



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Declaratoria de Utilidad Pública: Naturaleza y carácter constitucional

*Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*

Autores:

Felipe Ibaceta Lazcano

Eduardo Paredes Monroy

Profesor Guía: Augusto Quintana Benavides

Santiago, Chile 2018

A mis padres, por darme la posibilidad de ser un profesional, por su amor y paciencia. A mi novia Fefa, por su apoyo incondicional y por demostrarme el valor del esfuerzo (F.I.L.).

A mi familia, entramado único de afectos e incondicionalidad. A mi madre Elisa, cuyo esfuerzo y amor fueron sobrecogedores hasta los últimos besos y suspiros (E.P.M.).

Índice

Resumen.....	2
Introducción	4
Capítulo 1: Concepto de Declaratoria de Utilidad Pública, su evolución y función en el ordenamiento urbanístico chileno.....	6
1.1. Historia de la Declaratoria de Utilidad Pública en el ordenamiento urbanístico chileno.	7
1.2. Decreto Supremo 458 de 1975. Actual Ley General de Urbanismo y Construcciones:	13
1.3. Situación de los propietarios de terrenos afectos a declaratoria de utilidad pública: ...	15
1.4. Soluciones desde el Poder Legislativo:	17
1.4.1. Ley N° 19.939	17
1.4.2. Ley N° 20.331	20
1.4.3. Ley N° 20.791	21
1.5. Entrada en vigencia de la Ley N° 20.791:	24
1.6. Solución ante las declaratorias ya caducas. Norma transitoria de la Ley N° 20.791: ..	27
Capítulo 2: Análisis Dogmático Constitucional del Derecho de Propiedad.....	30
2.1. Evolución del sentido, función y contenido del derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional chileno.	32
2.2. La Constitución de 1980.....	38
2.3. Interpretación liberal del régimen de propiedad constitucional.	39
2.4. Consecuencias de la interpretación liberal.	43
2.5. ¿Propiedad o propiedades?.....	45
2.6. Constitución y derechos fundamentales.	48
2.7. Delimitación, límites y limitaciones de los derechos fundamentales.....	50

2.8. Función social de la propiedad.....	54
2.9. Interpretación doctrinaria de la función social en Chile.....	56
2.10. Teorías acerca de la ubicación de los límites constitucionales.....	59
2.10.1. La teoría de los límites externos de los derechos.....	59
2.10.2. La teoría de los límites internos a los derechos.....	60
2.11. Limitaciones, restricciones o regulaciones.....	62
2.12. Principio de reserva legal.....	65
2.13. Esencia del derecho de propiedad.....	71
2.14. Posiciones doctrinarias que explican el significado del contenido esencial del derecho:.....	73
2.14.1. Tesis absoluta sobre el contenido esencial de los derechos.....	73
2.14.2. Tesis relativa sobre el contenido esencial de los derechos.....	76
2.15. La delimitación constitucional como esencia del derecho.....	77
2.16. Privaciones a la propiedad.....	81
2.17. Interpretación liberal de la privación.....	82
2.18. Reserva Legal.....	83
2.19. Definición y elementos de la expropiación.....	84
2.19.1. Sujeto activo o expropiante:.....	85
2.19.2. Sujeto pasivo o expropiado:.....	85
2.19.3. Declaración de expropiación:.....	85
2.19.4. Bien objeto de la expropiación:.....	86
2.19.5. Causal que la justifique:.....	86

2.19.6. Procedimiento:.....	86
2.19.7. Indemnización por el daño efectivamente causado al particular:.....	86
2.20. Fases de la expropiación.	87
2.20.1. Fase legislativa:.....	87
2.20.2. Fase administrativa:.....	87
2.20.3. Fase Judicial:	87
2.21. Análisis de la LGUC: carácter que adopta la Declaratoria de Utilidad Pública.	88
Capítulo 3: Limitaciones tan intensas que pueden llegar a ser privaciones.	100
3.1. Función social de la propiedad.....	104
3.2. Derechos adquiridos.	105
3.3. Contenido esencial del derecho.....	106
3.4. Igualdad y reparto equitativo de las cargas públicas.	109
3.5. ¿Inconstitucionalidad o indemnizabilidad?	112
Conclusiones.....	118
Bibliografía.....	124

Resumen

El objetivo de este trabajo es determinar el carácter jurídico de la declaratoria de utilidad pública, herramienta de la planificación urbana contenida en los planes reguladores, que actúa como una intervención estatal que genera beneficios y cargas sobre el derecho de propiedad de los particulares que han sido afectados por ella. Para ello se realizará un análisis doctrinario del derecho de propiedad constitucional, y en particular al tratamiento que la legislación le otorga a la propiedad urbana en nuestro país. El trabajo se desarrolla sobre la hipótesis de que la declaratoria de utilidad pública ha cambiado sustancialmente de naturaleza jurídica a partir de la reforma introducida recientemente por la Ley N° 20.791. La investigación estará dirigida a determinar si la declaración de utilidad pública es una limitación al derecho de propiedad constitucional, o si se trata de una privación al mismo derecho, considerando aspectos como función social, reserva legal, garantía material de la propiedad, igual repartición de las cargas públicas, etc.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo primordial determinar el carácter jurídico de la declaratoria de utilidad pública, herramienta de la planificación urbana contenida en los planes reguladores, que actúa como una intervención estatal que genera beneficios y cargas sobre el derecho de propiedad de los particulares que han sido afectados por ella. Esto hará necesario, en primer lugar, repasar la historia de nuestro ordenamiento jurídico en materia urbanística, a la luz de los distintos estatutos constitucionales del derecho de propiedad bajo los que dichas normas urbanísticas fueron dictadas. Luego, se revisará la historia de la Declaratoria de Utilidad Pública como institución a partir de la dictación del Decreto Supremo N°458 de 1976, que estableció la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y de las distintas modificaciones que ha sufrido a lo largo del tiempo, concluyendo con la Ley N° 20.791 que reformó en última instancia el articulado donde se ubica la declaratoria. Esto, con el fin de tener en consideración los alcances y efectos que aquella institución ha hecho operar sobre el ámbito de la planificación urbanística y los derechos de propietarios de predios urbanos en general.

Habida cuenta de lo anterior, se realizará un análisis dogmático del derecho de propiedad, a nivel constitucional, por medio de una reconstrucción doctrinaria que permita dar cuenta de las distintas concepciones que sobre la materia existen; y, en particular, se analizará también el tratamiento que la legislación otorga a la propiedad urbana en nuestro país. Así, nuestra investigación estará dirigida a determinar si la declaración de utilidad pública es una limitación al derecho de propiedad constitucional, o si se trata de una privación del mismo, considerando aspectos como función social, reserva legal y contenido esencial del derecho. Al respecto, sostendremos que la declaratoria de utilidad pública ha cambiado sustancialmente de naturaleza jurídica a partir de la reforma introducida

recientemente por la Ley N° 20.791.

Finalmente, abordaremos una de las interrogantes prácticas que más interés ha concitado de parte de nuestra comunidad jurídica, cual es la pregunta respecto a la pertinencia del derecho a indemnización de los propietarios que se ven afectados por las limitaciones y restricciones al dominio. Para esto, se revisarán los criterios que comúnmente se han utilizado para dilucidar este dilema, a saber, la integridad del contenido esencial del derecho de propiedad, la existencia de derechos adquiridos y el principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas; terminando con la enunciación de ideas que sugieren analizar el problema desde una perspectiva económica y de eficacia de las normas que establece la planificación urbana, relevando también con ello la necesidad de un régimen de responsabilidad del Estado vigoroso que la haga viable.

Capítulo 1: Concepto de Declaratoria de Utilidad Pública, su evolución y función en el ordenamiento urbanístico chileno.

La declaración de utilidad pública sobre un inmueble privado es una herramienta de la planificación urbana, establecida en el artículo 59 la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) y materializada en los instrumentos de planificación territorial, que concreta la función asignada a estos de “*definir el régimen jurídico de la propiedad sobre el suelo*”, además de “*determinar y proyectar los espacios públicos y elementos urbanos que son necesarios*” para la utilización racional del suelo y la creación de una estructura urbana óptima: “*calles, plazas, avenidas, parques o lo que se denomina como bienes nacionales de uso público*”¹ .

La declaratoria de utilidad pública se regula en la LGUC, que en su capítulo cuarto trata sobre el uso del suelo urbano, término que se refiere al “*conjunto genérico de actividades que el instrumento de planificación territorial admite o restringe en un área predial, para autorizar los destinos de las construcciones o instalaciones*”². El inciso primero del artículo 59 señala: “*Decláranse de utilidad pública todos los terrenos consultados en los planes reguladores comunales, planes reguladores intercomunales y planes seccionales destinados a circulaciones, parques y plazas, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades*”³ .

Esta herramienta de planificación urbana que mira hacia el futuro va a afectar bienes inmuebles de propiedad de particulares, aquellos por cuyo terreno son proyectadas nuevas vías o en los cuales se planifique el ensanche de vías existentes, o aquellos que presentan la aptitud para ser declarados parques, los que deberán destinarse a la existencia de espacios públicos, cambiando su régimen jurídico y limitando su uso edificable hasta que se

¹Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV* (2015): 310.

²José Fernández y Felipe Holmes, *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 156.

³Ley General de Urbanismo y Construcciones, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> (Consultada el 23 de octubre de 2017).

produzca la respectiva expropiación o cesión de terrenos, donde pasarán a formar parte del régimen de bienes nacionales de uso público.

1.1. Historia de la Declaratoria de Utilidad Pública en el ordenamiento urbanístico chileno.

Las primeras normas que tratan la materia fueron muy específicas, ya que el legislador definía las obras que se debían realizar e indicaba los lugares que se declaraban de utilidad pública para su expropiación, dentro de una lógica legislativa fragmentaria y particular que se aplicaba a una ciudad concreta⁴, y que respondía a las contingencias de la nueva realidad social y urbana que se vivían en cada una de las ciudades⁵. Ejemplo de ello es el artículo 2 de la *Lei sobre apertura i prolongación de calles i paseos públicos en la ciudad de Santiago*, del 25 de junio de 1874, que dispuso: “Se declaran de utilidad pública los terrenos que se necesitan para las obras siguientes: 1.º El camino de cintura, conforme al trazado que indica el plano depositado en la Municipalidad de Santiago; 2.º La canalización del Mapocho, conforme al trazado que indica el plano depositado en la Municipalidad d Santiago; 3.º La avenida del Cementerio, entre la calle de Salas i la Dávila; 4.º Para la apertura de las siguientes calles tapadas: (...)”⁶. Sigue igual lógica la *Lei sobre la transformación de la ciudad de Curicó*, de 23 de junio de 1875⁷, en su artículo 2⁸. Posteriormente hubo un cambio en la indicación de los lugares afectos a utilidad pública, pasando de una declaración específica a una declaración general. La *Lei Nº 4.804 sobre la transformación de la ciudad de Valparaíso*, de 6 de diciembre de 1876, en su artículo 6

⁴José Fernández Richard, “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, *Revista de Derecho CDE* N° 28 (2012): 58-59. El régimen que amparó la expansión urbana a la periferia de las ciudades fue la Ley de Comuna Autónoma, promulgada en 1891. Uno de sus principales objetivos era traspasar facultades desde el Ejecutivo al ente municipal, para debilitar el primero y fortalecer el segundo. Constituye un importante precedente al sistema urbanístico actual.

⁵Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. XXX N° 1(2017): 134. Este periodo marca el inicio del Derecho Urbanístico Legislado.

⁶Ricardo Anguita, *Leyes Promulgadas En Chile: Desde 1810 Hasta El 1o. De Junio De 1912-[1913]* Tomo II (Santiago De Chile: Imprenta Barcelona, 1912), 339.

⁷Ibíd., 373.

⁸Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 317.

declara de utilidad pública “(...) todos los terrenos que sean necesarios para dar cumplimiento a esta ley”⁹.

La siguiente evolución en la normativa de estudio, dentro de la misma lógica legislativa fragmentaria y particular a una ciudad concreta, fue evitar que la ley hiciera mención a avenidas o calles específicas. La tarea de determinar los trazados por donde se construirían calles y los inmuebles a expropiar se comenzó a realizar a través de un plano aprobado por el Presidente de la República. La *Ley Nº 2.004 que Declara de utilidad pública los terrenos necesarios para la apertura, ensanches i rectificación de las calles de Limache*, de 10 de diciembre de 1907, señala en su artículo 1 que el trazado de las calles sujetas a declaración se realizará “en conformidad a los planos que apruebe el Presidente de la República”¹⁰. Otra norma que sirve para ejemplificar la declaración general y la omisión de avenidas o calles específicas, en la misma línea de lo anterior, es la *Ley Nº 2.203 de 16 de septiembre de 1909, que fija las disposiciones a que deberá sujetarse la construcción de edificios, apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de las calles de la ciudad de Santiago*. Señala en su artículo 12 que se “declaran de utilidad pública todos los terrenos necesarios para llevar a efecto la transformación de Santiago, en conformidad a las prescripciones de la presente ley”¹¹. Además “el trazado de las calles, plazas i avenidas se sujetarán a las líneas fijadas en el plano aprobado por la Municipalidad, rectificado en conformidad a esta ley” como lo señala su artículo 2¹².

Estas normas, ya referidas como de un carácter muy específico y particular, fueron dictadas bajo la vigencia de la Constitución de 1833. Esta carta fundamental, a entender de Enrique Evans de la Cuadra, configura la primera etapa en nuestro país del desarrollo del estatuto constitucional del derecho de propiedad y estaba “inspirada en la concepción económico-social de carácter liberal de su época”¹³.

⁹Ricardo Anguita, Ob. cit., 412.

¹⁰Ricardo Anguita, *Leyes Promulgadas En Chile: Desde 1810 Hasta El 1o. De Junio De 1912-[1913]* Tomo IV (Santiago De Chile: Imprenta Barcelona, 1912), 176.

¹¹Ibíd., 262.

¹²Ibíd., 262.

¹³Enrique Evans de La Cuadra, *Estatuto Constitucional Del Derecho De Propiedad En Chile: La Ley 16.615 De 20 De Enero De 1967, Modificatoria De La Constitución Política Del Estado: Su Historia Fidedigna, Contenido Y Análisis De La Reforma* (Santiago De Chile: Jurídica De Chile, 1967),11-12.

Este cuerpo constitucional consignaba en su artículo 12 N° 5 que *“La constitución asegura a todos los habitantes de la república [...] La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, i sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad del Estado, calificada por una lei, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos”*¹⁴.

De la redacción recién transcrita, y en relación a la normativa urbanística de la época, nos llama la atención el carácter conciso y genérico con que se establece la posibilidad de intervención del Estado sobre el derecho de propiedad. Así, es la utilidad del Estado la que justifica el uso o enajenación de un bien, ambas situaciones que, indistintamente, otorgan derecho a una indemnización previa. Lo anterior, en concordancia con la concepción filosófica que inspiró dicho estatuto constitucional.

Ya en vigor la carta fundamental de 1925, esta estableció la norma sobre derecho de propiedad en su artículo 10 N°10, de la manera que sigue:

“La Constitución asegura a todos los habitantes de la República [...] La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna.

Nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de espropiación por razón de utilidad pública, calificada por una lei. En este caso, se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente.

El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la lei

¹⁴Texto original de la Constitución Política de 1833, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&tipoVersion=0> (Consultada el 8 de febrero de 2018).

imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”¹⁵.

En relación a la materia que en particular nos ocupa, aparece como primera novedad de este precepto constitucional lo contenido en su inciso segundo, cual es el reemplazo de la antigua expresión “utilidad del Estado” por la de “utilidad pública” como elemento que justifica la expropiación. Este nuevo concepto es más amplio y se ve desarrollado en el inciso final del numeral transcrito, con la inclusión dentro de la utilidad pública de “los intereses generales del Estado”, “la salud de los ciudadanos” y “la salubridad pública”. A este respecto, apunta Enrique Evans que el cambio de expresiones señalado significó *“una innovación de importancia dentro del Derecho Público chileno y reveló la presencia relativamente activa del concepto de ‘bien común’ con preeminencia sobre el ‘interés individual’ en nuestro ordenamiento institucional”¹⁶.*

Como segundo elemento novedoso, y siguiendo también lo señalado por Evans, aparece el contenido del inciso tercero del citado numeral, en la parte que somete el *“ejercicio del Derecho de Propiedad a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social”¹⁷*, pues la ley queda facultada para establecer obligaciones o servidumbres de utilidad pública sobre el dominio. Es en este marco constitucional que, a finales de la década del 20, aconteció el primer trámite legislativo que resultó en una normativa un poco más completa y estructurada en materia urbanística, dejando atrás la lógica legislativa fragmentaria y particular¹⁸, para pasar a una normativa que regirá en todo el país, mediante la promulgación de la Ley N° 4.563 sobre construcciones antisísmicas¹⁹, publicada el 14 de febrero de 1929²⁰. En palabras del profesor José Fernández R., constituye el primer intento

¹⁵ Texto original de la Constitución Política de 1925, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&tipoVersion=0> (Consultada el 8 de febrero de 2018).

¹⁶ Enrique Evans de La Cuadra, *Estatuto Constitucional Del Derecho De Propiedad En Chile*, Ob. cit., 13.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ José Fernández Richard, “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, Ob. cit., 61. Esta legislación casuística y sin pretensiones de generalidad se mantuvo hasta la tercera década del siglo XX.

¹⁹ Ley N° 4.563 sobre construcciones antisísmicas, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149306&buscar=Ley+4563> (consultado el 6 de marzo de 2018).

