estar involucradas *expectativas legítimas*¹⁰⁶ dadas por un clima de *confianza legítima*¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A menor puntos de venta, o más restringido es el espacio para fumar, menor es el consumo, y por la tanto, menores las ganancias.

¹⁰⁶ Este principio nace en el Derecho Alemán, pasa al Derecho Europeo y luego fue siendo aceptado en países como Inglaterra. En el sistema Europeo, las expectativas legítimas en materias de derecho administrativo, aparecen ligadas en la mayoría de los casos como fundamento al principio de la confianza legítima. Es decir, ambos principios se utilizan conjuntamente. Sin embargo, existe una diferencia conceptual entre uno y otro principio. Esta diferencia aparece bien establecida en la jurisprudencia Anglo-Americana del “private law” y remarcada en el clásico artículo de L.L Fuller y E.R Perdue “The reliance Interest in Contract Damages”. En ese contexto, señala BARAK-EREZ (2005) p. 586: “the reliance interest relates to the financial loss resulting from actions performed and costs incurred due to reliance on the contract, whereas the expectations interest relates to the financial loss incurred due to frustration of the expectation to profit from the contract. Beyond the context of contract law, the protection of the reliance interest could be said to reflect financial losses incurred due to failure to consider the fact of reliance (not necessarily reliance on a contract). By contrast, protection of the expectation interest reflects the legitimate expectation of profit from actions taken (again, not necessarily in the context of a contract)”.

¹⁰⁷ ZUÑIGA (2007) p. 49, 50 y 55: “El principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho alemán, y emerge y se afirma hoy en el Derecho comunitario europeo. El contexto en el que se sitúa el referido principio es el de la alteración del equilibrio entre los valores de cambio y estabilidad que son immanentes al Derecho en tanto que orden social. De esta manera la “confianza se encuentra en la base misma del Estado de Derecho decantado a lo largo del Siglo XIX en sus principios de identidad entre otros, de “seguridad jurídica” y “legalidad”, que tiene por finalidad estabilizar el orden jurídico y satisfacer así la necesidad de “confianza”.”

Prosigue el autor: “En suma, el tránsito del Estado liberal al Estado social significa, en materia de legislación, una profunda crisis de la ley y de la codificación y de la fe en una ley-razón escrita que se proyecta ilimitadamente en el tiempo. En tal contexto surge el principio de “confianza legítima” como moderador de la innovación legislativa, especialmente de la irretroactividad de la ley y la necesidad y determinación de regulaciones intertemporales o transitorias”. Además señala el autor, “que el valor-principio de seguridad jurídica, nos autoriza para utilizar el principio de confianza legítima. El valor-principio de seguridad jurídica adquiere concreciones en la afirmación del imperio del Derecho y principio de legalidad, principios axiales del Estado de Derecho (artículo 6 y 7 CPR); en la garantía de prohibición de la retroactividad (artículo 7 y 19 número 2); en las garantías de legalidad penal y prohibición de la retroactividad de las leyes sancionadoras (artículo 19 número 3); en la protección de la seguridad individual (artículo 19 número 7); en las garantías de la propiedad y de los derechos adquiridos (artículo 19 número 24); en las garantías normativas de la reserva legal y contenido esencial de los derechos (artículo 19 número 26), y el reconocimiento de la cosa juzgada (artículo 73 inciso primero)”.

En ese sentido el Tribunal Constitucional (Rol 207-1995 considerando 67) ha reconocido que “la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que dispone los artículos 5, 6 y 7, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se

83. No es constitucionalmente aceptable para las tabacaleras esgrimir “expectativas legítimas”¹⁰⁸ sobre el mantenimiento del actual marco legal. Para alegar una vulneración a una expectativa legítima “el Estado de que se trate debe haber prometido el mantenimiento¹⁰⁹ de la situación inicial”¹¹⁰, sin desconocer las facultades que tienen las autoridades para adoptar decisiones ya sea económicas o políticas que impliquen cierto grado de discrecionalidad”¹¹¹.

84. En ese sentido, la autoridad tienen que haber generado una confianza legítima en el operador económico, a quien se le exige ser prudente y diligente¹¹². El Tribunal de

encuentran la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza legítima de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas”.

¹⁰⁸ En la jurisprudencia norteamericana véase: *Appolo Fuels v. Unites States*, 381 F.3d 1338, 1349 (Fed. Cir. 2004) citado por ECHEVERRIA (2005): “The Court broke down the expectations analysis into three components: 1. Whether the plaintiff operated in a “highly regulated industry”; 2. Whether the plaintiff was aware of the problema that spawned the regulation at the time it purchased the property; and 3. Whether the plaintiff could have “reasonably anticipated” the possibility of such regulation in light of the “regulatory enviroment” at the time of purchase”.

¹⁰⁹ BARAK-EREZ (2005), p. 593: Típicos casos de acciones de la autoridad que implicarían la generación de expectativas legítimas serían: promesas explícitas, anuncios públicos con respecto a una postura legal o de política pública y el establecimiento de prácticas oficiales.

¹¹⁰ COMENTARIOS SENTENCIA TRIBUNAL DE JUSTICA DE LA UNIÓN EUROPEA JAASKINEN (2011). Considerando. 95.

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Número C-52/81. Considerando 27 y 28: “*That complaint must also be rejected. Since Community institutions enjoy a margin of discretion in the choice of the means needed to achieve their policies, traders are unable to claim that they have a legitimate expectation that an existing situation which is capable of being altered by decisions taken by those institutions within the limits of their discretionary power will be maintained. In the present case, there can be no question of a breach of the principle of the protection of legitimate expectation, particularly since the commercial agreement entered into on 3 April 1978 between the Community and the People's Republic of China, published in the Official Journal of 11 May 1978 (Official Journal 1978, L 123, p. 2) was of such a nature as to alert traders to an imminent change of direction in the Community's commercial policy and, in the absence of any obligation on the part of the Community to accord equal treatment to non-member countries, no informed trader was entitled to expect that patters of trade existing when the protective measures were adopted would be respected. In the light of the foregoing considerations it must be concluded that the applicant has not been able to prove that the regulations which, in its view, gave rise to the damage for which it claims compensation are unlawful. The application must therefore be dismissed*”.