²⁰ Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, Ob. cit., 142. A partir de este momento surge en Chile un sistema urbanístico integrado, caracterizado por comprender un conjunto de técnicas de intervención en el uso y gestión del suelo que tienen como objetivo la implementación de un determinado modelo de ordenación territorial.

por crear un sistema urbanístico en Chile, ya que establece a nivel nacional normas de aplicación general que regularían el urbanismo de todas las ciudades del territorio²¹. Esta significó el origen del régimen de los terrenos sometidos a declaratoria de utilidad pública y la limitación de las facultades del dominio de los propietarios para ejercer el derecho a edificar sobre un terreno. La novedad más importante implica la obligación a nivel nacional de requerir permiso de construcción²², además contempla varias normas expresas respecto al motivo principal de nuestro estudio. En su artículo 8 declara de utilidad pública las propiedades particulares que se necesiten para la apertura de nuevas calles o para la transformación de las existentes, de acuerdo a los planos elaborados por las Municipalidades y aprobados por el Presidente de la República para los casos de las ciudades con más de 20.000 habitantes, excepcionalmente el Presidente podía establecer esta obligación respecto de ciudades con una población inferior (artículo 5 inciso 2). También se contempla la prohibición de efectuar nuevas construcciones y obras de reparación o consolidación de las existentes en los terrenos necesarios para el ensanche de las calles, que resultaren de los planos elaborados por las municipalidades (artículo 5 inciso final)²³. Un análisis acotado de este articulado nos permite concluir que la normativa actuaba en un doble efecto: a) se introdujo la figura de la declaración de utilidad pública que se origina en los planos que elabora la municipalidad respectiva y aprueba el presidente, permitiendo la posterior expropiación con el objeto de apertura de nuevas calles o transformación de las existentes; y b) los propietarios no podían efectuar nuevas construcciones ni obras de reparación o consolidación en dichos terrenos. Esta norma es el origen del actual artículo 59 de la LGUC²⁴.

Dicho régimen evolucionó con la dictación de la “*Ley General sobre Construcciones y Urbanización*” y su “*Ordenanza*”, aprobada en virtud del decreto con fuerza de ley N° 345, de 30 de mayo de 1931²⁵, puesta en vigencia luego de la publicación de su texto íntegro en el

²¹José Fernández, “Historia del derecho urbanístico chileno”, *Revista de Derecho Público* Vol. 77 (2012): 89.

²²José Fernández Richard, “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, Ob. cit., 63.

²³Ley N° 4.563, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149306> (Consultada el 21 de octubre de 2017).

²⁴Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 319.

²⁵DFL N° 345 de 1931, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5483> (consultado el 6 de marzo de 2018).

Diario Oficial el 6 de febrero de 1936²⁶. Esta significó uno de los avances más importantes en la regulación urbanística, ya que diferenció con claridad el proceso de urbanización del uso y edificación del suelo²⁷. En este cuerpo legal se estableció la figura de “planos de las ciudades”, a través de los cuales se determinaba el trazado y ancho de las calles y la altura máxima de edificación²⁸. Su artículo 39 declaraba de utilidad pública “(...) *las propiedades particulares que, en conformidad con el respectivo plano oficial de urbanización, quedaren comprendidas dentro de los trazados obligatorios de las nuevas vías y espacios públicos que figuren en dicho plano, como también aquellas que, según el mismo plano y la Ordenanza General de la presente Ley, fueren necesarias para el ensanche, la prolongación o la transformación de las vías y espacios públicos existentes*”. Luego en su artículo 40, refiriéndose a la limitación a edificar, señala que en los terrenos afectos a utilidad pública “(...) *no podrán efectuarse nuevas construcciones, y, si estuvieran edificados, no será permitido reconstruir los edificios*”. La novedad es que, excepcionalmente, se permitió la reconstrucción u otras alteraciones en los edificios, a través de una figura legal conocida como *renuncia de mejoras*, la cual consistía en que el propietario del inmueble renunciaba mediante escritura pública a toda indemnización o pago por las mejoras u obras que hubiese construido, en caso de que se decidiese su expropiación. Esta disposición se conservó en las posteriores modificaciones al DFL N° 345.

Una de las principales modificaciones a la legislación urbanística fue la realizada mediante el DFL N° 224 de 5 de agosto de 1953, que fijó el nuevo texto de la Ley General de Construcciones y Urbanización²⁹. El nuevo texto legal fijó un nuevo orden en la regulación de la cuestión urbana, estableciendo claramente la forma en que se desencadena el proceso urbano³⁰, e introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento la figura de los “planes reguladores”³¹.

²⁶ José Fernández Richard, “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, Ob. cit., 64.

²⁷ Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, Ob. cit., 146.

²⁸ José Fernández, “Historia del derecho urbanístico Chileno”, Ob.cit., 90.

²⁹ DFL N° 224 de 1953, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5107> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³⁰ Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, Ob. cit., 147.

³¹ Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 319-320.

1.2. Decreto Supremo 458 de 1975. Actual Ley General de Urbanismo y Construcciones:

La actual Ley General de Urbanismo y Construcciones tuvo su origen en un procedimiento legislativo particular, ya que mediante el Decreto Ley N° 602 de 1974³², *“la Junta de Gobierno facultó al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para que a través de un Decreto Supremo dictase una Ley”*³³. Este órgano dictó el Decreto Supremo N° 458 promulgado el 18 de diciembre de 1975 y publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 1976³⁴. Esta normativa sintetizó las técnicas urbanísticas implementadas en leyes anteriores, siendo muestra de un derecho urbanístico integrado³⁵. La novedad de esta regulación estriba en que se mejoró la técnica legislativa al *“indicar claramente en su artículo 1° el objeto de su regulación: la planificación urbana, la urbanización y la construcción”*³⁶. Además se explicitó sus niveles de acción: Ley General, Ordenanza General y las Normas Técnicas (artículo 2)³⁷. También se definió el concepto de planificación urbana (artículo 27)³⁸ y se establecieron 4 niveles de acción dentro de este ámbito: nacional, regional, intercomunal y comunal (artículo 28)³⁹, entre otros aspectos, y *“se fijaron a nivel legal los elementos de los planes reguladores (memoria explicativa, ordenanza, planos) y las materias que pueden regular, por ejemplo, usos de suelo, declaratorias de utilidad pública, alturas máximas, etc”*⁴⁰.

La LGUC fue complementada *“por la Ordenanza General contenida en el DFL N° 345 de 1931, hasta su derogación mediante el Decreto Supremo N° 47⁴¹, de 5 de junio de 1992,*

³²Decreto Ley N° 602 de 1974, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217699> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³³José Fernández Richard, “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, Ob. cit., 66-67.

³⁴Texto original del DFL 458 de 1976, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560&tipoVersion=0> (consultado el 23 de enero de 2018).

³⁵Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, Ob. cit., 149.

³⁶Idem.

³⁷Texto original del DFL 458 de 1976, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560&tipoVersion=0> (consultado el 23 de enero de 2018).

³⁸Idem.

³⁹Idem.

⁴⁰José Fernández, “Historia del derecho urbanístico Chileno”, Ob. cit., 91.

⁴¹Decreto Supremo N° 47 de 1992, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=8201> (consultado el 6 de marzo de 2018).

del Ministerio de Vivienda y Urbanismo⁴², que fijó la nueva Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

En materia de afectación a utilidad pública, la LGUC señaló en la redacción original de su artículo 59: *“Declárense de utilidad pública todos los terrenos consultados en el Plan Regulador Comunal, destinados a calles, plazas, parques u otros espacios de tránsito público, incluso sus ensanches, y aquellos destinados para el equipamiento comunitario, tales como escuelas, hospitales, jardines infantiles, retenes de Carabineros y oficinas o instalaciones fiscales y municipales. En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública, y mientras se procede a su expropiación o adquisición, no podrá aumentar el volumen de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del Plan Regulador”*⁴³. Por su parte el inciso primero del artículo 62 señalaba: *“Los terrenos cuyo uso no se conformare con el Plan Regulador se entenderán congelados, en el sentido de que no podrá aumentarse el volumen de construcción en ellos existente, rehacer las instalaciones existentes, ni otorgarse patente a un nuevo propietario o arrendatario”*⁴⁴. Luego, el inciso primero del artículo 121 estableció: *“En los terrenos a que se refiere el artículo 59° no podrán efectuarse nuevas construcciones y si estuvieren edificados, no será permitido reconstruir los edificios, alterarlos o repararlos”*. Su inciso segundo mantiene la figura legal conocida como renuncia de mejoras: *“Sin embargo, por motivos justificados, podrá la Dirección de Obras Municipales, previa autorización del Municipio, permitir la construcción, reconstrucción parcial u otras alteraciones en los edificios a que se refiere el inciso precedente, siempre que el propietario del inmueble renuncie por escritura pública a toda indemnización o pago por dichas mejoras u obras, cuando posteriormente se lleve a cabo la expropiación. En dicha escritura se fijará el valor de expropiación y el plazo dentro del cual deberá adoptarse la línea oficial, siendo de su cargo la demolición. La escritura será inscrita en el Registro de Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces y la renuncia afectará a todos los sucesores del renunciante, a cualquier título, en el dominio del inmueble”*⁴⁵.

⁴²Eduardo Cordero, “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, Ob. cit., 150.

⁴³Texto Original del DFL N° 458 (LGUC), Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560&tipoVersion=0> (Consultado el 21 de octubre de 2017).

⁴⁴Idem.

⁴⁵Idem.

La declaratoria operó de la siguiente forma: aquellos inmuebles en los que se declaró su utilidad pública a través de los nuevos planes reguladores quedaron sujetos al régimen de congelamiento del artículo 62 original de la LGUC; para los terrenos que estaban edificados significó que no se podía aumentar el volumen, reconstruir ni reparar las construcciones existentes a la fecha de aprobación del plan regulador. En los terrenos no edificados, los dueños debían ceñirse al uso de suelo establecido por la autoridad, y como este era un *“bien nacional de uso público”*⁴⁶, la edificación no era posible. Además, las fajas de terreno podían ser objeto de expropiación por la autoridad competente, que no tenía un plazo ni la obligación de llevarla a cabo. Cuando el instrumento de planificación territorial cambiaba el régimen jurídico del suelo, los derechos adquiridos con anterioridad a él debían ser respetados en virtud de los principios de seguridad jurídica y garantía patrimonial, incluso si la construcción no fuera compatible con el nuevo plan, salvo que se decidiera expropiar.

1.3. Situación de los propietarios de terrenos afectos a declaratoria de utilidad pública:

Debido al *“explosivo crecimiento demográfico, unido a la concentración de la población en las ciudades”*⁴⁷, el *“crecimiento desmesurado de las superficies urbanas”* y el *“aumento extraordinario del parque automotriz”*⁴⁸, se hizo necesario mejorar la red vial urbana a través de intervenciones en la propiedad para la apertura y ensanche de calles que permitieran una mayor circulación de vehículos: las declaratorias de utilidad pública con el objetivo final de expropiar los terrenos destinados a esos propósitos⁴⁹. También se utilizaron para *“aumentar las zonas destinadas a parques y áreas verdes”*⁵⁰.

Con el paso del tiempo se evidenció una situación que afectaba a uno de los grupos de interés más importantes en el proceso de planificación y urbanización, estos son los dueños de los inmuebles sujetos a declaración de utilidad pública. Producto de que a la autoridad le corresponde determinar el contenido material del derecho de propiedad sobre su

⁴⁶Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 321.

⁴⁷Eduardo Cordero, “El actual status quaestionis del Derecho Urbanístico en Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* N°14 (2005): 176.

⁴⁸José Fernández Richard, “Plan Regulador – ley 19.934 y limitación al dominio. Modificaciones legales”, *Revista de Derecho Público* Vol. N°67 (2005): 397.

⁴⁹Idem.

⁵⁰Ibid., 398.

terreno o parte de él⁵¹, contemplando la prohibición de edificar y transformándose su uso de suelo en bien nacional de uso público, el contenido económico del bien sufría un perjuicio que se expresaba en el valor del predio al desincentivarse la compraventa del inmueble⁵². Además las declaratorias se mantenían indefinidas en el tiempo sin que la autoridad decidiera expropiar los inmuebles, consecuencia de la falta de recursos para cumplir con todas las propuestas urbanísticas del plan regulador. Sobre esto cabe agregar que nuestro ordenamiento urbanístico tampoco contiene una regla o directriz que permita determinar cuál será el mecanismo más idóneo para llevar a cabo la acción urbanizadora -expropiación o cesión gratuita de terrenos-, tomando en cuenta las condiciones de desarrollo propias de cada urbe. Tampoco es enfático en señalar a quién cabe el rol principal en la acción urbanizadora (si el Estado -o la colectividad- o el propietario).

Según señala el profesor Eduardo Cordero, la situación hasta acá descrita puede ser entendida como una vulneración de la garantía constitucional del derecho de propiedad. Esto, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 19 N°24 de nuestra Carta Fundamental en relación a las facultades esenciales del dominio, pues sería inmanente al dominio sobre el suelo un *“contenido mínimo de edificabilidad, que el legislador y el planificador no puede desconocer, y menos aún entregar a la discrecionalidad de la Administración”*⁵³. Así, concluye la doctrina a la que Cordero hace alusión, las declaratorias de utilidad pública establecidas a través de instrumentos de planificación territorial (y amparadas en lo preceptuado por el artículo 59 de la LGUC) consistirían en verdaderas privaciones del derecho de propiedad. Lo anterior, sumado al hecho de que no dan derecho a indemnización, las volvería contrarias a la Constitución⁵⁴.

⁵¹Raúl Letelier Wartenberg, “Propiedad y potestades urbanísticas”, *Revista de Derecho CDE Año 2 N°1* (2001): 42. El autor propone que *“la imposición legal de cargas urbanísticas no es otra cosa que la regulación legal del contenido del derecho(...)”*. Luego, en Eduardo Cordero, “El actual status quaestionis del Derecho Urbanístico en Chile”, Ob. cit., 177, el autor señala que *“el régimen de la actividad urbanística (...) precisa una regulación administrativizada, puesto que es imposible para el legislador prever y tratar anticipadamente todos los supuestos posibles que se dan en la práctica. Por ello el legislador sienta las bases de la regulación, estableciendo un marco dentro del cual se tomarán las decisiones ulteriores”*.

⁵²Enrique Rajevic, “Derecho y legislación urbanística en Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico Vol. II N°2* (2000): 547.

⁵³Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 322.

⁵⁴Ibid.

1.4. Soluciones desde el Poder Legislativo:

1.4.1. Ley N° 19.939

La crítica a las declaratorias de utilidad pública por parte de la doctrina que consideró se trataba de una vulneración al derecho de propiedad consagrado constitucionalmente⁵⁵, además de diferentes artículos periodísticos de la época⁵⁶, en los que se hacía una defensa irrestricta a los derechos de los propietarios, llevaron nuestro tema de estudio al debate político y su posterior análisis legislativo. *“En este contexto, el año 2003, mientras el Ministerio de Vivienda y Urbanismo estudiaba un proyecto de modificación a la LGUC, (...) se desglosó de aquel una iniciativa que modificaba el entonces artículo 59, con el objeto de establecer un plazo de caducidad a la declaración de utilidad pública”*⁵⁷. El objetivo de esta iniciativa fue forzar la modificación de los planes reguladores, acotando las superficies sujetas a declaratoria de acuerdo a las posibilidades reales de materializar las expropiaciones por parte de la autoridad administrativa⁵⁸.

Como resultado del trámite legislativo se dictó la Ley N° 19.939, de 13 de febrero de 2004, que modificó el artículo 59 de la LGUC, con el objeto principal de establecer plazos de caducidad para las declaratorias de utilidad pública contenidas en los planes reguladores.

El nuevo artículo 59 declaró de utilidad pública *“(...) los terrenos localizados en áreas urbanas y de extensión urbana consultados en los planes reguladores comunales e intercomunales, destinados a vías expresas, troncales, colectoras, locales y de servicio y*

⁵⁵ José Fernández Richard, “Plan Regulador – ley 19.934 y limitación al dominio. Modificaciones legales”, Ob. cit., 401.

⁵⁶ Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 322. El autor se refiere principalmente a un artículo del diario El Mercurio de Santiago, 28 de enero de 2002: *“Resulta que los urbanistas de la municipalidad tomaron el plano (...) y se dedicaron a imaginar el trazado de todas las calles que podrían atravesarlo en los próximos 100 años. La mayor parte de estas vías no tendrían factibilidad de trazarse hasta al menos el año 2100(...)Pero el drama no lo sufre la municipalidad ni menos sus funcionarios. El drama es de los propietarios a quienes les cayó encima el lápiz de los planificadores y que ahora ven sus activos disminuidos en elevadas proporciones. No es que mañana construyan la calle y valorice lo que queda del bien raíz, pagándoles la expropiación. No. La expropiación es virtual, así como la indemnización. No se puede construir sobre el lote en cuestión, y no se puede vender sin que el comprador sepa que el terreno ésta de antemano condenado”*.

⁵⁷ Pablo Soto D., “El poder de la administración del Estado para planificar las ciudades: Reposición de las declaratorias de utilidad pública en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”, *Anuario de Derecho Público UDP* (2015): 376.

⁵⁸ *idem*.

*parques intercomunales y comunales, incluidos sus ensanches*⁵⁹. Los efectos de la declaratoria fueron los siguientes: *“En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública y, mientras se procede a su expropiación o adquisición, no se podrá aumentar el volumen de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del respectivo plan regulador, en la parte del inmueble que esté afecta a dicha declaratoria si ésta fuere parcial”*⁶⁰.

Asimismo, este nuevo articulado estableció la caducidad automática, los plazos de caducidad para las declaratorias y los efectos de dicha caducidad: *“Vencidos dichos plazos, caducará automáticamente la declaratoria de utilidad pública y todos sus efectos”*⁶¹. *“Los plazos de caducidad para las declaratorias de utilidad pública de los terrenos ubicados en el área urbana, según su destino, serán de diez años para las vías expresas, y de cinco años para las vías troncales y colectoras y los parques intercomunales y comunales”*⁶². Para *“(…) las declaratorias de utilidad pública de los terrenos ubicados en áreas de extensión urbana, cualquiera sea su destino, será de diez años, pudiendo prorrogarse por una vez por igual lapso”*⁶³. *“El plazo establecido para las declaratorias (…) de los terrenos ubicados en el área urbana destinados a vías troncales y colectoras y a parques intercomunales (no se incluyeron las vías expresas, las vías de servicio, las vías locales ni los parques comunales), podrá ser prorrogado, por una sola vez, por igual período. La prórroga se tramitará conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial”*⁶⁴. *“Caducada la declaratoria de utilidad pública, el inmueble afectado no podrá ser declarado nuevamente afecto a utilidad pública para los mismos usos incluidos en una declaratoria anterior, a menos que el acto expropiatorio se dicte dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria. Expirado dicho*

⁵⁹Ley N° 19.939, artículo 59 inciso primero, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶⁰Ley N° 19.939, artículo 59 inciso quinto, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶¹Ley N° 19.939, artículo 59 inciso primero, segunda parte, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶²Ley N° 19.939, artículo 59 inciso segundo, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶³Ley N° 19.939, artículo 59 inciso tercero, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶⁴Ley N° 19.939, artículo 59 inciso cuarto, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017). Lo entre paréntesis es nuestro.

*plazo, caducará automáticamente la declaratoria de utilidad pública*⁶⁵. Como podemos apreciar, la nueva ley estableció un plazo muy acotado para que la municipalidad llevara a cabo la expropiación de terreno, en el caso de que la declaratoria que podía caducar fuera imperativa para el desarrollo comunal.

La caducidad definitiva de las declaratorias obligó a las municipalidades a dictar nuevas normas urbanísticas para las áreas desafectadas, asimilándolas a las de la zona predominante respectiva, por medio de decretos alcaldicios, con un plazo de seis meses para ello y requiriendo el informe favorable de la Seremi del MINVU correspondiente⁶⁶.

Su artículo transitorio señaló que todas las declaratorias de utilidad pública vigentes a la fecha de publicación de la Ley N° 19.939 (13 de febrero de 2004), caducarían automáticamente en los mismos plazos establecidos en el artículo 59, contados a partir de la fecha de la declaratoria, permaneciendo vigentes por un plazo de 5 años desde la vigencia de la misma ley, si los lapsos faltantes fueran inferiores, vale decir, se extendieron hasta el 13 de febrero de 2009, con la salvedad de aquellas que fueron prorrogadas anteriormente. Con respecto a las declaratorias vigentes de terrenos rurales, éstas caducaron de pleno derecho al momento de publicarse la ley⁶⁷.

Para el profesor Fernández Richard, con la dictación de esta ley se subsanaron las consecuencias graves que se le producían a los dueños de los inmuebles al privársele del derecho a edificar mientras se procedía a la expropiación, que ni siquiera se llevaban a cabo prolongándose la afectación indefinidamente en el tiempo⁶⁸. Sin embargo, como lo identifica el profesor Cordero, *“el problema no es la declaratoria de utilidad pública que los afecta, sino que el contenido y destino que el plan regulador les asigna a estos terrenos”*⁶⁹, razón por la

⁶⁵Ley N° 19.939, artículo 59 inciso sexto, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶⁶Ley N° 19.939, artículo 59 inciso primero, tercera parte, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶⁷Ley N° 19.939, artículo transitorio, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁶⁸José Fernández Richard, “Plan Regulador – ley 19.934 y limitación al dominio. Modificaciones legales”, Ob. cit., 401.

⁶⁹Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 323.

cual su publicación traería problemas para el futuro de las ciudades, debido a la pérdida de áreas destinadas a formar parte de los bienes nacionales de uso público.

La implementación de esta ley no estuvo exenta de problemas; en primer lugar se produjo la *“dificultad de aplicar prórrogas de las declaratorias, pues, conforme a la ley ellas debían efectuarse conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial”*⁷⁰. En segundo lugar, se produjo confusión en la interpretación del nuevo artículo 59 inciso sexto, en cuanto a si las actualizaciones de los planes reguladores podían establecer en el mismo terreno declaratorias en el futuro, para los mismos usos⁷¹. En tercer lugar, como resultado de la caducidad de las declaratorias de áreas destinadas a construir nuevas calles o ensanchar las existentes, como de los terrenos con aptitudes para gozar de parques, comenzarían a desaparecer de los planos reguladores los espacios públicos que dan sentido y forma a una ciudad⁷².

1.4.2. Ley N° 20.331

Tales razones llevaron a dictar la Ley N° 20.331, publicada el 12 de febrero de 2009, que sólo renovó la vigencia de las declaratorias de utilidad pública vigentes al momento de publicarse la Ley N° 19.939, por un año (artículo único), y contempló la posibilidad de su prórroga por 5 o 10 años⁷³.

*“El plazo de caducidad de las declaratorias renovadas se cumplió en general el 13 de febrero de 2010, sin que se llevaran a cabo las prórrogas. Como consecuencia de ello, las municipalidades debieron fijar nuevas normas urbanísticas para los predios anteriormente gravados, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno”*⁷⁴. Las vías expresas, de servicio y locales además de los parques comunales no fueron consideradas en la prórroga contemplada en el inciso segundo del artículo único de la ley N°

⁷⁰Pablo Soto D., Ob. cit., 379.

⁷¹Mensaje del Presidente de la República, “Historia de la Ley N° 20.791”, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 9 http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4370/HLD_4370_b7c7d6fcbf62c703f7667ed5e33df751.pdf (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁷²Ibíd.

⁷³Ley N° 20.331, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=287129> (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁷⁴Pablo Soto D., Ob. cit., 381.

20.331. De esta forma se cumplió el anhelo del grupo de interés que pujó por una nueva legislación; con el paso del tiempo la Ley N° 19.939 produjo su efecto anunciado: la caducidad de las declaratorias de utilidad pública, y el respectivo cambio de régimen jurídico del suelo. Consecuencia de lo anterior, comenzarían a desaparecer los espacios públicos de la ciudad; en los terrenos que se consideraban aptos para proyectar parques o vías urbanas, los privados podrían disponer de sus inmuebles sin limitaciones y desarrollar proyectos inmobiliarios. En palabras del profesor Pablo Soto, *“esto significaba una transferencia de la planificación urbana al mercado inmobiliario, al recuperarse en su totalidad las facultades subjetivas de acción sobre los terrenos cuyas declaratorias de utilidad pública caducaron”*⁷⁵.

1.4.3. Ley N° 20.791

La última iniciativa que modifica la LGUC en cuanto a declaratorias de utilidad pública y que configura el régimen actual de la materia es la Ley N° 20.791, publicada el 29 de octubre de 2014. El mensaje por el cual se inició el proyecto de ley sostuvo que varios de los supuestos tenidos a la vista para la aprobación de la Ley N° 19.939 no tuvieron asidero en la realidad, ya sea total o parcialmente⁷⁶.

Suponer que las declaratorias de utilidad pública generalmente representaban un detrimento para los propietarios de los predios afectados por el respectivo plan regulador sin recibir compensación por dicha imposición, llevó a fijar plazos de caducidad para todas las declaratorias. Lo anterior no tenía asidero, por cuanto los propietarios si recibieron una compensación junto con el gravamen, y que consistía en nuevas oportunidades de edificación para su predio, mediante otras normas urbanísticas, como por ejemplo, una mayor densidad o coeficiente de constructibilidad, o el cambio del uso de suelo a un uso comercial. *“Esto ocurre porque los Planes Reguladores, cuando se formulan o se modifican, prácticamente nunca afectan terrenos para utilidad pública como una acción individual, sino que lo realizan al mismo tiempo que otorgan nuevas normas urbanísticas a los mismos terrenos, reglas que permiten a su propietario disponer de su bien raíz de forma más amplia*

⁷⁵Idem.

⁷⁶Mensaje del Presidente de la República, “Historia de la Ley N° 20.791”, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 6 http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4370/HLD_4370_b7c7d6fcbf62c703f7667ed5e33df751.pdf (Consultado el 23 de octubre de 2017).

y diversa que antes de la formulación o modificación del Plan. Allí donde había un terreno sin afectación, en el que se podía construir o ampliar una vivienda, ahora, junto con la afectación, se puede levantar un edificio o una construcción comercial”⁷⁷. El efecto patrimonial de la publicación del nuevo plan regulador produce una modificación en el valor del terreno, como consecuencia de la desvalorización de la franja afecta y la revalorización de la superficie restante.

Pensar que la Administración -responsable de los planes reguladores- realizaría las acciones de suprimir las declaratorias que no resultaren estrictamente necesarias y proveer los recursos para expropiar las porciones afectas de terrenos que cumplían la señalada condición de estricta necesidad, fue un despropósito⁷⁸. Las declaratorias de utilidad pública para espacios públicos como calles y parques son indispensables, ya que como elemento de la planificación urbana, actúan en forma conjunta con otros (densidad, coeficiente de constructibilidad, etc.) haciendo coherente la implementación del plan regulador, y posibilitando el buen funcionamiento de los distintos sectores y barrios. Por lo tanto los plazos de caducidad de las declaratorias tampoco se justificarían ya que las ciudades requieren para su formación de largos periodos entre la planificación y la ejecución del planeamiento, y se necesita reservar los terrenos en donde se proyectan espacios públicos⁷⁹.

“Respecto del supuesto de la ley N°19.939 (sic) sobre expropiar los terrenos afectos a utilidad pública, los hechos demuestran que no tenía base razonable. En Chile, desde que existen las ciudades, la formación de los espacios públicos no se ha realizado mediante expropiación de terrenos, pues ello siempre ha constituido un mecanismo de excepción. A modo de ejemplo en las últimas décadas sólo se ha ocupado para la construcción de las autopistas o para algunos corredores de buses en Santiago, lo que representa un porcentaje ínfimo de los terrenos destinados a espacio público en los Planes Reguladores. Las avenidas y las calles chilenas se han materializado cuando se construye en los terrenos privados, que

⁷⁷Ibid., 7.

⁷⁸Mensaje del Presidente de la República, “Historia de la Ley N° 20.791”, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 7 http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4370/HLD_4370_b7c7d6fcbf62c703f7667ed5e33df751.pdf (Consultado el 23 de octubre de 2017).

⁷⁹Idem.

*a cambio del derecho a construir deben ceder gratuitamente las porciones destinadas a espacio público junto con materializar la porción calle*⁸⁰.

Sólo algunos municipios conmensuraron el problema que traería la caducidad de las declaratorias a los espacios públicos; por lo que iniciaron el extenso procedimiento establecido para su prórroga, que se asimilaba al de su modificación. El procedimiento por el que debían modificarse los planes reguladores *“demora más de siete años y en muchos casos más de 10”*⁸¹; por lo que solamente 14 de las 233 comunas del país que contaban con plan regulador pudieron prorrogar las declaratorias, y sólo uno de los 16 planes reguladores intercomunales fue modificado. A lo anterior se debe considerar también que ningún plan regulador del país prorrogó las afectaciones correspondientes a parques⁸².

A propósito de las prórrogas a las declaratorias, el mensaje de la ley señaló su poca efectividad: *“Al respecto, es necesario aclarar que, aún con dicha prórroga efectuada, la situación es igualmente insostenible, dado que las afectaciones de utilidad pública seguirán siendo indispensables para materializar el desarrollo funcional de la ciudad y, dados los montos involucrados, las Municipalidades no tienen recursos para expropiar los terrenos afectos”*⁸³.

Cumplidos los plazos para prorrogar las declaratorias, 5 años establecidos en el artículo transitorio de la ley N° 19.939 y la extensión de un año mediante la ley N° 20.331, la autoridad administrativa debió asignar a la parte del terreno cuya declaratoria caducó nuevas normas urbanísticas en un plazo de 6 meses, asimilándose al uso de suelo predominante en las zona aledañas. El problema generado es que la iniciativa urbanística se traspasó al mercado inmobiliario, debido a que las municipalidades quedaron obligadas a permitir nuevas construcciones con fines privados en terrenos donde el uso de suelo estaba entregado al bien nacional de uso público para proyectar nuevas carreteras o áreas verdes, lo que resultó en la consiguiente pérdida de los espacios públicos, y derivó en que los

⁸⁰Ibíd., 8.

⁸¹Pablo Soto D., Ob. cit., 386.

⁸²Idem.

⁸³Mensaje del Presidente de la República, “Historia de la Ley N° 20.791”, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 8 http://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/4370/HLD_4370_b7c7d6fcbf62c703f7667ed5e33df751.pdf (Consultado el 23 de octubre de 2017).

municipios no emitieran los decretos correspondientes para los nuevos usos de suelo, iniciándose un nuevo frente de reclamos ante la Contraloría General de la República y las Secretarías Regionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo⁸⁴.

El problema de la caducidad de las declaratorias y la pérdida de los espacios públicos establecidos anteriormente en los planos reguladores, hizo necesaria una reforma legal para combatir los resultados derivados de una legislación irresponsable y desinformada. El proyecto original de la ley N° 20.791 contemplaba restablecer las declaratorias de utilidad pública e introducir un sistema de compensaciones para reparar el perjuicio económico al valor del predio que ocurría en ocasiones puntuales, considerando todas las normas urbanísticas que acompañan a la declaratoria de utilidad pública⁸⁵. No obstante el proyecto se vería modificado a propósito del cambio de gobierno a comienzos del 2014, especialmente en la parte relacionada con la compensación como mecanismo para resolver los perjuicios que conlleva la afectación a los propietarios⁸⁶. Ahora, junto con eliminar las caducidades y revivir las declaratorias de utilidad pública anteriores, reconoce un *“aprovechamiento urbanístico mínimo, es decir, la posibilidad de disponer de cierta edificabilidad y uso durante el período en que el terreno se encuentra sujeto”*⁸⁷ a afectación.

1.5. Entrada en vigencia de la Ley N° 20.791:

La nueva redacción del artículo 59 de la LGUC (establecida mediante la promulgación de la Ley N°20.791) es la siguiente:

“Decláranse de utilidad pública todos los terrenos consultados en los planes reguladores comunales, planes reguladores intercomunales y planes seccionales destinados a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades.

⁸⁴Ibíd., 9.

⁸⁵Ibíd., 9-10.

⁸⁶Pablo Soto D., Ob. cit., 388

⁸⁷Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 327.

*Los propietarios de terrenos afectos a declaratoria de utilidad pública podrán solicitar a la municipalidad o a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, según corresponda, que a través de planos de detalle se grafique con exactitud la parte de sus terrenos afecta a utilidad pública cuando el plan intercomunal o comunal no lo haya establecido, debiendo tales planos aprobarse dentro de los seis meses siguientes*⁸⁸.

Se agrega el siguiente artículo 59 bis:

“Entretanto se procede a la expropiación o adquisición de los terrenos a que se refiere el artículo precedente, la parte afectada del inmueble estará sujeta a las siguientes reglas:

a) Si a la fecha de la declaratoria existieran construcciones, no podrá aumentarse su volumen, salvo para las excepciones que autoriza el artículo 62 de esta ley y siempre que hubieren contado con los permisos respectivos.

No obstante, si producto de un caso fortuito o fuerza mayor las construcciones existentes experimentasen daños que las dejen inutilizables, podrá autorizarse su reconstrucción hasta completar el volumen de la edificación que existía previamente, siempre que ésta hubiere contado con los permisos respectivos.

Con todo, tratándose de viviendas podrá aumentarse el volumen o reconstruirse hasta dos pisos, conforme a lo señalado en la letra siguiente.

b) Si a la fecha de la declaratoria no existieran construcciones, sólo se admitirá la edificación de una vivienda de hasta dos pisos de altura en los lotes recepcionados a la fecha de la declaratoria, conforme a las reglas que establezca la Ordenanza General. Construida ésta, quedará sujeta al régimen de la letra precedente. En las referidas viviendas se permitirán las actividades que admite el artículo 162 de esta ley.

c) Excepcionalmente, la Dirección de Obras Municipales podrá permitir otras construcciones o alteraciones en las construcciones existentes, en los términos y con las limitaciones prescritos en el artículo 121.

*Lo dispuesto en este artículo será sin perjuicio de las limitaciones establecidas en otras disposiciones de esta ley o en otras leyes*⁸⁹.

⁸⁸Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1068832> (Consultado el 24 de octubre de 2017).

⁸⁹Idem.

La LGUC actual mantiene el congelamiento de los terrenos sujetos a declaratoria de utilidad pública, ya que, mientras no se produzca la expropiación o cesión de terrenos, no se podrá aumentar el volumen de construcción existente salvo cuando se efectúen: a) los aumentos tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva, y b) obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto⁹⁰.

Sobre una base de supuestos distintos, el artículo 59 bis permite un contenido mínimo de edificabilidad (ius aedificandi) para la parte del inmueble afecta a declaración de utilidad pública, sea que el terreno cuente con construcciones o no. Suponiendo que en el terreno afecto no existen construcciones a la fecha de la declaratoria, el artículo permite un mínimo de edificabilidad que corresponde a una vivienda de hasta dos pisos de altura en los lotes recepcionados a la fecha de la declaratoria, conforme a las reglas de la Ordenanza General. Para cuando en el terreno si existiera una construcción a la fecha de la declaratoria debemos distinguir: a) si la construcción es superior a la vivienda de dos pisos, no puede aumentarse su volumen salvo en los supuestos del artículo 62; tampoco se puede reconstruir, salvo caso fortuito o fuerza mayor cuando la construcción quede inutilizable y se sigue aplicando la regla del contenido mínimo del inciso final de la letra a) del artículo 59 bis (vivienda de dos pisos). b) Cuando la edificación es menor a la vivienda de dos pisos, se permite aumentar el volumen hasta los dos pisos o reconstruirla⁹¹.

La renuncia de mejoras se mantiene en el artículo 121 de la LGUC, y actúa sobre la regla de edificación mínima del artículo 59 bis⁹², permitiendo la construcción en zonas afectas, previa renuncia del dueño del terreno a indemnización por escritura pública.

La Ley N° 20.791 introduce un nuevo sistema de compensación con plusvalía en su artículo 88: *“Tratándose de expropiaciones parciales se deducirá o imputará del monto de la indemnización el cambio de valor que adquiriera la parte no expropiada como consecuencia*

⁹⁰Decreto Ley N° 458 (LGUC), artículo 62 inciso primero, Biblioteca del Congreso nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560> (consultada el 31 de enero 2018).

⁹¹Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 328-329.

⁹²Ibid., 330.

de las inversiones que realice el Estado vinculadas con dicha expropiación, o del plan o instrumento de planificación que declaró la utilidad pública”⁹³. Precisemos que la LGUC desde 1976 contaba con una norma similar respecto de la expropiación que no tuvo aplicación porque Contraloría sostuvo que para tal efecto se necesitaba de una norma reglamentaria⁹⁴. Según señala el profesor Eduardo Cordero, esta norma “no supera los serios reparos de constitucionalidad que se argüían respecto del texto anterior, ya que el monto de la deducción no dice relación con el terreno efectivamente expropiado, además de ser contrario a la disposición constitucional que exige el pago previo y al contado de la indemnización ante la falta de acuerdo con el expropiado”⁹⁵.

Se incorporó a la LGUC la figura de los planos de detalle, que prestan la función de fijar con exactitud los trazados y anchos de los terrenos declarados de utilidad pública en los planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales (artículo 28 bis), con el objetivo de graficar formalmente el espacio declarado de utilidad pública en beneficio de los propietarios. Además podrán fijar con exactitud el diseño y características de los espacios públicos, los límites de las distintas zonas o áreas del plan, y el agrupamiento de edificios y características arquitectónicas de los proyectos relacionados con monumentos nacionales o en inmuebles o zonas de conservación histórica (artículo 28 ter)⁹⁶.