¹¹² TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. C 181-04 y 183-04. Considerando 32: “*Por lo que respecta al principio de protección de la confianza legítima del beneficiario del acto favorable, procede, en un primer momento, determinar si los actos de las autoridades administrativas generaron, en un operador económico prudente y diligente, una confianza razonable (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de diciembre de 1975, Union Nationale des Coopératives Agricoles de Cereales y*

Justicia de la Unión Europea invoca constantemente las obligaciones de comportamiento que pesan sobre los agentes económicos: “La naturaleza previsible de los riesgos que comportaban las condiciones del mercado excluye que la pérdida de competitividad que (la empresa) ha sufrido pueda ser reparada”¹¹³ .

85. Para el caso concreto, **las industrias tabacaleras no podrían haber tenido una expectativa legítima de que el marco jurídico se mantuviera petrificado. Las autoridades, no han dado señales equívocas o contradictorias en la materia.** Debe considerarse tal como se mencionó¹¹⁴, que Chile adquirió una obligación internacional a través de la aprobación y posterior ratificación del Convenio Marco. En él expresamente se llama a los Estados a actualizar periódicamente sus estrategias, planes y programas de control del tabaco (artículo 5 número 1), además de instar a las Partes a adoptar medidas que vayan más allá del Convenio y que impongan exigencias más estrictas (artículo 2).

86. Asimismo, para el Gobierno la reducción de los índices de tabaco es una prioridad en materia de salud pública¹¹⁵. Además, el Ministro del ramo ha declarado expresamente la necesidad de establecer medidas estrictas sobre el tabaco y ha instado para que se consiga aprobar en el Congreso el Proyecto de Ley con los artículos ingresados en el mensaje original¹¹⁶.

otros/Comisión y Consejo, 95/

87. En similar sentido, el **Congreso ha intentado modificar la Ley del Tabaco de forma constante**, así lo demuestran los proyectos de ley presentados en la materia¹¹⁷, descartándose que las medidas incorporadas al Proyecto sean producto de un cambio rápido o brusco¹¹⁸.

¹¹⁷ 1) N°7.546-11, de las H. Diputadas Andrea Molina y Karla Rubilar y de los H. Diputados Enrique Accorsi, Pedro Araya, Juan Luis Castro, Manuel Monsalve, Marco Antonio Núñez, Alberto Robles, Guillermo Teillier y Víctor Torres. 2) N°7.456-11, de los H. Senadores Francisco Chahuán, Guido Girardi, Fulvio Rossi y Mariano Ruíz-Esquide. 3) N°7.355-11, del H. Senador Alejandro Navarro. 4) N°7.351-11, de las H. Diputadas Adriana Muñoz y Clemira Pacheco y de los H. Diputados Juan Luis Castro, Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Manuel Monsalve, Marco Antonio Núñez, Sergio Ojeda, René Saffirio y Patricio Vallespín. 5) N°7.151-11, de la H. Diputada Karla Rubilar, y los H. Diputados Enrique Accorsi, Juan Luis Castro, Carlos Jarpa, Fernando Meza, Manuel Monsalve, Marco Antonio Núñez, Alberto Robles y Víctor Torres, y del entonces Diputado Juan Lobos. 6) N°6.966-11, del H. Senador Guido Girardi. 7) N°6.526-11, de la H. Diputada Alejandra Sepúlveda, del H. Diputado Pedro Araya y de los entonces Diputados Marco Enríquez-Ominami, Álvaro Escobar, Roberto Sepúlveda y Esteban Valenzuela. 8) N°6.316-11, del H. Senador Pedro Muñoz. 9) N°5.876-11, del H. Senador José García Ruminot. 10) N°5.442-11, de los H. Diputados Gonzalo Arenas, Ramón Barros, Enrique Estay, Javier Hernández, Iván Norambuena y Felipe Ward, y de los entonces Diputados Claudio Alvarado, Sergio Correa, Andrés Egaña y Juan Lobos. 11) N°4.831-11, de la H. Diputada Marta Isasi, la entonces Diputada Amelia Herrera, los H. Diputados Germán Becker, Mario Bertolino, Roberto Delmastro y René Manuel García, y de los ex Diputados Pablo Galilea y Alfonso Vargas. 12) N°4.719-11, de los H. Senadores Carlos Bianchi y Pedro Muñoz. 13) N°4.578-11, de la H. Diputada María Angélica Cristi, los H. Diputados Sergio Bobadilla, Enrique Estay, Iván Norambuena y Manuel Rojas, y de los entonces Diputados Sergio Correa, Andrés Egaña, Juan Lobos y Osvaldo Palma. 14) N°3.890-11, del H. Diputado Nicolás Monckeberg y del entonces Diputado Pablo Galilea. 15) N°3.641-11, de los H. Diputados José Antonio Kast e Iván Norambuena, del actual H. Senador Gonzalo Uriarte, de la entonces Diputada Marcela Cubillos y de los ex Diputados Rodrigo Álvarez, Eduardo Díaz, Marcelo Forni, Gonzalo Ibáñez y Pablo Prieto.