1.6. Solución ante las declaratorias ya caducas. Norma transitoria de la Ley N° 20.791:

La Ley N° 20.791 erradica la figura de la caducidad de las declaratorias de utilidad pública y con ello se regresó al antiguo régimen de las declaratorias indefinidas en el tiempo. Además las afectaciones que habían caducado por el transcurso del plazo establecido en las normativas anteriores volvieron a nacer por medio del artículo transitorio de la Ley N° 20.791

⁹³Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1068832> (Consultado el 24 de octubre de 2017).

⁹⁴Dictamen N° 49.515, de 1978. Contraloría General de la República <https://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/fsconsultaNva?OpenFrameset> (consultado el 31 de enero de 2018).

⁹⁵Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 332.

⁹⁶Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1068832> (Consultado el 24 de octubre de 2017).

que señala: *“Decláranse de utilidad pública los terrenos que hubieren sido destinados por un plan regulador o seccional a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, con anterioridad a las disposiciones de las leyes N°s 19.939 y 20.331 (...)”*⁹⁷. De esta forma se reviven las declaratorias de utilidad pública y vuelve la coherencia a la planificación urbana, recuperando los espacios públicos perdidos que resultan necesarios para el crecimiento ordenado de las diferentes urbes.

Sin embargo, existe una situación en la cual los propietarios gozan de derechos adquiridos⁹⁸, razón por la cual no pueden ser afectados por las nuevas declaratorias. Se trata del caso de terrenos que no estuvieron sometidos a afectación pública por su caducidad conforme a las leyes N° 19.939 y 20.331, en los cuales se dictaron nuevas normas urbanísticas y en que los propietarios hubiesen logrado tramitar anteproyectos aprobados y permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales⁹⁹. La segunda parte del inciso primero del artículo transitorio señala lo siguiente: *“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en este inciso, respecto de los terrenos cuyas declaratorias hubieren caducado en virtud de las citadas leyes, deberá respetarse la aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en lo referido a los anteproyectos aprobados y los permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales, los que no se verán afectados por la declaratoria de utilidad pública”*¹⁰⁰.

⁹⁷Ídem.

⁹⁸Dictámenes N° 86.901 de 2015 y N° 26.256 de 2017. Contraloría General de la República, <https://www.contraloria.cl/web/cgr/buscar-jurisprudencia2#> (consultado el 6 de marzo de 2018).

⁹⁹Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 333.

¹⁰⁰Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1068832> (Consultado el 24 de octubre de 2017).

Capítulo 2: Análisis Dogmático Constitucional del Derecho de Propiedad.

El objetivo del presente capítulo es determinar el carácter jurídico de la declaratoria de utilidad pública, herramienta de la planificación urbana contenida en los planes reguladores, que actúa como una intervención estatal que genera beneficios y cargas sobre el derecho de propiedad de los particulares que han sido afectados por ella. Para ello debemos realizar un análisis dogmático del derecho de propiedad constitucional y, en particular, al tratamiento que la legislación otorga a la propiedad urbana en nuestro país. Creemos que la declaratoria de utilidad pública ha cambiado sustancialmente de naturaleza jurídica a partir de la reforma introducida recientemente por la Ley N° 20.791. Nuestra investigación estará dirigida a determinar si la declaración de utilidad pública es una limitación al derecho de propiedad constitucional, o si se trata de una privación del mismo, considerando aspectos como función social, reserva legal y contenido esencial del derecho.

La razón de lo anterior se sustenta en el hecho de que al momento de la fase de determinación del uso y edificación del suelo¹⁰¹, en otras palabras, cuando se modifican las normas urbanísticas contenidas en los planes reguladores y se declara de utilidad pública un segmento de terreno, tanto el derecho de los propietarios afectados como el de los que no han sido, sufren efectos jurídicos que modifican su esfera económica, de manera que realizar este análisis nos permite aclarar si el menoscabo patrimonial en los derechos debe ser soportado particularmente, o corresponde a la sociedad hacerlo a través de una indemnización que debe pagar el Estado.

Jurisprudencialmente podemos señalar que no hay un criterio definido para dar solución al problema que afecta a los particulares, pero sí variadas respuestas provenientes de los distintos órganos que se encargan de impartir jurisdicción. El ordenamiento nacional asegura distintas herramientas para verificar la constitucionalidad y legalidad de la planificación urbana, a saber: reclamo de ilegalidad, recurso de protección, acción declarativa de mera certeza, requerimientos ante el Tribunal Constitucional o la acción de nulidad de derecho público¹⁰². Destacamos algunos fallos que contribuyen al debate, como

¹⁰¹Eduardo Cordero, "El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad", *Revista Nomos Universidad de Viña del Mar* N°2 (2008): 95.

¹⁰² Enrique Rajevic, "La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana", *Revista Chilena*

por ejemplo el requerimiento al Tribunal Constitucional conocido como “Acceso a las Playas”¹⁰³, o la sentencia de la Corte Suprema en “Comunidad Galletué con Fisco”¹⁰⁴.

Es importante dar una solución al problema planteado, ya que la confluencia de intereses públicos y privados hace de esta herramienta una muy controvertida; positiva para la mayoría de las personas que desarrollan su vida en urbes y que ven en la planificación urbana una forma de orientar y regular el desarrollo de las ciudades y, específicamente, en la declaración de utilidad pública una manera de disfrutar nuevas áreas verdes y gozar de vías que permitan un transporte seguro y expedito; negativa para la minoría de los propietarios que ven afectado su derecho de propiedad con cargas que lo vacían de parte o de todo contenido económico.

Eduardo Cordero nos señala que existe un problema básico en la ordenación urbanística: la contradicción o el conflicto permanente entre intereses privados que suponen el máximo de libertad, aprovechamiento y disposición de la propiedad urbana, y los intereses públicos que conllevan la subordinación de las facultades que otorga este tipo de propiedad a una racionalidad global y coherente establecida según fines y objetivos comunitarios colectivos¹⁰⁵. Como se explicó anteriormente, la declaratoria de utilidad pública es fiel reflejo de esta contradicción entre intereses públicos y privados, problema que es relativo tanto al contenido del derecho de propiedad, como al destino que el plan regulador asigna al terreno, y a la falta de mecanismos apropiados para distribuir equitativamente los beneficios y las cargas que se producen por la planificación urbana¹⁰⁶. Para ejemplificar la situación, Cordero propone la imagen de una línea recta en la que se ubican los propietarios que serían afectados directamente por esta intervención estatal. En un extremo se encuentran los privados favorecidos por la planificación, quienes podrán obtener el máximo disfrute de su derecho por los beneficios que la intervención estatal le genera; al otro extremo se ubican los dueños que derechamente son afectados por el planificador, quienes al verse desprovistos de parte de las facultades que reviste su derecho de propiedad sufrirán un menoscabo en el

de Derecho, Vol. 25 N° 1 (1998): 95.

¹⁰³Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 245-246, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consulta el 5 de marzo de 2018).

¹⁰⁴Corte Suprema Rol N° 16.743-1984.

¹⁰⁵Eduardo Cordero, “El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”, Ob. cit., 92.

¹⁰⁶Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 323.

contenido del mismo. En un punto equidistante a ambos se encontrará el propietario que podrá compensar la intervención estatal con las posibilidades de disfrute que le brinda el plan¹⁰⁷.

Para desentrañar la naturaleza jurídica de esta norma contenida en la LGUC es menester tener conocimiento acerca del estado de la dogmática constitucional de la propiedad en Chile, y referirnos al sistema normativo dentro del cual la norma que permite la declaración de utilidad pública se encuentra inmersa y produce sus efectos; de esta forma, analizaremos primero la evolución del sentido, función y contenido del derecho de propiedad a la luz del ordenamiento constitucional vigente en nuestro país. Así desarrollamos nuestro análisis en concordancia con el principio de supremacía constitucional recogido por la CPR en su artículo 6¹⁰⁸.

2.1. Evolución del sentido, función y contenido del derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional chileno.

La dogmática acerca de la garantía del derecho de propiedad en Chile se ha caracterizado por el “*predominio de lo subjetivo o de lo perteneciente o relativo al sujeto (en este casi el titular del derecho)*”, que se manifiesta “*en la adopción de un concepto unitario y abstracto de propiedad*”, que precede llegando incluso a eclipsar el análisis y la valoración del derecho positivo¹⁰⁹. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido y construido el significado del derecho de propiedad constitucional, desde el punto de vista del titular de derecho, lo que ha provocado un fenómeno de fortalecimiento de la propiedad privada en desmedro de la misma institución jurídica, donde dicha interpretación se ha transformado en una verdadera barrera que ha significado desconocer al legislador la facultad de configurar

¹⁰⁷Ibíd., 323-324.

¹⁰⁸Felipe Holmes Salvo, *Propiedad Urbana Régimen Jurídico*. (Santiago de Chile: Legal Publishing 2010 1° edición), 4.

¹⁰⁹Eduardo Cordero, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”. *Revista de Derecho Universidad Austral Vol. XIX Nº1, julio de (2006): 127.*

derechos, así como de modificar o derogar normas que previamente hubiesen conferido algún poder o facultad, derivando en una suerte de congelación del régimen jurídico¹¹⁰.

Tal interpretación proviene de la concepción liberal de la propiedad impuesta en la Europa continental por las clases burguesas, con su ascenso al poder luego de la revolución francesa en 1789, y que fue reproducida en América latina por las naciones recientemente emancipadas del yugo colonial. Este individualismo jurídico concibe a la persona naturalmente libre, y titular de un conjunto de derechos inherentes a su condición que son inalienables e imprescriptibles. Adoptan la sociedad civil como una forma de convivencia para proteger sus derechos, que pueden ser limitados solamente en la medida de evitar la colisión entre ellos. En la práctica del derecho se acentúa la utilización de conceptos como *“el derecho subjetivo (en donde se comprende la libertad individual y el derecho de propiedad), la autonomía de la voluntad, el contrato y la personalidad reconocida a cada individualidad”*¹¹¹. Como consecuencia de lo anterior las comunidades jurídicas de los países que adoptaron este paradigma promovieron un régimen liberal, considerando a la propiedad como un derecho lo más amplio y absoluto posible, dejando al legislador su configuración posterior a través de limitaciones en la forma de deberes negativos de no hacer que garanticen a todos el ejercicio de su derecho y el beneficio del interés privado.

En nuestro país, este fenómeno se materializó en las constituciones decimonónicas, las cuales, como se dijo anteriormente, trataron este derecho de una manera reducida a la mera función subjetiva de protección del mismo. La constitución de 1833 garantizó la inviolabilidad de la propiedad de todos los habitantes, privilegiando *“el carácter individual y exclusivo del derecho, declarando la Constitución la inviolabilidad de todas las propiedades y admitiendo de forma excepcional, por razones de utilidad pública, su privación o enajenación forzada, previa autorización legal e indemnización (artículo 12 N°5)”*¹¹². Pero remitió de una manera tácita la forma, modalidades y características de este derecho a la legislación civil vigente, que en ese momento provenía de la herencia castellano- indiana. Con la publicación del Código Civil chileno de 1857, y en armonía con el orden constitucional propietario liberal, se completó el régimen jurídico del dominio con la influencia del movimiento de la

¹¹⁰Idem.

¹¹¹Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, 2º semestre de* (2008): 495-496.

¹¹²Juan Carlos Ferrada Bórquez, “El derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional chileno: revisión, evolución y estado actual”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 235-236 año LXXXII* (2014): 33.

codificación francesa¹¹³. De esta forma, el concepto constitucional de propiedad se remitió al concepto civil del dominio que se caracterizaba por ser absoluto, exclusivo y perpetuo; y se puso especial atención al sujeto titular con sus facultades y poderes al mismo tiempo que se olvidó del objeto del derecho y las características del bien. Las leyes especiales existentes antes del Código o dictadas posteriormente, fueron concebidas originalmente como excepciones del sistema codificado unitario, con la función de evitar conflictos entre privados.

Los cambios sociales experimentados en las últimas décadas del siglo XIX derivados de los procesos de industrialización y migración a las urbes, junto al fortalecimiento del poder del Estado, hicieron crecer la necesidad de modificar el régimen de propiedad hacia la reclamación de intereses públicos¹¹⁴. Por ejemplo, dentro del ámbito urbanístico, el proceso de migración del campo a la ciudad medieval en Europa y colonial en América latina, produjo una crisis derivada del aumento exponencial de la población que en los hechos significó problemas de vivienda, higiene, salubridad, seguridad y transporte. En este contexto el régimen de propiedad liberal que sólo se limitaba a resolver los conflictos entre privados no dio abasto para solucionar las nuevas problemáticas sociales. Este exceso de individualismo llevó a que en el plano jurídico se formulara una crítica desde la ética y moral a la desigualdad que provocaba el régimen, y a su replanteamiento, para orientar el poder concedido por la propiedad no sólo al interés del propietario, sino que al de toda la colectividad¹¹⁵. Las ideas de vanguardia consideraban que el carácter absoluto de la propiedad no era tal, ya que podía ser limitada funcionalmente por intereses superiores de carácter social y público. Esta ruptura del consenso constitucional a partir de la cuestión social, hizo que el Estado asumiera la función de asegurar condiciones sociales a las personas.

La Constitución de 1925 se caracterizó por la influencia del constitucionalismo social, *“periodo en el que si bien se reconocen unas limitaciones sociales a la propiedad privada, ellas no alcanzan para redefinir el derecho como algo distinto al derecho individual, exclusivo y perpetuo, configurado previamente”*¹¹⁶. Una de sus innovaciones fue introducir límites

¹¹³Eduardo Cordero, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, Ob. cit., 129.

¹¹⁴Juan José López López, “Derecho Constitucional chileno y función social de la propiedad”, *Revista Derecho y Humanidades* N°24 (2014): 62.

¹¹⁵Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* Año 22 N° 2 (2015): 98.

¹¹⁶Juan Carlos Ferrada Bórquez, “El derecho de propiedad en el ordenamiento constitucional chileno: revisión,

positivos al derecho de propiedad, a través de su artículo 10 N° 10 inciso tercero que hace mención a las limitaciones a que está sujeta la propiedad: *“El ejercicio del derecho de propiedad está sometido a las limitaciones que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, y, en tal sentido, podrá la ley imponerle obligaciones o servidumbres de utilidad pública a favor de los intereses generales del Estado, de la salud de los ciudadanos y de la salubridad pública”*¹¹⁷. Además, se consideró la privación a la propiedad por expropiación en razón de utilidad pública calificada por ley, previa indemnización consensuada con el expropiado o fijada en un juicio¹¹⁸. Cordero identifica esta reforma como el primer acercamiento a la *“función objetiva que cumple el derecho de propiedad”*, de forma tácita, cuando la Constitución impone *“limitaciones a la propiedad por razones de orden social y de interés general”*. En otras palabras, que el constituyente permite al poder legislativo modificar el régimen jurídico de propiedad remitido a la legislación civil *“a fin de reconducir el derecho, dentro del marco del interés individual de su titular, hacia los intereses generales”*¹¹⁹. Hasta ese momento nuestro ordenamiento, por regla general, sólo reconocía las limitaciones a la propiedad destinadas a proteger intereses privados, pero la nueva normativa constitucional permitió que, por ejemplo, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones impusiera limitaciones a la propiedad privada en razón del interés público.

El legislador no se restringió a la sola acción de establecer limitaciones con el objeto de solucionar conflictos entre privados, sino que se enfocó en limitar la propiedad privada con motivo del interés general o público; por tal razón proliferó la dictación de normas especiales que regulaban las nuevas circunstancias sociales, económicas y políticas. Pese a que estas leyes especiales contribuyeron a crear una nueva dimensión social del derecho, se siguieron entendiendo bajo la óptica liberal como limitaciones al poder del propietario externas o ajenas a dicha potestad, nacidas por la necesidad de reconocer jurídicamente la existencia de los demás propietarios o personas que ejercen alguna influencia sobre dicho poder, como también la del Estado. Estas leyes que aumentaron considerablemente de

evolución y estado actual”, Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 235-236 año LXXXII (2014): 34.

¹¹⁷ Constitución Política de la República de Chile de 1925, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&tipoVersion=0> (consultada el 22 de septiembre de 2017).

¹¹⁸ Juan José López López, Ob. cit., 64.

¹¹⁹ Eduardo Cordero, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”. Ob. cit., 129.

número pasaron de ser interpretadas en forma restrictiva (por tener un carácter jurídico excepcional) a transformarse en leyes habituales, dando paso a su aplicación analógica¹²⁰.

A nivel europeo continental, la escuela dogmática alemana¹²¹ comenzó una interpretación del derecho de propiedad centrando su atención en las normas que configuran el mismo derecho, antes que en límites de un derecho natural y preexistente. Nació una nueva perspectiva entre el derecho de propiedad y la ley; ésta puede establecer límites, configurando el contenido normal de aquel, o limitaciones, que son *“restricciones que operan circunstanciadamente sobre el contenido definido de la propiedad”*¹²². Esta concepción normativa se complementó con el constitucionalismo social de principios del siglo XX, que criticó el sistema liberal de la propiedad por permitir a los privados realizar un ejercicio antisocial del mismo, además de ser ajeno a los cambios económicos y sociales¹²³. Lo anterior propicia el nacimiento de la función social de la propiedad; consistente en el replanteamiento de la funcionalidad de este derecho bajo la idea que, además de servir al interés privado, contempla el deber u obligación de legitimar la utilización de los bienes por su sentido de beneficio social, sirviendo a un interés público, y que tal deber está contenido en el mismo derecho, poniendo especial atención a su faz objetiva (normativa) y a las características del bien. En palabras de Cea Egaña *“el resultado de una correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”*¹²⁴. La función social de la propiedad marca el paso del Estado liberal burgués a un Estado social de Derecho, y su consecuencia más importante es la ruptura del concepto unitario del derecho de propiedad, a partir de la *“diversificación o la existencia de una pluralidad de propiedades, en consideración a las distintas funciones sociales que pueden obtenerse de los bienes”*¹²⁵, en beneficio público.

¹²⁰Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 101-102.

¹²¹Luciano Parejo Alfonso, “La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N°17 (1978): 245-272.

¹²²Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, Ob. cit., 508.

¹²³Ibíd., 509-510.

¹²⁴José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno tomo II* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile 2004), 535.

¹²⁵Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, Ob. cit., 510.

La reforma constitucional de 1967, a través de la Ley N° 16.615 dictada bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, dentro del marco de la doctrina social de la iglesia, introduce explícitamente por primera vez en nuestro país el concepto de función social de la propiedad; la ley podría establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad con el objetivo de profundizar el proceso de reforma agraria y la ejecución de obras públicas como la modernización de los centros urbanos del país¹²⁶. Las causales de la función social de la propiedad se encuadraron en los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad pública, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes; al tiempo que se aseguró el derecho de propiedad en sus diversas especies, reemplazando la protección a todas las propiedades¹²⁷. La reforma constitucional de 1971 a través de la Ley N° 17.450 bajo el gobierno de Salvador Allende, introdujo la nacionalización como estatuto permanente que permitió a la ley expropiar o reservar al estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros que declare de importancia para la vida económica, social y cultural del país¹²⁸, configurándose el primer paso hacia un régimen de propiedad socializada.

Esta tradición republicana de procesos político-jurídicos que implicó una *“transformación del concepto de propiedad, vinculando este derecho, más a la función social de la misma, que a una titularidad absoluta y arbitraria del propietario privado individual, y suponen concebir al derecho de propiedad como un derecho económico y social”* a través de limitaciones intrínsecas *“cuya regulación corresponde de modo preferente al legislador”* cesó con el golpe de estado de 1973 y la posterior dictadura cívico-militar que concretó su ideología en una nueva constitución¹²⁹.

¹²⁶ Enrique Evans, *Los Derechos Constitucionales tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile 1986), 365.

¹²⁷ Ley N° 16.615 de 1967 modifica la Constitución Política del Estado, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=130884> (consultada el 22 de septiembre de 2017).

¹²⁸ Ley N° 17.450 de 1971 reforma la Constitución Política del Estado, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29026> (consultada el 22 de septiembre de 2017).

¹²⁹ Pablo Ruiz-Tagle, “Dogmática sobre la propiedad constitucional y civil en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades* N°24 (2014): 37.

2.2. La Constitución de 1980.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (en adelante CENC) también conocida como “Comisión Ortúzar” fue un organismo establecido en 1973 por la Junta Militar de Gobierno con el objetivo de preparar el anteproyecto de una nueva constitución para nuestro país. La garantía constitucional del derecho de propiedad tuvo una abultada discusión durante aproximadamente ocho meses distribuida en cerca de treinta sesiones¹³⁰, en las que destacó la necesidad de fortalecer el régimen de propiedad privada en general, estimular y asegurar la iniciativa creadora de los particulares, reforzando las garantías del propietario frente a las intervenciones estatales¹³¹. Tanto la CENC como el Consejo de Estado consideraron que las sucesivas modificaciones a la Constitución de 1925 debilitaron en extremo el derecho de propiedad, por lo que se hacía necesaria una nueva normativa constitucional¹³². Jaime Guzmán, miembro de la CENC, consideró que la función social de la propiedad era un estorbo al ejercicio del derecho y la libertad económica, por lo que se esmeró en restringirla mediante un sistema amparado en ideas de subsidiariedad y de bien común¹³³. Sin embargo, otras intervenciones apegadas a la doctrina social de la iglesia, como por ejemplo la de Pedro Jesús Rodríguez (ex Ministro de Justicia del Presidente Frei Montalva), rebatieron estas ideas y la consideraron necesaria [la función social de la propiedad] para el desarrollo económico, social y cultural del país¹³⁴. La CENC concibió al derecho de propiedad como “una de las garantías de mayor trascendencia en nuestro ordenamiento institucional, a la vez que reconoció la función social que está llamada a cumplir”¹³⁵.

La Constitución de 1980 presenta una regulación extensa y específica del derecho de propiedad que a la fecha mantiene su redacción original. La estructura de la garantía constitucional contempla los siguientes aspectos: (1) el derecho de propiedad sobre toda

¹³⁰ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1 (1996): 27.

¹³¹ Actas de la Comisión Ortúzar, Biblioteca del Congreso Nacional, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (consultada el 25 de septiembre de 2017), tomo I página 6.

¹³² Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional Tomo I*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005), 307.

¹³³ Actas de la Comisión Ortúzar, Biblioteca del Congreso Nacional, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (consultada el 25 de septiembre de 2017), tomo V página 321-323.

¹³⁴ *Ibid.*, 329-330.

¹³⁵ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, *Ob. cit.*, 29.

clase de bienes (Art. 19 No. 24 i. I), (2) el principio de la reserva legal en la regulación de la propiedad (Art. 19 No. 24 i. II primera parte), (3) la limitación de la propiedad en razón de su función social y sus causales (Art. 19 No. 24 i. II segunda parte)¹³⁶, (4) una regulación al extremo detallada de la expropiación, además de la inviolabilidad de la propiedad (Art. 19 No. 24 i. III, IV y V), (5) el contenido esencial de la propiedad (Art. 19 No. 26), (6) los atributos o facultades esenciales del dominio (Art. 19 No. 24 i. II primera parte), (7) la acción de protección en caso de privación, perturbación o amenaza en su ejercicio, (8) la regulación de la propiedad intelectual y otras propiedades especiales (Art. 19 No. 24 y 25); artículos que describen las características fundamentales del dominio y su protección. Además se incorporaron otras garantías como la igualdad ante las cargas públicas (Art. 19 No. 20); la libertad económica y la regulación de la actividad empresarial del Estado (Art. 19 No. 21); la no discriminación arbitraria en materia económica (Art. 19 No. 22); y la garantía de libre acceso a la propiedad (Art. 19 No. 23); normas constitucionales que en conjunto establecen lo que se reconoce doctrinariamente como el “*Orden Público Económico*”¹³⁷.

2.3. Interpretación liberal del régimen de propiedad constitucional.

La comunidad jurídica chilena, luego del término de la dictadura, ha interpretado el régimen propietario establecido en la Constitución de 1980 como un “*marco estructural (...) proclive a un sistema de libre mercado*” que avala la protección a la propiedad privada por sobre su dimensión social, “*con una marcada tendencia a la exclusión del Estado en iniciativa económica, entregando a los particulares la tarea de explotar los recursos porque se entiende que éstos lo realizan de manera más eficiente*”¹³⁸. La interpretación liberal de la Constitución tiene una clara función de “*reforzar las garantías del propietario frente a las*

¹³⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 571-572. Es importante referirnos al orden que propone el autor sobre la competencia del legislador para regular la propiedad en el artículo 19 N° 24 inciso II, las materias son: i. reserva al legislador. ii. la competencia de la ley en conexión con la propiedad. iii. Descripción y alcance de la función social.

¹³⁷ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2007), 87-88. Arturo Fermandois Vohringer, *Derecho Constitucional Económico*. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001), 58. El autor propone una definición de OPE: “*el Orden Público Económico es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permite a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana*”.

¹³⁸ Juan José López López, Ob. cit., 66.

*intervenciones estatales*¹³⁹. Esta postura ha considerado como base argumental que el contenido material del derecho de propiedad debe reconducirse al concepto de dominio establecido en el código civil; además de restringir su función social, interpretándola con categorías dogmáticas que no son propias de la concepción constitucional de la propiedad (como se utilizó, en su momento, la teoría del abuso del derecho), sino que pertenecen a una visión absoluta y liberal, y que la ubican como un límite externo¹⁴⁰.

Ante la indefinición del derecho de propiedad en nuestra Constitución, la interpretación liberal del régimen no construye un significado constitucional de éste, sino que lo reconduce al concepto del dominio del Código Civil chileno¹⁴¹. Rajevic identifica las siguientes disposiciones como aspectos medulares de la propiedad que plasmó Andrés Bello en 1857, artículos que no han sido modificados desde que ese cuerpo legal entrara en vigencia¹⁴²:

Art. 582: “El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”;

Art. 583.1: “Sobre las cosas incorporales también hay una especie de propiedad...”;

Art. 584: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad...”;

Art. 712: “El dominio puede ser limitado de varios modos:

1º Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

2º Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

¹³⁹ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 28.

¹⁴⁰ Juan José López López, Ob. cit., 69.

¹⁴¹ Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, *Derecho Constitucional Tomo I*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005), 308. Los autores se remiten a los arts. 582 y 583 del C. Civil: dominio o propiedad en un derecho real que se tiene sobre una cosa corporal o incorporal, para usar, gozar y disponer de ella según lo que resuelva su dueño, sin atentar contra la ley o derecho ajeno. En el mismo sentido, José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno Tomo II* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), 565. También en Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2007), 86-87.

¹⁴² Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 24.

3º *Por las servidumbres*”.

Art. 819: *“Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares.*

Las servidumbres legales relativas al uso público son:

El uso de las riberas... que se regirá por el Código de Aguas; y las demás determinadas por los reglamentos y ordenanzas respectivas”¹⁴³.

La reconducción del significado del derecho de propiedad al C. Civil hace que este reciba la característica de ser *“un derecho absoluto (...) porque comprende el total de las facultades que se pueden ejercer sobre las cosas: uso, goce y disposición, otorgándole a su titular el máximo de utilidad”¹⁴⁴*, además de ser un derecho perpetuo e inviolable. Las facultades esenciales del dominio son: el uso, que *“permite al dueño servirse del bien según su naturaleza de la manera que desee”* (derecho exclusivo o excluyente). El goce, que *“habilita al titular para (...) percibir para sí todos los frutos que ella sea susceptible de producir”* (civiles o naturales). Y la facultad de disposición, que consiste en la ventaja del dueño para *“abusar jurídicamente de ella”* (enajenándola, consumiéndola o transformándola)¹⁴⁵.

La definición decimonónica del dominio que proviene del proceso de codificación del siglo XIX es insuficiente para ser utilizada en la conformación de un sistema propietario coherente en la actualidad, ya que nace de una visión liberal y absoluta del poder del titular sobre las cosas que no se compatibiliza con la utilidad económico-social que cumplen ciertos bienes, para transigir las necesidades colectivas de la sociedad sobre los intereses individuales del propietario.

Tal interpretación hace que, bajo este concepto de propiedad civil absoluta y unitaria, funcionen las reglas establecidas expresamente en la Constitución; a saber, la reserva legal, función social, restricciones y privaciones, y la esencia del derecho. Por ejemplo, el concepto civil del derecho de propiedad, en tanto absoluto y unitario, lleva a la función social a operar

¹⁴³Código Civil de la República de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (consultado el 7 de febrero de 2018).

¹⁴⁴Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, Ob. cit., 308.

¹⁴⁵Ibíd., 309.

en forma binaria. En un sentido, cuando no existe la necesidad de compatibilizar los intereses públicos y privados, el contenido del derecho se remite a la ley civil y se caracteriza por ser absoluto; y en un sentido opuesto, cuando existe la necesidad de dar preponderancia al interés público, esta función opera como una limitación externa al contenido del derecho de propiedad civil, introduciendo restricciones al poder ejercido por los titulares. De esa manera la función social es considerada un elemento externo, como una herramienta contraria a la propiedad privada que actúa limitándola desde afuera de su núcleo, tratando de compatibilizar el interés individual con el colectivo, pero finalmente enfrentándolos¹⁴⁶. “[...] *La división tajante de la protección de la propiedad entre un derecho de propiedad “normal” de uso por el derecho privado y un derecho de propiedad “alterado” de aplicación, dada la intervención de leyes especiales y disposiciones constitucionales, es en fin aparente: como también porque bajo dicha argumentación, (2) se incurriría en el error lógico de pensar que la sola existencia de la función social niega el derecho subjetivo de la propiedad en determinadas circunstancias [...]*”¹⁴⁷.

La interpretación liberal del sistema propietario establece que las intervenciones estatales en la propiedad se concretan en forma de restricciones o privaciones¹⁴⁸; las primeras a través de limitaciones u obligaciones¹⁴⁹ introducidas tanto por el C. Civil como por leyes especiales de acuerdo al principio de reserva legal, fundamentadas en la función social que cumple la propiedad y que, respetando su contenido esencial, no darían derecho a indemnización; y las segundas a través de expropiaciones, que despojan al titular de su propiedad o afectan el contenido esencial definido en la Constitución por los atributos o facultades que confiere el dominio, que según la tradición civil serían las facultades de usar, gozar y disponer, y que contemplan la indemnización¹⁵⁰. La dificultad a este respecto, radica por una parte, en las diferencias de lenguaje utilizado por las distintas regulaciones para referirse a estas intervenciones¹⁵¹, como también por las situaciones fácticas en las que una intervención estatal en forma de limitación, en los hechos, priva de forma parcial los atributos

¹⁴⁶ Juan José López López, Ob. cit., 71.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 89-90.

¹⁴⁹ Ídem. Para Peñailillo los términos “limitaciones u obligaciones” no son apropiados. Propone cambiar el primero por “restricciones” y el segundo por “deberes” o “cargas”.

¹⁵⁰ Íbid., 91.

¹⁵¹ Íbid., 96-97.

o facultades del titular¹⁵², resultando fundamental los criterios utilizados para determinar si corresponde una indemnización al propietario por las consecuencias de la intervención en su patrimonio¹⁵³.

2.4. Consecuencias de la interpretación liberal.

El predominio de lo subjetivo en la interpretación dogmática del derecho de propiedad, que se traduce en la adopción de un concepto unitario y absoluto, ha provocado un fenómeno de fortalecimiento de la propiedad privada. *“Esta visión unidimensional de todos los derechos constitucionales hace que el eje de su construcción sean las situaciones jurídicas concretas”*, porque se analizan desde su titular, *“así como todo el sistema de garantías que la Constitución establece para su protección”*¹⁵⁴. En esta misma línea argumental, Jessica Fuentes y Eduardo Aldunate han identificado tres situaciones anómalas derivadas de la interpretación liberal del sistema propietario:

“Por una parte la discusión en torno a la propiedad sobre bienes incorporales, que se extiende desde un concepto de los mismos como derechos personales y derechos reales en la nomenclatura del Código Civil, hasta la ampliación ad infinitum del concepto de bienes incorporales para amparar cualquier situación digna de ser protegida por el derecho, y cuya inclusión como objeto del derecho de propiedad es resultado de (y se entiende por) la intención de hacer operativa, para cualquier interés que se encuentre en dicha situación, la expedita vía del recurso de protección dirigido a amparar la propiedad. Esta disolución del concepto de bien incorporal llega a tanto que, en su versión más extrema, viene a considerarse como comprensiva del derecho a la legalidad (¡subjetivización del principio de legalidad!), en cuanto el ser tratado según las disposiciones legales deviene en un bien incorporal sobre el cual el recurrente puede alegar una titularidad .

El segundo eje de problemas planteados puede analizarse, a nuestro juicio, en la contraposición existente entre la protección dada a la propiedad como derecho subjetivo, y

¹⁵²Ibíd., 92. La privación total o expropiación, que en su significado tradicional se refiere a la extracción de la cosa del dominio del particular; versus la privación parcial, que implica expropiación parcial del derecho (alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio).

¹⁵³Juan José López López, Ob. cit., 70.

¹⁵⁴Eduardo Cordero, “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”, Ob. cit., 127.

aquella en que los derechos subjetivos se ven afectados por un cambio en la regulación del derecho de propiedad. O, si se quiere, entonces, los extremos de este eje están constituidos, por una parte, por la protección de los derechos subjetivos y por otra, por el derecho objetivo (especialmente en cuanto afecta a los primeros). La pregunta medular aquí es si la protección dada a un derecho subjetivo perfilado por una regulación del derecho objetivo, se extiende a esta regulación. Por plantearlo en una figura: si cada vez que un particular incorpora a su patrimonio un derecho subjetivo congela, en relación a ese, el correspondiente derecho objetivo que lo configura.

Por último, y para completar el cuadro, no se encuentran aún definidos con claridad por la jurisprudencia constitucional los criterios para delimitar la profundidad en que debe entenderse operando el mandato constitucional de legalidad de regulación de la propiedad. Esto no sólo es importante para delimitar las competencias que en este campo pudieran caberle a la potestad reglamentaria autónoma o subordinada, de fuente constitucional, sino especialmente para evaluar en qué medida las remisiones a disposiciones reglamentarias contempladas en la propia ley pueden ser aceptadas como válidas”¹⁵⁵.

Lo anterior hace imperiosa una nueva interpretación del régimen constitucional de la propiedad, iniciándose por la búsqueda de un concepto de propiedad actualizado a las necesidades de nuestra sociedad, para solucionar por ejemplo los problemas que surgen de la contradicción permanente entre los intereses públicos y privados a raíz de una intervención estatal destinada a la planificación urbana. Este concepto debe comprender, además de su faz subjetiva, la dimensión objetiva del derecho de propiedad comprendida como un instituto, donde la función social sea la encargada de compatibilizar los distintos intereses, delimitando desde su interior el derecho de propiedad.

Así, como señala Andrés Bordali, *“esta propiedad que aquí estamos definiendo como contemporánea, contraponiéndola a la propiedad liberal, quizás quede mejor ubicada con el concepto de propiedad constitucional, entendiéndolo por esto el cómo configuran las constituciones (ya desde Weimar e incluida la chilena actual) el derecho de propiedad. En efecto, la Constitución chilena, como la alemana, la española y la mayoría de los textos*

¹⁵⁵Jessica Fuentes Olmos y Eduardo Aldunate Lizana, “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII (1997): 203.

*constitucionales pertenecientes a la órbita del derecho continental, crean una configuración propia del derecho de propiedad, diferente de la contenida en los códigos civiles decimonónicos. Este nuevo concepto de propiedad viene a significar una pérdida del señorío del propietario, puesto que ahora, y precisamente en virtud de la función social que tiene la propiedad, las facultades de goce y disposición del titular -que antes tenían una tutela casi ilimitada- ahora serán amparadas por el ordenamiento jurídico, en la medida que estén en concordancia con ciertos intereses predeterminados por el propio texto constitucional, y que de algún modo son considerados superiores al interés individual del propietario. Esos intereses superiores hacia los que debe estar orientada la propiedad son, en nuestra Norma Fundamental, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad, salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental (Art. 19 N°24 inc. 2° CP)*¹⁵⁶.

2.5. ¿Propiedad o propiedades?