¹¹⁸ ZUÑIGA(2007) citando a HENKEL (1968): “El Derecho Positivo es presentado como presidido por una “certeza ordenadora” (Henkel) propia de la idea de derecho, y de la creación y aplicación de derecho. Para Henkel la seguridad jurídica exige “certidumbre jurídica”, entendida ésta como claridad y univocidad y, en consecuencia, cognoscibilidad libre de dudas del contenido jurídico, lo que para el sujeto es “seguridad de orientación”, en especial para el “hombre económico”. Además, el normador dispone de medios para lograr certidumbre jurídica; a saber, claridad, sencillez y abarcabilidad de la regulación en su conjunto y la proposición jurídica individual debe estar caracterizada por la certidumbre de supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica. Tal “certidumbre jurídica” exige además la “seguridad de la verificación del derecho”: inquebrantabilidad e imponibilidad de derecho, que se denomina “seguridad de realización”, y que redundará para los órganos de aplicación del derecho en fijación de competencias y procedimientos para la adopción de sus actos o decisiones. Todo lo anterior redundará en “estabilidad del derecho”, es decir, la exclusión de un cambio rápido, frecuente y brusco en el establecimiento y conformación jurídica de las normas; continuidad en el proceso de desarrollo y de transformación del derecho”.

LAGUNA DE PAZ (2006) p. 287-290: “Es claro que la confianza legítima no puede recortar la libertad de configuración del legislador, petrificando el ordenamiento jurídico. No se puede impedir un cambio normativo que trate de ser respuesta a las necesidades que demande el interés general, apreciadas por los órganos que tienen conferida esa responsabilidad. Este principio tampoco puede fundamentar generalizadas pretensiones indemnizatorias frente a cualquier cambio normativo. No obstante, siendo esto así, también hay que deparar algún grado de tutela a las situaciones generadas al amparo de una

88. Por lo tanto, no es dable señalar que las industrias tabacaleras hayan generado expectativas legítimas de que las actuales medidas se mantuviesen, pues como se demuestra, los actos de autoridad formales e informales han sido tendientes a vigorizar las prohibiciones relativas al tabaco, no pudiendo haber quebrantado una confianza legítima¹¹⁹.

89. De manera que los **potenciales cambios en el marco jurídico y sus posibles consecuencias económicas para la industria serían previsibles**, debiendo ser asumidas sin compensación como agentes económicos del mercado informados,

normativa, cuya radical y brusca sustitución puede afectar singularmente, de forma desproporcionada. La confianza legítima aparece justamente como reacción jurisprudencial frente a la utilización abusiva de la norma jurídica o acto administrativo, que sorprende la confianza de las personas destinatarias de la norma, que no esperaban tal reacción normativa, al menos sin unas ciertas medidas transitorias que paliasen esos efectos tan bruscos. Lo que este principio reclama es una adecuada protección de los derechos e intereses de quienes —más allá de las cargas generales a que se someten todos los ciudadanos— puedan verse especialmente perjudicados por una modificación normativa no previsible para un operador diligente y, por tanto, consciente de la movilidad del ordenamiento jurídico”.

¹¹⁹ En nuestro país, la Contraloría General de la República ha acogido casos de vulneración a la confianza legítima por actos de la administración a situaciones jurídicas consolidadas, en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Número 59072- 2010: “Al respecto, cabe tener presente que el principio de la confianza legítima se hace aplicable en situaciones jurídicas consolidadas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por la Administración no pueden afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo (aplica criterio contenido en dictámenes N°s. 2.965, 53.677, ambos de 2008; 38.497, de 2009, y 21.955, de 2010, entre otros). Por consiguiente, el acta de apertura de ofertas no puede ser entendido como una decisión formal de la Administración en orden a aceptar o rechazar una propuesta, toda vez que corresponde sólo a la simple constatación de hechos, relativos a la presentación u omisión de antecedentes relativos a las ofertas de los proponentes...”.

En ese sentido va de la mano con la doctrina acogida por la CORTE SUPREMA, Rol Número 3125. “2. Que, no obstante, tal facultad no es absoluta y reconoce límites. Desde luego, no podrá la Administración invalidar sus actos propios cuando de estos emanen derechos que se hayan incorporados al patrimonio de terceros, como sucede en la especie en que, en virtud de la entrega por parte de la Dirección Provincial de Educación Cautín Norte a la Municipalidad de Temuco, de la subvención por Jornada Escolar Completa de los segundos, terceros y cuartos medios del Liceo Gabriela Mistral de esa ciudad desde el año 2001, se ha procedido por dicho Municipio a pagar a profesores y demás personal del mencionado establecimiento sus respectivas remuneraciones. 3. Que, por último, cabe consignar que la tesis anterior, si bien se ha sostenido de antiguo, aparece ahora expresamente recogida en los artículos 13 inciso final y 61 de la ley 19.880, publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003, en cuanto señala el primero que la Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros y, el segundo, que la revocación de los actos administrativos no procederá cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente”.

diligentes y prudentes; no pudiéndose aceptar por ende, invocar un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja que para la industria tabacalera resulte del establecimiento de las actuales medidas¹²⁰.

v. *Cambios en la Legislación: No hay quebrantamiento del Principio de Proporcionalidad ni Razonabilidad.*

90. Se ha estimado que en base al principio constitucional de proporcionalidad las intervenciones públicas han de ser susceptibles de alcanzar una finalidad perseguida, que sea necesaria o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertades de los ciudadanos, y proporcional en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada, por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades¹²¹.

¹²⁰ En ese sentido se ha sostenido por la TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. C-133/93. Considerando 57: “*Debe recordarse en primer lugar que, si bien el respeto de la confianza legítima forma parte de los principios fundamentales de la Comunidad, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente, que puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las Instituciones comunitarias, especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica. De lo anterior se deduce que los agentes económicos no pueden invocar un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja que para ellos resulte del establecimiento de la organización común de mercados y de la cual se beneficiaron en un momento determinado (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Crispoltoni y otros, asuntos acumulados, C-300/93 y C-362/93, Rec. p. I-4863, apartados 57 y 58, y de 17 de septiembre de 1998, Pontillo, C-372/96, Rec. p. I-5091, apartados 22 y 23)*”.