En párrafos anteriores señalamos que una de las consecuencias más importantes de la introducción de la función social en el régimen de propiedad constitucional es la ruptura del concepto unitario de este derecho, a partir de la diversificación o pluralidad de estatutos propietarios en consideración a las distintas funciones que pueden obtenerse de los bienes en beneficio público¹⁵⁷.

La teoría pluralista de la propiedad fue formulada originalmente por Filippo Vassalli, quien evidenciando la realidad existente entre el derecho común y las leyes especiales, señaló que: *“Parece corresponder al estado actual de las leyes, que han disciplinado de modo muy vario los poderes del propietario, reconocer que no hay una sola propiedad, que existen más bien propiedades, en cuanto a que el interés público es que la apropiación de*

¹⁵⁶ Andrés Bordalí Salamanca, “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio”. *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 p.153-172 (1989), http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso (consultada el 29 Mayo 2017).

¹⁵⁷ Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Ob. cit.*, 520. *“La evidente dificultad que presenta la propiedad moderna para explicar de manera adecuada la disciplina de las concretas situaciones propietarias en cuanto constituye un modelo técnico de una ideología superada por una nueva realidad social, lleva a su relativización y desmitificación a través de la formulación de la llamada teoría pluralista de la propiedad”*.

*los bienes comporta estatutos diversos en armonía con los propósitos perseguidos que varían bastante*¹⁵⁸.

El conceptualismo alemán de finales de siglo XIX y las visiones socializadoras francesas de principios de siglo XX avanzaron en torno de la idea de ruptura del concepto unitario de propiedad, a raíz de la introducción de la función social y la creciente legislación especial. Sus esfuerzos se encaminaron en superar el concepto unitario liberal proveniente de la tradición romana *ius naturalista* y la formulación de uno nuevo gracias al positivismo jurídico, de naturaleza nomológica, en razón de la gran cantidad de leyes especiales que modificaron esta visión absoluta y unitaria de la propiedad, pasando desde su *“limitación al ámbito de su configuración legal”*¹⁵⁹.

La evolución doctrinaria hizo que nuevas ideas perfeccionaran la teoría de la pluralidad de propiedades, por ejemplo quienes señalaron que la relación entre el hombre y las cosas debía ser entendida desde un punto de vista distinto a la verticalidad del sujeto titular sobre ellas. Correspondía situarse al nivel de las cosas y observar dicha relación con el individuo de forma horizontal: las cosas revelaron que requerían de diversas y particulares construcciones jurídicas en razón de sus características específicas. En los hechos, la dictación de una gran cantidad de leyes especiales estableció una pluralidad de estatutos propietarios, cada uno de los cuales tenía un fundamento estructural a partir de elementos objetivos: los naturales y económicos¹⁶⁰.

El eje del concepto de propiedad ya no lo constituyó el sujeto que proyecta su poder y voluntad absoluta sobre las cosas, sino que éste se reconstruyó a partir de elementos objetivos, desde *“una perspectiva ex parte subiecti a una ex parte re”*¹⁶¹, y como consecuencia su noción dejó de ser unitaria: se pluralizó en razón de las distintas características de los bienes. La comprensión y análisis de la apropiación privada dejó atrás la visión liberal de un poder simple, único y hegemónico atribuido a un sujeto, y pone su atención en la importancia económico-social de las cosas. Las consecuencias de este

¹⁵⁸Vassalli, Filippo, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* (1938), en Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, 2º semestre de* (2008): 513.

¹⁵⁹Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Ob. cit.*, 514.

¹⁶⁰*Ibid.*, 515.

¹⁶¹*Idem.*

cambio devienen en la ruptura de la vieja categoría absoluta de la propiedad, y su nueva consideración “*como la forma más intensa de pertenencia que se puede ejercer sobre los distintos bienes, atendidas su naturaleza y la función que se le asigna dentro del orden social y económico*”¹⁶².

Pese a la multiplicidad de estatutos propietarios en razón de la variedad de tipos de bienes, la ruptura del contenido unitario no significó el olvido y desuso del concepto singular de propiedad que siguió presente en la tradición doctrinaria. Esto permitió retornar a la unidad conceptual, estableciendo un “*mínimo común denominador*”¹⁶³ que vuelve a llevar los diferentes estatutos propietarios a un concepto jurídico unitario. “*(...) Varios autores arribana la conclusión de que la pluralidad de estatutos dominicales no compromete la unidad conceptual de la propiedad privada, que se mantendría intacta, en cuanto representa el poder más amplio que se puede ejercer sobre las cosas*”¹⁶⁴. El profesor Eduardo Cordero nos explica que el concepto singular de propiedad reflejado en nuestra Constitución y en el lenguaje jurídico nacional está amparado en primer lugar por la “*tradición liberal y absoluta que está contenida en el los códigos decimonónicos*”, que predispone una comprensión subjetiva del concepto y mantiene el carácter supletorio como derecho común, y en segundo lugar, por la “*garantía constitucional del contenido esencial de los derechos*”, límite de la función social que restringe al legislador en su acción de regular la propiedad¹⁶⁵.

José Luís Cea Egaña señala que la Constitución “*asegura el dominio en sus diversas especies*”¹⁶⁶, por ejemplo: la propiedad privada (dentro de ella pueden ser incluidas la propiedad individual, familiar, comunitaria y cooperativa), la propiedad estatal y la propiedad mixta. Ellas en consideración al titular del dominio. También puede añadirse una clasificación que distingue el dominio pleno de la nuda propiedad, o la que separa el dominio real en las cosas corporales del dominio de las cosas incorpóreas. En cuanto a las cosas objeto de la titularidad, existe la propiedad urbana, agrícola o rural, minera y de las aguas, intelectual e industrial, etc.¹⁶⁷.

¹⁶²Eduardo Cordero, “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, Ob. cit., 521.

¹⁶³Idem.

¹⁶⁴Idem.

¹⁶⁵Ibíd., 522.

¹⁶⁶José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 565.

¹⁶⁷Ibíd., 565-566.

2.6. Constitución y derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales se definen como *“el conjunto de facultades e instituciones que, concretan las exigencias de la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos”*¹⁶⁸. Estos derechos están reconocidos en el artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución: *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. La Convención Americana de Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) suscrita por nuestro país, protege en su artículo 21 el derecho a la propiedad privada: *“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”*¹⁶⁹.

Estos derechos presentan una doble naturaleza. Por un lado, se consideran derechos subjetivos, ya que emanan directamente de la dignidad humana¹⁷⁰, asegurando a la persona un haz de facultades como asimismo un estatus jurídico en el ámbito de su existencia, operando como derechos de defensa frente al Estado. Desde otro punto de vista poseen una significación objetiva, ya que juegan un rol de conformación de instituciones jurídicas que

¹⁶⁸Humberto Nogueira Alcalá, “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, 11 (2) (2005): 16.

¹⁶⁹Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, http://www.oas.org/dil/esp/tratados/B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (consultado el 25 de septiembre de 2017).

¹⁷⁰José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 42. *“Es la cualidad del ser humano predicable única o exclusivamente como atributo suyo, coherente con su inteligencia, libertad e igualdad, en fin, con su responsabilidad. Rasgos de racionalidad que lo erigen en un depósito máximo o supremo, de valores que integran su espíritu y materia”*.

prestan “*funciones estructurales de gran importancia para el ordenamiento jurídico*”, condición sin la cual no es posible el Estado constitucional democrático¹⁷¹.

Están posicionados como normas jurídicas supremas dentro del ordenamiento. Esta condición de esenciales o fundamentales implica que están por sobre las normas anteriores o posteriores al consenso constitucional y que además poseen “*eficacia directa*”, lo que significa que pueden ser utilizados directamente como criterios interpretativos para la creación o aplicación de normas de derecho infra constitucional (artículo 1 inciso cuarto CPR)¹⁷². Esta eficacia directa proviene de su consagración constitucional (artículos 6 y 19 CPR), de su carácter de “*atributo de la dignidad de la persona humana y de límite del poder estatal*” (artículo 5 inciso segundo CPR), además de la “*obligación del legislador de no afectar su contenido esencial*” (artículo 19 N° 26 CPR)¹⁷³. Además, como atributos de la persona asegurados por el orden constitucional, los derechos fundamentales constituyen un límite para el ejercicio de la soberanía (artículo 5 inciso segundo) obligando a todos los poderes estatales, autoridades y privados¹⁷⁴. Incluso limitan al poder constituyente, ya que una vez incorporados al ordenamiento son irreversibles y deben aplicarse de acuerdo al principio de progresividad.

Los derechos fundamentales tienen la característica de ser “*irreversibles*”¹⁷⁵, esto significa que una vez reconocidos por el Estado a través de la Constitución o un tratado internacional, es imposible desconocer su condición de ser inherentes a la persona humana, incluyéndose como derechos constitucionales “*implícitos*” de forma permanente en el ordenamiento jurídico. En el caso de eliminar alguno de los derechos fundamentales que han sido reconocidos, continuarán como tales, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea, sólo los asegura y garantiza. Que un derecho sea “*implícito*” significa que no necesariamente debe estar reconocido expresamente en la Constitución o los tratados internacionales suscritos para ser un derecho fundamental, sino que puede desprenderse de principios,

¹⁷¹Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 16. “*Así, en el Estado Constitucional Democrático los derechos constitucionales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se hacen objetivos operando como elementos del ordenamiento jurídico*”.

¹⁷²Ibíd. La eficacia directa de los derechos fundamentales consiste en la capacidad de obligar a los poderes públicos (deber positivo de garantía y promoción de todos los órganos estatales), personas o grupos de ellas, sin una legislación anterior que regule su ejercicio y protección.

¹⁷³Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 20.

¹⁷⁴Ibíd., 17.

¹⁷⁵Ibíd., 18.

valores, fines y razones históricas, con el objetivo de salvar ciertas carencias normativas del ordenamiento constitucional. Los derechos fundamentales se aplican de acuerdo al “*principio de progresividad*”¹⁷⁶, esto significa que entre la norma interna o la de derecho internacional debe aplicarse el instrumento que garantice de mejor forma los derechos de las personas.

2.7. Delimitación, límites y limitaciones de los derechos fundamentales.

Como cuestión previa al análisis de los conceptos referidos en el título de este acápite, conviene hacer dos distinciones reseñadas por el profesor Peces-Barba¹⁷⁷. En primer lugar, entre límites jurídicos y límites de hecho, entendidos estos últimos como situaciones sociales o económicas que “limitan” el ejercicio de uno o más derechos, pero desde la perspectiva de su eficacia¹⁷⁸. Así, el objeto de tratamiento de estas líneas son los límites jurídicos a los derechos fundamentales. En segundo lugar, sugiere distinguir “límites de los derechos” de situaciones o elementos no previstos en el supuesto fáctico de la norma que los establece o, dicho de otro modo, de la “*delimitación conceptual del contenido mismo del derecho*”. De esta forma, no se tratará de la imposición de límites o limitaciones a un derecho la prohibición de conductas o situaciones que no formen parte de su supuesto de hecho (v. gr. el porte de armas en el ejercicio del derecho a reunirse en lugares públicos).

Asimismo, y como lo preceptúa el Capítulo tercero de nuestra Constitución “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, los derechos constitucionales jamás son absolutos y siempre van aparejados de un “deber” correlativo, el cual limita o restringe el ámbito de ejercicio del derecho, y determina lo que es lícito o legítimo¹⁷⁹.

Delimitar un derecho fundamental es establecer su contenido y sus límites. Para determinar el contenido del derecho y el alcance que se le da a su protección constitucional (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) se deben considerar dos elementos: identificar y definir el “*ámbito de la realidad al que se alude*”, y el “*tratamiento*

¹⁷⁶Ibíd., 19.

¹⁷⁷Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís, y Ángel Llamas. *Curso De Derechos Fundamentales: Teoría General* (Madrid: Universidad Carlos III: Boletín Oficial Del Estado, 1999), 588.

¹⁷⁸Peces-Barba puntualiza, haciendo eco de cierta doctrina alemana, que estos límites de hecho pueden tener relevancia para el análisis de la faz objetiva de los derechos, en tanto solo los que son generalmente ejercidos pueden revisarse desde un punto de vista de las instituciones.

¹⁷⁹José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 37.

*jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho*¹⁸⁰. El conjunto de normas que la Constitución establece para proteger este derecho, que fueron anteriormente citadas¹⁸¹, forma el subsistema jurídico de ese sector de la realidad y especifica su contenido. El límite de un derecho fundamental supone *“la existencia de un contenido constitucionalmente protegido”*¹⁸² dentro del cual existe un contorno o frontera que lo distingue de lo que no es. Este contorno o frontera forma parte de la estructura del derecho y *“consideran los demás bienes y derechos constitucionalmente protegidos por el ordenamiento jurídico, constituyendo un sistema integrado, armónico”*¹⁸³ y coherente donde cada una de sus normas es útil para delimitar los derechos fundamentales mediante una interpretación sistemática y finalista de todas sus normas. En el supuesto de una aparente contradicción entre los enunciados constitucionales al momento de delimitar los derechos, la opción de interpretar en base a una decisión de jerarquía, en el sentido de preferir la aplicación de uno imponiéndose sobre otro, parece insatisfactoria, en base a que los derechos no pueden anularse entre sí ya que todos son elementos que integran el orden constitucional y el aparente conflicto se debe solamente a una deficiente delimitación. Más bien debemos aplicar ambas normas constitucionales buscando una interpretación que reconozca la máxima efectividad y utilidad, *“optimizándolos dentro de su ámbito (de realidad) propio”*¹⁸⁴. Por lo demás, al pertenecer al mismo sistema, los derechos fundamentales son equilibrados en términos materiales y valóricos, y no existe norma que permita anular y desnaturalizar un derecho por otro; pero si compatibilizarlos a través de los límites¹⁸⁵.

Los *límites* de los derechos fundamentales son elementos que permiten compatibilizar los valores amparados por el ordenamiento. Pueden clasificarse de acuerdo a su formulación en *“límites expresos y generales (bien común), límites expresos y específicos para cada derecho* (por ejemplo la función social de la propiedad) *o límites implícitos”*¹⁸⁶, refiriéndonos a la *“competencia general del legislador para regular y desarrollar los derechos, en la medida en que la Constitución la reconozca como tal”*¹⁸⁷. También podemos

¹⁸⁰ Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 20.

¹⁸¹ Supra, 35-36.

¹⁸² Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 21.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Ibid., 22.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Idem.

clasificarlos “*teniendo presente el criterio de aplicación y eficacia (...) en límites expresos y de eficacia inmediata, que derivan directamente de la Constitución y por lo tanto operan sin necesidad de intervención legislativa*”; y los “*límites de habilitación*” que permiten la intervención del legislador concretando “*limitaciones previstas en la Constitución*”¹⁸⁸. Los límites además pueden clasificarse en ordinarios o extraordinarios dependiendo si operan bajo condiciones de normalidad constitucional o “*durante circunstancias de emergencia social o institucional*”¹⁸⁹.

La Constitución enuncia los derechos fundamentales garantizados por ella, y los delimita, fijando su contenido y determinando sus límites; pero en los casos en que expresamente lo autoriza, permite su configuración posterior a través de limitaciones establecidas por el legislador respetando el contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26CPR). De esta forma los enunciados normativos de los derechos fundamentales pueden establecer “*derechos con un alcance previsto y precisado de manera definitiva*”¹⁹⁰, como por ejemplo el artículo 19 N° 15, que garantiza el derecho de asociarse sin permiso previo cuyo límite está dado por la prohibición de las asociaciones contrarias a la moral, el orden público y la seguridad del Estado, y el derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación. Por otro lado, las normas constitucionales pueden autorizar o habilitar específicamente al legislador para introducir limitaciones a los derechos¹⁹¹, quien a través de su intervención logra especificar los supuestos de orden material y formal de cada derecho para reconocer su ámbito propio y las finalidades que se persiguen, completando el régimen jurídico respectivo. Es la situación que se produce en efecto con el derecho de propiedad garantizado en el artículo 19 N° 24, que en su inciso segundo establece el límite de la función social y el principio de la reserva legal, los cuales permiten que la LGUC, entre otras leyes especiales, configure el derecho de propiedad o restrinja sus atributos y facultades, dando forma al sistema jurídico de ese sector de la realidad, estableciendo el régimen de la propiedad urbana.

¹⁸⁸Idem.

¹⁸⁹Hugo Tortora Aravena, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Revista Estudios constitucionales [online]* (2010), vol.8, n.2, pp.167-200, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200007&lng=es&nrm=iso (consultado el 7 de julio de 2017).

¹⁹⁰Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 24.

¹⁹¹Ibíd., 25.

Sin perjuicio de lo señalado hasta este punto, Peces-Barba¹⁹² propone la realización del análisis de los límites (o limitaciones) a los derechos fundamentales en tres niveles distintos. Primero, el nivel de los límites que el ordenamiento jurídico en general impone a todos los derechos (no solo los fundamentales), entendidos estos como la cristalización de ciertos valores y principios que son signados como los fines a los que tiende el sistema en su conjunto o *“la moralidad que se positiviza y que marca el horizonte ético del Ordenamiento”* (como pueden ser la libertad, el servicio a la persona humana, la justicia o el bien común). Esto, puesto que los derechos fundamentales no pueden configurarse, interpretarse ni aplicarse, sino de conformidad a esas reglas básicas. En segundo lugar, el nivel del subsistema de los derechos fundamentales, en que cada derecho es considerado en general o, si se quiere, el límite que se encuentra en los distintos bienes constitucionales. Esto no significa que los derechos fundamentales se analicen en oposición a los bienes constitucionales (como si los primeros encarnaran el fin de servicio al individuo y los segundos el interés general de la colectividad), sino como elementos que de forma conjunta coadyuvan a la realización de los fines a los que tiende el sistema jurídico en su conjunto. Para esto, se ponderan los efectos de cada derecho en relación a los bienes constitucionales, con la finalidad de valorar o medir los límites y la extensión de cada uno de sus supuestos. En este nivel diremos, tal como señala Peces-Barba¹⁹³, que aparece la función social como elemento consustancial a cada derecho. Finalmente, existe un tercer nivel en el que existen los límites para el caso concreto de cada derecho fundamental, lo que se identifica como los “límites al ejercicio” de los derechos.

A nuestro juicio, es en los dos últimos niveles recién señalados donde se sitúa, dependiendo del contexto y la norma que se trate, el concepto de función social de la propiedad. De esta forma, esta operará desde el contenido inherente del derecho, así como también sobre su ejercicio concreto.

¹⁹²Gregorio Peces-Barba, Rafael de Asís, y Ángel Llamas, Ob. cit., 590-591.

¹⁹³Ídem.

2.8. Función social de la propiedad.

La función social de la propiedad está establecida en nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24 inciso segundo. Esta es una herramienta jurídica que introduce *limitaciones* u *obligaciones* a la propiedad, con el objetivo de compatibilizar los intereses públicos y privados que derivan de su consagración constitucional. Pese a no estar definida en nuestra Constitución, podemos señalar que es el “*fundamento de un límite impuesto al derecho de propiedad*”¹⁹⁴, en el sentido de que los derechos fundamentales nunca son absolutos e imponen deberes correlativos a su titular.

Durante su discusión en la CENC, la Subcomisión de Derecho de Propiedad consideró que ella es una especie del género “bien común”¹⁹⁵ establecido en el artículo 1 inciso cuarto; y con el objetivo de restringir las competencias que ésta entregaba al poder legislativo, intentó confusamente definirla e identificar sus factores¹⁹⁶. Lo cierto es que el debate en la Comisión se generó con motivo de determinar si convenía mantener la base de la Ley N° 16.615 que introdujo explícitamente la función social en nuestro ordenamiento, promulgada en 1967 bajo el gobierno del Presidente Frei Montalva, recogiendo el ideario de la doctrina social de la iglesia¹⁹⁷. Esta reforma constitucional estableció como fundamento de las limitaciones u obligaciones a la “función social” y el “hacerla (la propiedad) accesible a todos”; además de enumerar taxativamente sus componentes: cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Jaime Guzmán se ubicó en esta discusión como un férreo opositor a la función social, que en su opinión debía ser restringida. Manifestó que la clave estaba en determinar qué se entendía por ella, y en su punto de vista consideraba que ella consistía en que el ejercicio del derecho se ajustara al bien común, y como este está definido en la Constitución no habría

¹⁹⁴Felipe Holmes Salvo, Ob. cit., 30.

¹⁹⁵José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 574-575. De acuerdo a la doctrina de la Iglesia Católica, el límite externo y objetivo del ejercicio del dominio está basado en el bien común (emplear la riqueza para el bien común).

¹⁹⁶Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob.cit., 90.

¹⁹⁷Actas de la Comisión Ortúzar, Biblioteca del Congreso Nacional, http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (consultada el 25 de septiembre de 2017), tomo V, 305.

problemas en interpretarlo¹⁹⁸. Con respecto a la expresión “hacer accesible a todos este derecho” como fundamento de las limitaciones u obligaciones, pensaba que se debía eliminar, porque según su razonamiento, parecía referirse a privar el derecho ya adquirido más que a limitarlo¹⁹⁹. En cuanto a la enumeración de sus componentes señaló que era innecesaria pero en ningún caso inconveniente, ya que su motivo solamente era sintetizar y ordenar, dado que todas las fuentes de las limitaciones eran reconducibles a la función social²⁰⁰.

Enrique Evans, por el contrario, consideraba que la función social era un elemento que permitía la conjunción entre el derecho del propietario y el bien común, por lo que se declaró en contra de la idea de Guzmán de referir la función social al bien común. Además defendió la idea de considerar ambos fundamentos y enumerar sus componentes taxativamente²⁰¹.

Finalmente en la redacción del artículo 19 N° 24 inciso segundo la expresión hacerla accesible a todos, como fundamento de las restricciones al derecho, fue eliminada y además se optó por la enumeración de los componentes como “*padrón comparativo para que el juez enjuicie las limitaciones y el legislador las establezca*”²⁰². La Comisión quiso mantener las causales establecidas originalmente en la Ley N° 16.615, agregando solamente la seguridad nacional, pero posteriormente el Consejo de Defensa del Estado corrigió el texto redactado por la CENC, eliminando los conceptos el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes, modificó intereses generales del Estado por intereses generales de la nación y agregó la conservación del patrimonio ambiental²⁰³. Se consideró que la función social es esencial y permanente al derecho de propiedad, y está contenida en él²⁰⁴. Esto ya había sido establecido en las conclusiones básicas, sobre el particular, expresadas por la

¹⁹⁸ *Ibid.*, 323.

¹⁹⁹ *Ibid.*, 346.

²⁰⁰ *Ibid.*, 323.

²⁰¹ *Ibid.*, 328.

²⁰² *Ibid.*, 397-398.

²⁰³ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 91.

²⁰⁴ *Ibid.* En este mismo sentido, José Luís Cea Egaña, Derecho Constitucional Chileno Tomo II. (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012), 574-575, señala que “*la función social es un elemento estructural del dominio, concerniente a su esencia*”.

Comisión en el acta de su sesión N° 148, las que transcribimos a continuación por considerarlas el punto mínimo de partida a tener en cuenta para debatir el tema:

“1°.- La función social de la propiedad es inherente al derecho mismo, razón por la cual debe buscarse una fórmula que así lo exprese en el texto fundamental y en las leyes;

2°.- La función social mira al bien común, concepto que tanto el legislador como los tribunales deberán aplicar con la debida flexibilidad que la evolución haga necesaria, dentro de su propio campo de acción, y

3°.- Estando obligado el propietario a utilizar los bienes conforme al bien común, las limitaciones que se establecen al ejercicio del derecho sobre esa base, no son susceptibles de indemnización. En cambio, existe derecho a ser indemnizado cuando se afecta a la esencia del derecho de propiedad quedando el titular privado de él o de una parte del mismo”²⁰⁵.

2.9. Interpretación doctrinaria de la función social en Chile.

El profesor Cea Egaña esboza una definición práctica de la función social, considerándola como *“el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro. Dicha función conjuga, por ende el ejercicio del dominio con la seguridad jurídica y a ambos, a su vez, con la evolución y la reforma que exige el progreso humano en sociedad”²⁰⁶.* Inmediatamente identifica ciertas características de la función social, por ejemplo, que se trata de un elemento de la estructura del dominio (esencial o parte del derecho mismo), o que es un criterio delimitador del contenido esencial del dominio y del modo de ejercer el dominio, además que abarca limitaciones o reducciones del ejercicio habitual del dominio así

²⁰⁵ Actas de la Comisión Ortúzar, Sesión N° 148, Biblioteca del Congreso Nacional https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r (Consultada el 25 de septiembre de 2017), tomo IV, página 913.

²⁰⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 575.

como obligaciones que recaen sobre el dueño y deberes que el mismo ha de cumplir de acuerdo a la Constitución y las leyes, entre otras²⁰⁷.

Daniel Peñailillo indica que la expresión función social ha sido utilizada *“para advertir que el dominio (...) debe ser ejercido con consideración de los intereses de la sociedad y no sólo de los particulares del propietario”*. Aquélla se manifiesta en la introducción de restricciones y cargas o deberes, y llega al extremo con la privación del dominio²⁰⁸.

Enrique Rajevic señala que, en nuestro ordenamiento constitucional, las limitaciones y obligaciones establecidas a la propiedad derivan de su función social y que sus causales están previstas en el artículo 19 N° 24 inciso segundo: son los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, y sólo pueden establecerse por ley. *“Su fundamento último se encuentra indudablemente en el bien común”*²⁰⁹. Con respecto a la naturaleza jurídica de la función social, en su opinión, ésta forma parte de la estructura del derecho de propiedad, y como tal, no es un elemento externo a un contenido absoluto, por lo que justifica todo tipo de restricciones que, sin afectar la esencia del derecho, se fundamentan en el bien común²¹⁰. Lo verdaderamente discutido es determinar las consecuencias operativas de la función social en el ordenamiento, pareciéndole una fórmula sin consecuencias concretas²¹¹. *“Todo indica que, por el contrario, su introducción desplaza la idea de inviolabilidad de la propiedad o absolutismo de este derecho, pasando a entenderse que ésta, en su misma esencia, exige de su titular actuaciones que tiendan al logro del bien común. Y dichos deberes no son de naturaleza moral solamente, sino que gozan de plena eficacia jurídica”*²¹².

Para Lautaro Ríos existe un consenso al momento de señalar que la propiedad contiene una función social y no se trata de una propiedad-función. En su opinión, la propiedad es un *“derecho subjetivo garantizado constitucionalmente”*²¹³ y vinculado a los fines naturales y personales del hombre, al cual va ligado necesariamente la función social

²⁰⁷Idem.

²⁰⁸Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 89-90.

²⁰⁹Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 83.

²¹⁰Idem.

²¹¹Idem.

²¹²Ibíd., 87.

²¹³Lautaro Ríos Álvarez, *El Urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico* (Valparaíso: Instituto Nacional de Administración Pública, 1985), 321.

como “cauce limitante”: una limitación impuesta al ejercicio de este derecho, constituida en esencia por los deberes negativos y positivos que el vivir y el bien común imponen al propietario en beneficio de la colectividad para la satisfacción de determinadas necesidades²¹⁴. Este cauce limitante no se opone necesariamente a la función individual de la propiedad, se trata más bien de una coordinación entre los intereses públicos y privados, pero en caso de conflicto se someterán los intereses individuales a los colectivos, tal y como queda demostrado en el suelo urbano, donde el *ius aedificandi* se constituye como facultad y obligación según lo que dicta el plan regulador respectivo.

Las consecuencias operativas de la función social, desde este punto de vista, son las siguientes: la primera, de carácter formal, señala que “no es necesario encontrar su formulación literal en la legislación”, ya que la finalidad perseguida por esta figura jurídica se puede expresar de diversas maneras. La segunda consecuencia nos dice que la función social “supone una delimitación previa del dominio”. Ésta impone un límite al derecho de propiedad que fija la frontera o punto normal donde llega el poder del dueño (régimen ordinario), y luego en forma particular operan las limitaciones que disminuyen la potestad normal del propietario sobre el bien. La garantía de la esencia de los derechos fundamentales viene a reforzar dicha distinción entre delimitación previa del dominio y limitaciones al ejercicio de la propiedad, dado que si la ley no puede restringir un derecho más allá de su esencia, significa que el contenido esencial forma un núcleo irreductible del derecho, y el contenido de la propiedad sólo podrá ser restringido entre sus fronteras normales y las de dicho núcleo irreductible. Consecuencia de lo anterior resulta que la configuración del contenido esencial del derecho deba buscarse en la propia Constitución, y no en la ley. La tercera consecuencia operativa indica que la función social “puede constreñir, con generalidad, el ejercicio de las facultades del dominio; pero cuando esa constricción se singulariza y resulta discriminatoria, el afectado puede exigir el resarcimiento del perjuicio producido en virtud del principio de igualdad; y cuando ella priva a un sujeto del contenido esencial de dominio o de alguna de sus facultades, procede también la acción indemnizatoria”²¹⁵.

²¹⁴Idem.

²¹⁵Ibid., 324.

2.10. Teorías acerca de la ubicación de los límites constitucionales.

Antes de determinar los alcances de la función social de la propiedad en nuestro ordenamiento, y en concordancia con la tesis constitucionalista de los derechos fundamentales, debemos establecer como presupuesto que el derecho de propiedad, como todo derecho fundamental, presenta una doble naturaleza: su faz objetiva representada por el conjunto de normas que conforman instituciones jurídicas que prestan funciones estructurales de gran importancia para el ordenamiento, y su faz subjetiva que emana de la dignidad humana asegurando a la persona un haz de facultades como asimismo un estatus jurídico en el ámbito de su existencia, señorío otorgado por el derecho objetivo para la satisfacción de sus intereses jurídicamente protegidos. Lo anterior nos hace reflexionar que las consecuencias operativas de la función social deben analizarse en ambas dimensiones del derecho. Además, con el objetivo de hacer más comprensiva la lectura, en adelante utilizaremos los conceptos -delimitación, límite y limitaciones- otorgándoles el significado anteriormente descrito.

Para determinar cómo opera la función social es imprescindible establecer si ella es un elemento externo o interno al derecho mismo. En doctrina existen dos teorías para explicar dónde se ubican los límites a los derechos fundamentales, que el profesor Humberto Nogueira reseña de la forma que a continuación se expone²¹⁶:

2.10.1. La teoría de los límites externos de los derechos.

“Esta teoría separa los conceptos de derechos y límites, denominando a estos últimos limitaciones en cuanto implican restricciones en el ejercicio de los derechos.

Las limitaciones, en cuanto restricciones establecidas por el legislador, proceden de reservas específicas de limitación, las cuales son constitutivas de límites y no solamente declarativas de límites preexistentes de los derechos.

²¹⁶Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 32. También esta distinción la encontramos en Felipe Holmes Salvo, Ob. cit., 30.

*En esta perspectiva, el límite es externo al derecho mismo y viene dado por la necesidad de hacer compatible los derechos entre sí y con otros bienes constitucionalmente protegidos*²¹⁷.

2.10.2. La teoría de los límites internos a los derechos.

En cambio “esta teoría sostiene la concepción de que los derechos y los límites no pueden entenderse como categorías diferentes. El contenido del derecho se conforma por el conjunto de atributos y facultades que representa como por las fronteras o límites que se distinguen respecto del ejercicio de tales derechos.

Esta perspectiva de análisis sostiene que los derechos no son limitables, ya que no se admite como jurídicamente válida la disminución del ámbito de protección o la ampliación del ámbito de restricción de los derechos, previstas en la Constitución.

Ello no significa que los derechos son ilimitados, sino que la configuración constitucional de los derechos contiene las fronteras o contornos de los derechos, los cuales constituyen ‘límites inmanentes’ como denomina Häberle o ‘límites intrínsecos’ como los denominaba De Otto, es decir, aquellos que vienen dados por la propia naturaleza de los derechos.

*Así para reconocer los límites de los derechos es necesaria la delimitación del derecho, identificando el conjunto de facultades que este entraña y sus contornos o fronteras a partir de su construcción dogmática*²¹⁸.

A este respecto, cabe relevar lo expuesto por el profesor Maximiliano Prado, en orden a considerar la existencia de límites o restricciones en dos tipos: los que fijan la configuración o alcance de un derecho (límites intrínsecos); y los que afectan o restringen su ejercicio (límites extrínsecos)²¹⁹.

²¹⁷Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 32.

²¹⁸Ídem.

²¹⁹Maximiliano Prado Donoso, “Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°1 (2007): 67, nota n°35.

La teoría de los límites externos nos señala que el derecho de propiedad naturalmente es absoluto (tal como lo explica la remisión al C. Civil), y que para lograr una adecuada armonía con los intereses de la comunidad se deben introducir restricciones al ejercicio mismo del derecho. Estas restricciones fundamentadas en la función social estarían dirigidas a reducir las atribuciones del titular, dentro de la dimensión subjetiva del derecho, reduciendo *“un derecho inicialmente ilimitado, o al menos más amplio que antes de la limitación”*²²⁰.

La teoría de los límites internos plantea que la función social es parte integrante del contenido del derecho de propiedad, y como tal, un elemento que moldea y delimita constitucionalmente la propiedad. En ese sentido Raúl Letelier señala que la determinación del contenido urbanístico (como de cualquier otro régimen propietario) es principalmente legal, en razón de que es la misma Constitución la que dicta que la ley establecerá el modo de adquirir, los atributos esenciales y las limitaciones u obligaciones que derivan de la función social; pero es finalmente constitucional, ya que el contenido esencial del derecho de propiedad está determinado por las reglas constitucionales²²¹. Por lo tanto, la función social como elemento interno de la propiedad opera tanto en la dimensión objetiva del derecho, completando el régimen propietario específico, como en la dimensión subjetiva, estableciendo distintas restricciones al ejercicio del derecho. En efecto, nuestra Constitución enuncia los derechos fundamentales garantizados por ella, y los delimita, fijando su contenido y determinando sus límites; pero en los casos en que expresamente lo autoriza, permite su configuración a través de limitaciones establecidas por el legislador en la medida que respete el contenido esencial de los mismos²²². La función social es un límite formulado expresamente en nuestra Constitución y específicamente para el derecho de propiedad, que como herramienta permite compatibilizar los intereses derivados de la garantía del derecho de propiedad, tanto individuales como colectivos. Teniendo presente el criterio de aplicación y eficacia en la clasificación de los límites de los derechos fundamentales, es indudable que representa la categoría de límite de habilitación, ya que permite la intervención del legislador concretando los límites previstos en la Constitución, operando sobre la faz objetiva del derecho, lo que implica modelar su faz subjetiva y su ejercicio.

²²⁰Felipe Holmes Salvo, Ob. cit., 30.

²²¹Raúl Letelier Wartenberg, Ob. cit., 42-43.

²²²Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 21.

2.11. Limitaciones, restricciones o regulaciones.

El concepto de “limitaciones y obligaciones” a la propiedad ha sido entendido en la doctrina nacional como inclusivo de cualquier restricción o acotamiento que pueda imponerse “*al ejercicio común y ordinario del derecho de propiedad*”²²³ (debido a su remisión al concepto civil y su carácter absoluto), consistente en deberes de acción o abstención introducidos tanto por el C. Civil como por leyes especiales respetando el mandato constitucional de reserva legal al legislador y fundamentadas en la función social como límite externo a la propiedad. Para referirse a ellas, nuestra Constitución establece los términos “limitaciones y obligaciones” en su artículo 19 N° 24 inciso segundo²²⁴. Esta interpretación considera natural que se asocie la palabra limitación con la idea de recortar el derecho a través de deberes negativos, por tal razón se agregó el término “obligaciones” como un complemento que permite afirmar que la ley, a instancias del reconocimiento de la función social de la propiedad, puede exigirle a los propietarios conductas activas en relación a sus bienes. Lo anterior trae como consecuencia importante reconocer que las restricciones al dominio no solo son nociones negativas, pensando en los límites como prohibición de hacer, sino que también se consideran deberes positivos en la gestión de los bienes²²⁵. La función social permite que el legislador introduzca estas limitaciones y obligaciones al ejercicio de los atributos y facultades esenciales del dominio, pero no faculta que se prive, sustraiga, despoje o quite la propiedad a su titular²²⁶. Peñailillo señala que las restricciones y deberes, como él llama a estas intervenciones, pueden estar dirigidas al contenido del derecho de propiedad, a ciertos atributos o alguno de los caracteres del dominio²²⁷. El profesor Rajevic nos señala que las limitaciones son “*aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función*

²²³ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 574.