¹²¹ BARNÉS (1994) p. 500: “El principio de proporcionalidad podría definirse como —el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. En suma, pues, la acción estatal —en cualesquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)— debe ser *útil, necesaria y proporcionada*. A su vez, cada uno de los subprincipios que lo integran (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) requiere un juicio o análisis diverso en su aplicación: el medio ha de ser *idóneo* en relación con el *fin*; *necesario* —el más moderado— respecto de todos los *medios útiles y proporcionada* la ecuación *costes-beneficios*”.

91. Los agentes económicos podrían esgrimir este principio para proteger su patrimonio, pues en el “juicio de proporcionalidad se trata de determinar hasta qué punto resulta constitucionalmente admisible una intervención estatal, o lo que es lo mismo, cuál es el grado de intervención compatible con el respeto a los derechos. Desde luego ellos apunta a eliminar la arbitrariedad, y en tal sentido, el juicio de proporcionalidad supone el de razonabilidad”¹²².
92. La Constitución Política no contiene ninguna norma que consagre expresamente ninguna estos principios, no obstante, se han identificado varias preceptos constitucionales que permitirían esgrimirlos¹²³.
93. En el caso de las industrias tabacaleras existe un claro interés público a proteger; el derecho a la salud (19 número 9) y a la vida (19 número 1) de las personas es algo prioritario para el Estado. Los índices de prevalencia en el consumo del tabaco nos siguen ubicando como el país con más fumadores¹²⁴. Se especula asimismo que las muertes causadas en Chile ya sea directamente o indirectamente por el tabaco son numerosas¹²⁵. De manera que no parece irrazonable ni poco idóneo hacer

¹²² MARTINEZ Y ZUÑIGA (2011) p. 201 y 202. Para estos autores, “la idea de razonabilidad abarca la proporcionalidad siendo ésta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin”.

¹²³ MARTINEZ Y ZUÑIGA (2011) “su artículo 7, al consagrar el principio de imperio del Derecho descansa claramente en la idea de que los poderes públicos no pueden actuar de manera arbitraria. Ello implica que, además de su “investidura regular”, deban actuar dentro de su competencia, y según los procedimientos fijados en la ley. En tal sentido, la competencia de los órganos estatales debe entenderse no sólo formalmente, sino que además desde un punto de vista material o de fondo, constituido por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, o mejor dicho, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes (artículo 5). Más aún aquello se traduce en que en los casos que la Constitución autoriza al legislador para complementar, regular o limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, éste no podrá afectar su contenido esencial, ni establecer “condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (artículo 19 número 26). A su vez, en el artículo 19 de la Constitución se cuentan algunos derechos que implícita pero claramente se vinculan a la idea de razonabilidad. Se trata del principio de igualdad y sus diversas manifestaciones (Números 2, 20, 22) y del derecho al debido proceso (número 3 y 7). En resumen, si bien el principio de razonabilidad no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución, éste si está implícito en los artículo 7, con relación al 5, y 19 número 2, 3, 7, 20, 22 y 26”.

¹²⁴ Ver párrafo 10.

¹²⁵ El Ministerio de Salud ha hablado de 14 mil muertes al año producto del consumo del tabaco. Ver: http://www.cooperativa.cl/en-chile-mueren-14-mil-personas-al-ano-por-consumo-de-cigarrillo/prontus_notas/2009-05-29/164404.html (Consultada: 18 de abril de 2012).

diferenciaciones que coloquen a determinados actores relacionados con este bien en una situación jurídica diferente (artículo 19 número 22).

94. El fin perseguido con estas medidas pasa a ser necesario, pues lo que se pretende con ellas es justamente rebajar los índices de consumo, para lo cual se enfocan en las actividades económicas de publicidad y venta en lugares cercanos a establecimientos parvularios, protegiendo de este modo a los menores¹²⁶; asimismo se intenta advertir a la población de forma general sobre las consecuencias del tabaco para lo cual se justifica que todos los productos lleven consigo las advertencias mencionadas; y por último, las ampliaciones de los lugares libres de humo, apuntan a la protección de la población que queda expuesta al humo atendido a los problemas aparejados que conlleva.

95. Estas restricciones también parecen proporcionadas¹²⁷ pues, de las prohibiciones se seguiría una disminución del consumo¹²⁸ y con ello, una rebaja en las consecuencias negativas en la salud y vida de las personas, trayendo por ende beneficios generales para la población; y asimismo, mediante las nuevas restricciones se continuaría permitiendo a las industrias tabacaleras el ejercicio libre de las actividades económicas relacionadas con el tabaco, y a la población respectiva (mayores de 18 años) se le seguiría autorizando su adquisición¹²⁹.

¹²⁶ Chile ratificó la Convención de Derechos del niño en 1990.

¹²⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Rol 66-1985. Considerando 1: “*La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo solo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza. Como ello no es así, el argumento no permite sostener, ni la ilicitud del Proyecto, ni, como también el recurrente pretende, su “falta de adecuación constitucional”*”.

¹²⁸ Desde la última reforma a la Ley del Tabaco, han venido disminuyendo los índices de tabaco. Lo que podría demostrar que las restricciones han surtido algo de efecto pero que sería necesario aumentarlas atendido a que Chile sigue liderando el ranking en América como el país más fumador, y además los números en menores todavía son altos. Véase los objetivos del PROYECTO DE LEY (2011). Boletín 7914-11. p. 7.

¹²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol número 219, DE 1995. Considerando 9: “*Que no obstante lo anterior este Tribunal no puede dejar de señalar que un impuesto indirecto podría, entre otras situaciones, ser manifiestamente desproporcionado o injusto si con su imposición o monto se impide del todo o se limita de tal manera que hace imposible el libre ejercicio de una actividad económica o impide la adquisición del dominio de los bienes a que afecte el impuesto*”.

B. No se constituye una Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador

96. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador “conciene a actos legislativos, que adolecen de una potencial inconstitucionalidad, generan una lesión o daño “antijurídico” o injusto a persona o grupo de personas, cuando tal acto establece limitaciones o ablaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente como derechos fundamentales de contenido patrimonial, como el derecho de propiedad y el derecho de libertad económica, siempre que el acto legislativo imponga cargas o deberes que entrañen un sacrificio especial (propio y particular) que vulnere las garantías de igualdad ante la ley e igualdad ante las cargas públicas”¹³⁰.
97. Se ha discutido sobre la acogida que tendría este instituto reparatorio en nuestro sistema jurídico¹³¹. A su vez, existiría escasa jurisprudencia nacional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador propiamente tal¹³². La

¹³⁰ ZUÑIGA (2007) p. 23.

¹³¹ Así para algunos autores nacionales tendría cabida: CALDERA (1982), ZUÑIGA (2007) y NUÑEZ (2010) p. 197. “La recepción y consolidación de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, se ve favorecida por la existencia de un sistema de control abstracto de constitucionalidad con régimen de eficacia de los actos declarativos de invalidez sin efectos retroactivos, tal como el que el artículo 94 de la Constitución chilena atribuye a las sentencias que sobre la materia pronuncia el Tribunal Constitucional. De lo anterior da cuenta la experiencia española que nos demuestra que de la confluencia de sentencias estimatorias de inconstitucionalidad con efecto pro futuro, con un principio general de responsabilidad del Estado y en síntesis con una Constitución plenamente normativa, el resultado que se produce es el reconocimiento del deber reparatorio del Estado por los actos del legislador, contrarios a la Constitución, que afecten derechos particulares. La breve relación que hemos efectuado acerca del origen y justificación efecto pro futuro de las sentencias de inconstitucionalidad sirve para ilustrar la existencia de poderosas razones para la jurisdicción constitucional opere aplicándolo y que normas positivas lo contemplen”.

Para otros autores no sería procedente este instituto: AYLWIN (1960), sería partidario de la tesis que sostiene la irresponsabilidad del Estado Legislador, salvo que una ley expresamente acordara lo contrario a favor de los afectados por su entrada en vigencia o aplicación.

Asimismo en el sistema jurídico español, algunos se muestran críticos GARCIA DE ENTERRIA (2002) p. 26: “El fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, afincado en el art. 9.3 (responsabilidad de poderes públicos) de la Constitución española, carece de entidad, ya que dicho artículo no se refiere a responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, sino al principio de que estos poderes ejercitan un poder que no le es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercitantes de un poder de otro deben “dar cuenta” de su gestión y responder de la objetividad de la misma”.

¹³² Apunta NUNEZ (2010)p. 188: “En efecto, cuatro sentencias son citadas con frecuencia por la doctrina tradicional como ejemplos de eventuales indicios de la aplicación de esta teoría en nuestro país. Se trata de los conocidos casos Comunidad Galletué con Fisco de Chile, Sociedad Agrícola y Forestal Casagrande

jurisprudencia sólo aceptaría la existencia de una teoría restringida de la responsabilidad patrimonial del Estado, definida por normas expresas que la consagran para casos concretos, como el artículo 19 número 7 letra I a propósito del Estado Juez y el artículo 38 inciso segundo a propósito del Estado Administrador¹³³.

98. La pregunta que cabe al caso, es si a pesar del análisis efectuado en el capítulo anterior, donde se estimó que no existiría inconstitucionalidad por las eventuales reformas, las industrias tabacaleras de igual manera les sería legítimo reclamar indemnización por configurarse una Responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

99. Ahora, remitiéndonos al caso, se ha estimado que el daño que el Estado ocasione en ejercicio de su actividad legislativa debe originarse en una ley inconstitucional y, por ende, anulable¹³⁴. La inconstitucionalidad de la ley es “esencialmente material” y es la causa o título de imputabilidad de la indemnización por daño o lesión injusto a la que deberá ser condenado el Estado legislador, inconstitucionalidad que puede ser declarada en forma preventiva o represiva, siendo esta última presupuesto de la responsabilidad¹³⁵.

Ltda. Con Fisco de Chile, Sociedad Agrícola Lolco Ltda. Con Fisco de Chile y, recientemente, Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile. Si bien las tres primeras sentencias condenaron al Estado Fisco a pagar una compensación económica, lo hicieron a causa de hechos del Estado normador, en ejercicio de la potestad decretal, más no por actos del legislador”.

¹³³ Para NUÑEZ (2011)p. 278: “Paulatinamente, la tradición jurídica de raíz francesa y en general, la europea continental –de las cuales es abiertamente deudor no sólo el Derecho público de daños sino gran parte del sistema jurídico chileno– han moldeado una teoría de la responsabilidad patrimonial del estado extendida solamente a sus actos jurisdiccionales y administrativos. Dicho modelo, que reserva un espacio de inmunidad al legislador, fue pensado y concretado bajo la vigencia del paradigma del Estado de Derecho decimonónico y de sus respectivas consecuencias en los tres planos teóricos ya mencionados”.

¹³⁴ NUÑEZ (2011), p. 294: “... se expresan las tres sentencias que en el sistema español abrieron paso a la consolidación de la figura y que han sido recurrentemente citadas en el Derecho Comparado. Se trata de tres resoluciones del Tribunal Supremo español de 29 de febrero, 13 de junio y 14 de julio del año 2000. En los tres casos, la citada magistratura conoció de recursos en juicios que solicitaban la condena patrimonial del Estado por la aplicación de una ley tributaria, específicamente, el artículo 38.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que fue declarada inconstitucional mediante la sentencia 173/1996 de 31 de octubre por el Tribunal Constitucional”.

¹³⁵ GARRIDO FALLA citado por ZUÑIGA (2007) explica: “... corriendo por diversos causes de justificación: v.gr., instituto de la expropiación e instituto de la responsabilidad, de suerte que: a) toda carga o sacrificio impuesto por la ley no declarada inconstitucional ha de ser soportado por el administrado, quien no obstante, podrá reclamar indemnización cuando dicha carga sea expropiatoria (art.

100. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador integra el sistema de protección y garantía de las personas frente a la acción del poder público, y su justificación constitucional estaría en el derecho de propiedad y sus garantías, en la prohibición de la confiscación y de las cargas confiscatorias, del principio de igualdad, del principio de seguridad jurídica y del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos.
101. Como hemos revisado en el capítulo anterior las reformas que pretende introducir el Estado a la Ley del Tabaco serían constitucionales (inexistencia de privaciones a la propiedad; ausencia de derechos adquiridos; no afectación a la confianza legítima y expectativas legítimas; respeto al principio de proporcionalidad y razonabilidad), de manera que **no sería procedente para las industrias tabacaleras reclamar ante los tribunales de justicia indemnización de perjuicios por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador al no existir un título de imputabilidad**¹³⁶. Lo que obliga en este tipo de responsabilidad a indemnizar el daño o lesión injusto, tiene como causa una ley inconstitucional¹³⁷, lo que no ocurre en el caso concreto analizado.

33.3 C.E); b) toda ley declarada inconstitucional genera un derecho a indemnización a favor de quienes hayan sido perjudicados por la aplicación de la ley”.

¹³⁶ CALDERA (1982): “normalmente, la responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de perjuicios causados a los particulares por la dictación y entrada en vigencia de una ley, tendrá su origen en la inconstitucionalidad de ésta”.

¹³⁷ ZUÑIGA (2007), p. 45.

IV. Conclusiones

102. El establecimiento de nuevas regulaciones por parte del Estado en materia de tabaco, no implicarían para la autoridad una obligación de indemnizar a las industrias tabacaleras, al no configurarse una expropiación ni tampoco una responsabilidad patrimonial del Estado Legislador.

103. En lo que respecta al análisis en concreto:

-Las prohibiciones de publicitar y vender en lugares que se encuentren a menos de 300 metros de los establecimientos de educación básica y media, constituyen solo una obligación legal para un titular de una autorización municipal. Su potencial reforma, no es más que un cambio en la ley que indica la forma de ejercer una actividad económica.

-Los intereses económicos o las expectativas de ganancias que tienen las industrias tabacaleras sobre la actual prohibición de venta no constituyen derechos adquiridos, pues esos intereses o beneficios no se encuentran respaldados jurídicamente por la creación de titularidades o derechos subjetivos. Tampoco existe como lo ha recomendado la jurisprudencia comparada, un derecho actual consolidado.

-Las variaciones del dibujo industrial de los productos de tabaco no afectan los derechos de propiedad industrial de la industria tabacalera, pues los cambios de dimensiones y proporciones quedan excluidos de la protección que otorga la Ley de Propiedad Industrial. Para el caso que se estimase que de todas formas hay una limitación de las facultades de uso y goce de la propiedad industrial, dicha regulación se justificaría por la función social de la propiedad dada por la causal de salubridad pública. Lo anterior no implica entorpecer o hacer inviable la actividad económica, pues nada obsta que el dibujo industrial –al igual que el envase y la marca comercial- le siga confirmando a las industrias tabacaleras el derecho exclusivo y excluyente de utilizarla en el tráfico económico, al igual que impedir que terceros, sin su consentimiento, la use en el curso de las operaciones comerciales.

-Los diversos cambios en materia de ambientes libres de humo, que principalmente propone la prohibición absoluta de fumar en espacios cerrados o cubiertos por un techo accesibles al público, no afectan derechos de propiedad de la industria tabacalera, ya que la norma solo crea una situación jurídica objetiva o impersonal de la cual no se es dueño.

-No hay expectativas legítimas y confianza legítima, pues no hubo promesas del Estado en el sentido de mantener un status quo de las actuales medidas; las autoridades no han dado señales equívocas o contradictorias en la materia; y los eventuales cambios obedecen a un escenario previsible para la industria tabacalera.

-Las nuevas medidas que colocan a determinados actores relacionados con este bien en una situación jurídica diferente no parecen ser irrazonables ni carentes de idoneidad atendido al interés público (protección de la salud y vida de la población) envuelto. Tampoco se advierte una vulneración al principio de proporcionalidad, pues el fin perseguido con las medidas se asoma como necesario para proteger a menores, para prevenir a la población, para rebajar los índices de consumo del tabaco y para reducir la exposición a su humo. Estas restricciones también parecen ser proporcionadas, pues de ellas se seguiría una disminución del consumo, trayendo beneficios generales en salud y vida de las personas; y por otro lado, las industrias tabacaleras continuarían con sus actividades económicas ligadas al bien tabaco y a la población respectiva se le seguiría permitiendo la adquisición de este bien.

-La no privación del derecho de propiedad, la ausencia de derechos adquiridos, expectativas legítimas o confianza legítima por parte de la industria tabacalera, descartan una expropiación. Asimismo, la constitucionalidad de las eventuales medidas impediría una eventual configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, al carecer de un título de imputabilidad, descartándose de esta forma cualquier indemnización para la industria tabacalera.

V. Bibliografía

i. Libros y Artículos de Revista

1. ARIÑO, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Editorial Comares, 2004. 861p.
2. ALDUNATE, Eduardo. Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (2): 285-303, 2006.
3. AYLWIN, Patricio. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Universitaria. 1960.
4. BARAK-EREZ, Daphne. European Public Law. Vol. 11 (4): 583-602, 2005.
5. BARNES Vázquez, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. Revista de Administración Pública. Vol. N° 135, septiembre-diciembre: 495-535, 1994.
6. CALDERA, Hugo. Sistema de Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980. Santiago, Editorial Jurídica. 1982.
7. CARMONA, Carlos. La Organización Administrativa. Unidad III. Primera Parte. Apuntes de Clases. Derecho Administrativo, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2002.
8. CARLTON, John. Takings Cases Don't Always Favor Takers. Wall Street Journal, noviembre, 1992.
9. CORDERO, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno. Revista de Derecho Valdivia. Vol. XIX (1): 125-148, 2006.
10. CORDERO, Eduardo. De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, Número XXXI: 493-525, 2008.
11. COUSO, Javier. La Producción del Derecho Económico Internacional y la Necesidad de una Democracia Cosmopolita". SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Vol. 9: 1-21, 2002. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/9/ (fecha de consulta: 28 de noviembre de 2011).
12. DELAVEAU, Rodrigo. La Regulación Expropiatoria en la Jurisprudencia Norteamericana. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33 (3): 411-438, 2006.
13. DOREMUS, Holly. Takings and Transition. J. Land use and Envtl. Vol. 19. 2003.
14. DIMITRAKOPULUS, Ioannis. Individual Rights and Liberties Under The U.S. Constitution. U.S.A, Brill. 2007. 1120p.
15. ECHEVERRIA, John D. Making Sense Of Penn Central. UCLA Journal of Environmental Law and Policy. Vol. 23:171, 2005.
16. EPSTEIN, Richard. Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain. USA, Harvard University Press, 1985. 358p.
17. FISCHER, William. Regulatory Takings: Law, Economics, and Politics. USA, Harvard University Press, 1995. 415p.
18. FERNANDOIS, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Regulación, Tributos y Propiedad, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010. 318p.
19. FERNANDOIS, Arturo. Derecho Constitucional Económico. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006. 332p.
20. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. El Principio de Protección de la Confianza Legítima como supuesto título justificativo de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. RAP. Número 159. 2002.

21. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. 3 ed. , T. II, Civitas S.A., Madrid, Reimp. 1992.
22. GARCIA, José Francisco. El Tribunal Constitucional y el uso de “Tests”: Una Metodología necesaria para fortalecer la Revisión Judicial Económica. Revista Chilena de Derecho. Vol. 38 (1): 101-138, 2011
23. HART ELY, John. Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review. Massachusetts, Harvard University Press, 1980.
24. LAGUNA DE PAZ, JOSE CARLOS. La Autorización Administrativa. Madrid, Civitas. 2006. 378p.
25. MARMOLEJO, Crispulo. El problema de las expropiaciones regulatorias (regulatory takings) y sus implicancias en los sistemas de inversión extranjera. Gaceta Jurídica. Número 282: 7-12, 2003.
26. MARTINEZ, José Ignacio y ZUÑIGA, Francisco. El Principio de Razonabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Estudios Constitucionales. Año 9 (1): 199-226, 2011.
27. MICHELMAN, Frank. Takings. 88 Columbia Law Review: 1600-1622, 1987.
28. MOHOR, Salvador. Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, Revista Chilena de Derecho. Vol. 16 (2): 283-308, 1989.
29. MONTT, Santiago. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo creciente globalizado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): 19-78, 2005.
30. NUÑEZ, José Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente chileno. Estudios Constitucionales. Año 8 (1): 169-200, 2010.
31. NUÑEZ, José Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente chileno. Estudios Constitucionales. Año 9 (1): 277-300, 2011.
32. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo Vol. 1. Madrid, Marcial Pons. 1999.
33. POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. Aspen Publishers, 2002.
34. PETERSON, Andrea. The Taking Clause: In Search Of Underlying Principles. California Law Review. Vol. 77:1314-1341, 1989.
35. RAJEVIC, Enrique Petar. Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada. Revista Chilena de Derecho. Vol. 23 (1): 23-97, 1996.
36. RAJEVIC, Enrique Petar. La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25 (1): 65-112, 1998.
37. ROMERO, Juan José. Cambio en la regulación eléctrica y estabilidad de los contratos; ¿Cuándo una limitación se transforma en privación? ¿Cuándo compensar?”, en FERMANDOIS, Arturo (Editor): Sentencias Destacadas 2007: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Libertad y Desarrollo. Mayo, 2008.
38. UGARTE GODOY, José Joaquín (2001): “Limitaciones al dominio, de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 28 (2): 425-448, 2001.
39. SAX, Joseph L. Takings. Harvard Law Review. Vol. 77.701. 717-729, 1964.
40. SACCO, Sabina. La Constitución de 1980 como fundamento y origen de una Teoría Constitucional de la Irretroactividad. Revista Chilena de Derecho. Vol.33 (3): 479.508, 2006.
41. STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Beck, Munich. 2006. T. Iv/1.

42. ZUÑIGA Urbina, Francisco. Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. Santiago, LexisNexis, 2 ed. 2007. 159p.
43. ZUÑIGA Urbina, Francisco. Constitución Económica y Estado Empresario. Revista de Derecho Público. Vol. Número 63: 339, 374, 2001.

ii. Constitución, Ley, Tratado, Historia de la Ley y Proyecto de Ley .

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. CHILE. Santiago, Chile. 1980 versión actualizada 26 de febrero 2007.
2. PROYECTO DE LEY NÚMERO 180-359. BOLETIN 7914-11. CHILE. Mensaje que busca introducir modificaciones a la Ley Número 19.419. Santiago, Chile. Septiembre de 2011. Disponible online: http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8311&prmBL=7914-11 (Consultada: 2 de febrero de 2011)
3. LEY NÚMERO 19. 419. CHILE. Regula actividades que indica relacionadas con el Tabaco. Ministerio de Salud. Santiago, Chile. Octubre de 1995.
4. LEY NÚMERO 19. 039. CHILE. Propiedad Industrial. Santiago, Chile. 2005.
5. HISTORIA DE LA LEY 19.419. CHILE. LEY DEL TABACO. Congreso Nacional. Santiago, Chile, 1995.
6. LEY NÚMERO 18. 695. CHILE. Orgánica Constitucional de Municipalidades. Santiago, Chile. 2001.
7. CONVENIO MARCO OMS. SUIZA. Para el control del tabaco. Organización Mundial de la Salud. Ginebra, Suiza. 2003.
8. DECRETO LEY NÚMERO 828. CHILE. De impuestos a los tabacos Manufacturados. Santiago, Chile. 1974.
9. DECRETO LEY NÚMERO 3063. CHILE. Sobre Rentas Municipales. Santiago, Chile. 1079.

iii. Normas.

1. ESCUELA DE Graduados Universidad de Chile. Caracterización del Instrumento de Evaluación Proyecto de Informe Jurídico. Santiago, Chile, 2011. 9p.

iv. Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional de Chile:

1. SENTENCIA Número 505. Tribunal Constitucional de Chile. 2007.
2. SENTENCIA Número 506. Tribunal Constitucional de Chile. 2007.

3. SENTENCIA Número 1141. Tribunal Constitucional de Chile. 2008.
4. SENTENCIA Número 146. Tribunal Constitucional de Chile. 1992.
5. SENTENCIA Número 167. Tribunal Constitucional de Chile. 1993.
6. SENTENCIA Número 245. Tribunal Constitucional de Chile. 1996.
7. SENTENCIA Número 334. Tribunal Constitucional de Chile. 2001.
8. SENTENCIA Número 1669. Tribunal Constitucional de Chile. 2012.
9. SENTENCIA Número 1295. Tribunal Constitucional de Chile. 2009.
10. SENTENCIA Número 253. Tribunal Constitucional de Chile. 2007.
11. SENTENCIA Número 467. Tribunal Constitucional de Chile. 2007.
12. SENTENCIA Número 219. Tribunal Constitucional de Chile. 1995.

Corte Suprema de Chile:

1. SENTENCIA Número 3125. Corte Suprema de Chile. 2005.

Contraloría General de la República de Chile:

1. DICTAMEN. Número 29554. Contraloría General de la República de Chile. 2007.
2. DICTAMEN. Número 52866. Contraloría General de la República de Chile. 2010.
3. DICTAMEN. Número 59072. Contraloría General de la República de Chile. 2010.

Tribunal de la Libre Competencia de Chile:

- SENTENCIA NÚMERO 26. Tribunal de la Libre Competencia. 2005.

Corte Suprema de Estados Unidos:

1. SENTENCIA, Corte Suprema Estados Unidos. Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 US 393 (1922)
2. SENTENCIA, Corte Suprema Estados Unidos. Penn Central Transportation Co. v/s New York. 483 U.S. (1978).
3. SENTENCIA. Corte Suprema Estados Unidos. Phillips v. Washington Legal Found., 524 U.S. 156, 164 (1998).
4. SENTENCIA. Corte Suprema Estados Unidos . BD. Of Regents of State Colls. V. 408 U.S 564, 577 (1972).
5. SENTENCIA. Tribunal Federal. ESTADOS UNIDOS. Appolo Fuels v. Unites States, 381 F.3d 1338, 1349 (Fed. Cir. 2004).

Tribunal Constitucional de España:

1. SENTENCIA. Número 108. Tribunal Constitucional España. 1986.
2. SENTENCIA. Número 66. Tribunal Constitucional España. 1985.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. SENTENCIA Número C-491/01. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2002.
2. SENTENCIA Número C-181/04. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2004.

3. SENTENCIA Número C-183/04. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2004.
4. SENTENCIA Número C-59/83. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1983.
5. SENTENCIA Número C-133/93. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1993.

v. *Informes, Comentarios de Sentencias.*

1. INFORME OPS sobre control del tabaco para la región de las Américas, 2011. (En línea) http://new.paho.org/chi/index.php?option=com_content&task=view&id=417&Itemid=1 (Consultada: 27 de 2012).
2. INFORME de Salud en Chile (2010). Panorama de la situación de Salud y del sistema de Salud en Chile. (En Línea) <http://new.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20chile%202010.pdf> (Consultada: 20 de marzo de 2012)
3. JAASKINEN, N. Comentarios de Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-264/09. 2011. (En línea): http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

vi. *Artículos de Diario.*

1. DIPUTADOS admiten error en votación que flexibilizó nueva Ley del Tabaco. La Tercera, Santiago, Chile. 27 de enero, 2012. Sección País.
2. MAÑALICH tras la presión de las tabacaleras y productores de alcohol. La Tercera, Santiago, Chile. 1 de febrero, 2012. Sección País.
3. MINISTRO Mañalich valora aprobación de proyecto que endurece normativa. La Tercera, Santiago, Chile. 26 de marzo, 2012. Sección país.
4. MUEREN más de 14 mil personas al año por consumo de cigarro. Cooperativa. Santiago, Chile. 18 de abril, 2012.

vii. *Sitios webs*

1. BAT CHILE. <http://www.batchile.com/>. (Consultada: 27 de marzo de 2012)
2. FISCALIA NACIONAL ECÓNOMICA. <http://www.fne.gob.cl>. (Consultada: 18 de abril 2012)
3. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. <http://www.who.int/es/>. (Consultada: 1 de marzo de 2012).
4. CHILELIBREDETABACO. <http://www.chilelibredetabaco.cl/> (Consultada: 1 de marzo de 2012).