²²⁴ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 89-90. Los términos “limitaciones y obligaciones” están referidos al derecho de dominio más que a su titular. El autor prefiere llamarlas “restricciones” y “deberes o cargas” debido a que para el primer caso (limitaciones) se necesita un concepto que pretenda comunicar la disminución del campo o la potencia, y en el segundo caso (obligaciones) conviene mantener ese término para la relación entre acreedor y deudor. En el mismo sentido Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, 574.

²²⁵ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 46.

²²⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 575.

²²⁷ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 91. El carácter absoluto de la propiedad debe tenerse por superado, al momento en que se introducen estas limitaciones; sin embargo estas actúan sobre el contenido absoluto de la propiedad derivado de la remisión al concepto del C. Civil.

social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales”, y equivalen a las llamadas servidumbres administrativas²²⁸.

Arturo Fernandois establece una clasificación, en base al artículo 19 N° 26, en cuanto a las posibilidades que autoriza la Constitución al legislador: primero, básicamente para “regular” las garantías constitucionales, segundo, en determinados casos para “limitarlas o restringirlas”, y tercero, en general para “complementar” o desarrollar los derechos y garantías, en este último caso a través de leyes orgánicas constitucionales²²⁹. En este orden de cosas el autor considera que *“la regulación es menos severa que la restricción y la limitación”*²³⁰. Comenzando su análisis a propósito del artículo 19 N° 21, que garantiza la libertad económica, señala que el significado del verbo regular quedó establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre publicidad caminera²³¹, que en su considerando 12° dice: *“Que si bien regular, conforme al Diccionario de la Real Academia, debe entenderse: ‘ajustado y conforme a reglas’, ello no podría jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho”*²³². A mayor abundamiento, nos encontramos con que el Tribunal Constitucional se ha inclinado por definir el concepto de limitaciones, estableciendo también la diferencia de este con el concepto de “regulaciones”. El primero en la sentencia conocida como “Acceso a las playas”²³³, en que, basándose en la definición de la RAE, afirma que limitar importa *“acortar, cerrar, restringir”*²³⁴ y agrega que las limitaciones *“suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”*. Por otro lado, en un fallo más reciente, junto con reafirmar lo establecido en “Acceso a las playas” respecto a la limitación, la distinguió de la regulación, estableciendo que esta última *“tiene por objeto determinar las reglas conforme a las cuales se debe usar, gozar y/o disponer de la propiedad, orientadas precisamente a*

²²⁸ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 47.

²²⁹ Arturo Fernandois Vohringer, *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001), 109.

²³⁰ *Ibid.*, 125.

²³¹ *Ibid.*, 124.

²³² Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 167-1993, <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (consultado el 2 de marzo de 2018).

²³³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 245-1996, Considerando 22°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (consultado el 2 de marzo de 2018).

²³⁴ Real Academia Española, significado de limitar, <http://dle.rae.es/?id=NKYEVao> (consultado el 5 de marzo de 2018).

*resguardar su ejercicio efectivo e impedir que se emplee contra la ley o contra derecho ajeno*²³⁵.

El legislador, en opinión de Fermandois, puede llegar más allá de la mera regulación, restringiendo o limitando las garantías constitucionales cuando es la propia Carta Fundamental la que autoriza²³⁶, tal y como sucede en la norma del artículo 19 N° 8 inciso segundo que dispone: “La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”. Además dice que la definición de restricción, como no se encuentra en la Constitución, debemos buscarla en el artículo 12 de la Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción²³⁷, N° 18.415 de 1985: “Entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo y en la forma”²³⁸.

A partir de una interpretación constitucional del derecho de propiedad, siguiendo la teoría de los derechos fundamentales, el concepto de “limitaciones u obligaciones” entendido como una intervención estatal a la propiedad puede adoptar dos connotaciones dependiendo de la óptica del derecho en que se mire. Puede manifestar, por un lado, la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad, mirado desde la óptica del titular y sus derechos subjetivos. Por otra parte, puede significar el complemento del contenido del derecho de propiedad constitucional, fijando la extensión y completando el estatuto propietario de ese sector de la realidad, desde la óptica objetiva. Ambos tipos de limitaciones son declaraciones de un límite preexistente establecido en la Constitución (función social) y deben respetar su contenido esencial, en la medida que el acto de limitar un derecho no puede llegar al punto de desnaturalizarlo, transformándolo en otro, o haciendo imposible su reconocimiento y ejercicio, como lo establece el artículo 19 N° 26 de la Constitución. El mismo artículo nos detalla las funciones que cumplen las limitaciones: por una parte señala que “[...] los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece” y por otra parte “[...] o que las limiten [a las garantías] en los casos en que ella lo autoriza”.

²³⁵Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2684-2014, Considerando 25°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (consultado el 2 de marzo de 2018).

²³⁶Arturo Fermandois Vohringer, *Derecho Constitucional Económico*, Ob. cit., 110.

²³⁷Idem.

²³⁸Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29824> (consultado el 2 de marzo de 2018).

Eduardo Aldunate realiza una aclaración terminológica en este punto donde las limitaciones se confunden con regulaciones: *“Puesto que el dominio no se encuentra constitucionalmente preconfigurado, sino solamente protegido en su contenido esencial que es indisponible para el legislador, resulta que la actividad regulatoria de la ley, que no lesiona este núcleo, más que limitadora de una entidad (que no existe como tal en un momento constitucional previo), es delimitadora del dominio. En este sentido, la expresión “límites” en la dogmática constitucional de la propiedad no alude a la restricción de un contenido constitucionalmente predefinido que el legislador viene a constreñir, sino que simplemente al resultado de la actividad legislativa que define el régimen dominical: en ese sentido, regulación, delimitación y limitación del dominio se toman equivalentes”*²³⁹.

Estamos de acuerdo en que la Constitución permite habilitar específicamente al legislador para introducir regulaciones a los derechos fundamentales, y esta actividad regulatoria que respeta el contenido esencial de la propiedad es delimitadora del dominio, introduciendo normas que, dependiendo la connotación con la que se entienda, complementan el contenido material de la propiedad o restringen el ejercicio del derecho; y en ese orden de cosas las palabras delimitación, limitación y regulación se convierten en sinónimos. En este punto, es fundamental precisar que la modificación de la configuración legal de un determinado régimen propietario altera su faz objetiva; por lo que correlativamente las facultades, atribuciones y posibilidades de actuación que recibe el titular del derecho de dominio entregadas por la regulación anterior también sufrirán cambios (faz subjetiva). Con respecto a ese cambio, es importante determinar qué sucede con los derechos adquiridos entregados al titular bajo la regulación anterior a la modificación del régimen.

2.12. Principio de reserva legal.

La regulación de los derechos fundamentales en nuestro orden constitucional recae exclusivamente en el legislador a través de la garantía normativa de la reserva de ley²⁴⁰.

²³⁹Eduardo Aldunate Lizana, “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2 (2006): 292-293.

²⁴⁰Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 36.

Como hemos señalado, las normas constitucionales pueden introducir habilitaciones específicas al legislador para llevar a cabo regulaciones a los derechos fundamentales, completando su contenido o imponiendo restricciones a su ejercicio. De acuerdo al artículo 7 incisos primero y segundo de la Constitución, en nuestro ordenamiento la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llevarse a cabo por el órgano autorizado constitucionalmente para ello, de acuerdo al procedimiento y las formalidades establecidas. En Chile esta función radica exclusivamente en el legislador, como podemos comprobarlo en los artículos 19 N°8 inciso segundo, 19 N° 24 inciso segundo, 19 N° 26, 32 N° 3 y 6; 63 y 64 de la Constitución. No existe norma constitucional que habilite a otra autoridad a introducir limitaciones a los derechos fundamentales; tampoco puede el legislador limitarlos en base a principios infra constitucionales no reconocidos en el texto constitucional²⁴¹.

Con la dictación de la Constitución de 1980 se invirtió el principio de dominio legal mínimo, introducido por la Constitución de 1925, en el cual el legislador además de regular exclusivamente las 15 materias definidas en su artículo 44, podía también normar todas aquellas que no hubiesen sido confiadas a otro órgano. A partir de este cambio rige el sistema de dominio legal máximo o taxativo, e implica que el legislador sólo puede regular de forma exclusiva las materias establecidas en el artículo 63, de modo que las materias no reservadas a la ley competen a la potestad reglamentaria del Ejecutivo. En el caso de la limitación a la garantía constitucional del derecho de propiedad, esta queda reservada exclusivamente a la autoridad del legislador de acuerdo a los artículos 19 N° 24 inciso segundo, 19 N° 26 y 63 N° 2. Con el objeto de reforzar esta orden constitucional dirigida exclusivamente al legislador en materia de dominio legal, se le prohíbe delegar atribuciones legislativas al poder ejecutivo (Presidente) con respecto a materias comprendidas en las garantías constitucionales, de modo que el Ejecutivo sólo podrá dictar decretos, reglamentos e instrucciones en virtud de su potestad reglamentaria de ejecución de acuerdo a los artículos 32 N°6 y 64 inciso quinto.

El problema que surge a partir de lo anterior será determinar la relación que existe entre la ley y la potestad reglamentaria, cuando por ejemplo en materias urbanísticas las limitaciones y obligaciones que se introducen a la propiedad como intervenciones estatales

²⁴¹Ibíd., 37-38.

se ejecutan mediante los planos reguladores, actos administrativos que podrían atentar constitucionalmente la regla de la reserva legal²⁴².

Desde la óptica de la legitimidad de la potestad reglamentaria para regular derechos fundamentales²⁴³, existen dos posturas para explicar la relación entre la ley y los reglamentos, cuando nos referimos a materias en las que existe constitucionalmente una reserva legal al legislador. La *tesis extensiva* (reserva absoluta) del dominio legal sostiene la rigurosidad de la reserva legal, es decir que las normas legales desarrollen hasta el máximo de determinación posible las materias reservadas a la ley (frecuentemente recogida en el T.C. especialmente fallo rol N° 146, 167 y 185). De esta forma toda regulación del derecho de propiedad debe efectuarse mediante la ley, dejando la ejecución de aquellas al reglamento. Las normas que van en contra de este principio resultan inconstitucionales²⁴⁴.

En concordancia con la idea de reserva legal absoluta, el autor Jorge Pretch²⁴⁵ sostiene que en nuestro ordenamiento, a partir de distintas normas contenidas en los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales²⁴⁶ suscritos por nuestro país y de lo contenido en normas como el artículo 19 N° 26 de nuestra Constitución, la existencia de una “*cláusula general regulatoria del establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales*” que haría “*evidente que...deben ser siempre impuestas por ley, con clara habilitación constitucional al legislador para hacerlo*”.

En contraposición, la *tesis restrictiva* (reserva relativa) del dominio legal señala que bastaría que los preceptos legales contengan solamente los principios fundamentales de la materia que está sujeta a la reserva legal, dejando su ejecución y hasta su complementación al reglamento emitido por el ejecutivo²⁴⁷. Al respecto, Reyes Riveros plantea que el ejecutivo

²⁴² Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob.cit., 31.

²⁴³ Carlos Carmona Santander, “Tres problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control”, Revista de Derecho CDE Año 1 N°3 (2001): 15. Los problemas de la potestad reglamentaria son tres: la disputa por la legitimidad, el problema de la intensidad y finalmente el control por parte de los tribunales.

²⁴⁴ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob.cit., 33. Defiende esta postura Eduardo Soto Kloss, “En la forma que prescriba la ley. Nota sobre prácticas legislativas inconstitucionales”, *Revista Chilena de Derecho Vol. N° 20, N°3* (1993): 690.

²⁴⁵ Jorge Pretch P., “Las limitaciones a los Derechos Fundamentales en Chile y una Cláusula General Regulatoria de tales limitaciones”, *Revista Chilena de Derecho Vol. N° 28, N° 2* (2001); 277-279.

²⁴⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículos 29.2, 29.3 y 30, [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/217(III)) (consultado el 7 de marzo de 2018); Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 30 y 32.2, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (consultado el 7 de marzo de 2018).

²⁴⁷ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob.cit., 33-34.

puede complementar la regulación de las garantías constitucionales al momento de ejercer la potestad reglamentaria, debido al carácter básico y general de la ley (Artículo 63 N° 4, 16, 18 y 20) de forma que compete al legislador establecer los principios rectores y seleccionar los aspectos de la normativa que serán regulados por ley, y por vía de exclusión compete al dominio reglamentario detallar y complementar dichas normativas. Ejemplifica la situación con reglamentos que contienen limitaciones a la propiedad como el D.F.L. N° 725 de 1967 conocido como Código Sanitario, o la Ley N° 19.162 sobre clasificación de ganado, tipificación de la carne y funcionamiento de ganaderos, frigoríficos y otros establecimientos que manipulan carne. Estos casos se explican por asuntos de eficacia y eficiencia, especialmente en materias como prevención de epidemias o graves enfermedades²⁴⁸. El profesor Carlos Carmona igualmente señala que *“al legislador sólo le corresponden las normas básicas, las directrices fundamentales y los resguardos indispensables”* (las *“bases esenciales”* de la materia que se propone regular), dejando por mandato constitucional al poder ejecutivo su desarrollo e implementación²⁴⁹. José Luis Cea ha señalado que *“conviene puntualizar que al legislador incumbe decidir el grado de profundidad, de extensión y de detalle al que puede llegar en la regulación de las materias de ley. Con ello, y consecuentemente, quedará fijado el punto de partida de la potestad de ejecución o subordinada a esta especie de norma jurídica”,* sin que pueda eliminarse aquélla, *“(…) porque el legislador no está habilitado para abolir o suprimir el ejercicio de la potestad reglamentaria subordinada en su ámbito propio, es decir, de casuística o de más amplia aunque secundaria normatividad”*²⁵⁰.

“Una vez reconocida la legitimidad de la potestad reglamentaria para regular derechos”, se produce una nueva disputa en la relación reglamento-ley, consistente en determinar cuál es su margen o ámbito de intervención permitido, o *“cuánta regulación le es*

²⁴⁸Jorge Reyes Riveros, “El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. N°20, N° 1 (1993): 69-91.

²⁴⁹Carlos Carmona Santander, “Tres problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control”, Ob.cit., 15. Los argumentos del TC para aceptar la tesis de reserva absoluta (1990-1996): i. La regulación es propia del legislador (las limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo). ii. Las limitaciones las impone la ley. iii. Las leyes de base no son la regla general. iv. El reglamento no puede invadir la reserva legal. Los argumentos para la reserva relativa (1996-actualidad): i. Dominio máximo legal implica que la ley debe contener solamente aquellos elementos esenciales de la materia que regula, sin que ella pueda excluir la potestad reglamentaria. ii. Hay distintas reservas legales en la Constitución (absolutas o relativas). iii. La naturaleza del reglamento.

²⁵⁰José Luis Cea Egaña, “Informe en Derecho inédito sobre el Valor Constitucional del art. 8.3.2. que se propone para modificar el plan regulador Metropolitano”, Santiago, 19.11.96, inédito, p.69. en Enrique Rajevic Mosler, “La propiedad Privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana”, Ob.cit., 68.

*posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta*²⁵¹. Este cambio de paradigma fue abordado por la jurisprudencia en tres fallos dictados a propósito de recursos de protección en la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmados por la Corte Suprema²⁵², en los que se dio por sentado que nuestra Constitución permite la regulación de los derechos por normas administrativas.

En esta disputa hay acuerdo en que la función del reglamento de ejecución es *“cumplir y facilitar la implementación de las leyes”*, desarrollando los contenidos abstractos y generales de la ley para entrar en los detalles y circunstancias concretas, pero se discrepa en cuanto a los márgenes de esta función. La posición del parámetro estricto analiza el reglamento con estricta sujeción a la ley y señala que este sólo puede desarrollar lo ya legislado, es decir, el reglamento no puede completar, complementar ni innovar a la ley y sólo puede ejecutarla, detallarla o especificarla, sin modificarla. La posición finalista señala que el reglamento no sólo debe limitarse a ejecutar, sino que debe contener todo lo necesario para el cumplimiento y aplicación de la normativa legal, abarcando un rol de desarrollo y complementación de la ley²⁵³.

Para determinar el ámbito de regulación lícita que le es permitida al reglamento, nuestra doctrina ha desarrollado tres teorías no excluyentes que buscan resolver el mismo problema de diferente manera, por lo que en el caso concreto pueden utilizarse indistinta o conjuntamente. La teoría del complemento indispensable señala que el poder legislativo *“puede no agotar la regulación de la materia, requiriendo la colaboración del titular de la potestad reglamentaria”*; *“esta colaboración no supone una excepción a la reserva legal, sino que una modalidad de su ejercicio”*²⁵⁴. El reglamento no suple los olvidos de la ley, sino que completa lo que la ley ha dejado sin terminar; por su parte el legislador no puede renunciar a regular los aspectos que la Constitución le ordena normar. La teoría de la intensidad de la reserva legal sostiene que esta no tiene siempre la misma intensidad, por ejemplo tratándose de las garantías constitucionales es singularmente estricta, en cambio, la parte orgánica de la Constitución presenta una reserva legal es menos estricta, por lo que el campo de acción

²⁵¹ Carlos Carmona Santander, “Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento”, *Revista de Derecho Público* Vol. 63 Tomo 2 (2000): 154.

²⁵² *Ibid.*, 160-175. Los casos son conocidos como Norgener, Letreros Camineros y Club Nocturno Alcazaquibir.

²⁵³ Carlos Carmona Santander, “Tres problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control”, *Ob.cit.*, 18-19.

²⁵⁴ *Ibid.*, 19.

de la potestad reglamentaria es mayor. Esta posición distingue cuatro tipos de reserva legal: complementarias, limitativas, regulatorias y negativas²⁵⁵. Finalmente la teoría de la razonabilidad técnica, desarrollada por nuestro Tribunal Constitucional en su fallo rol N° 253 (sobre la impugnación al D.S. que introduce nuevos artículos a la O.G.U.C con respecto a las cesiones gratuitas y sus porcentajes), consistente en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos. En este sentido el tribunal advierte que *“el reglamento contraría la ley no solo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborde el marco de las posibilidades regulatorias que brinda la Constitución; tratándose del derecho propiedad, por ejemplo, cuando él fuere vulnerado en su esencia. En efecto, la ley hace una remisión al reglamento de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al mismo tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, en su artículo 19, N° 24 y N° 26, ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental”*²⁵⁶. En un fallo posterior al recién mentado, el Tribunal Constitucional volvió a reafirmar esta doctrina, esta vez enfatizando el carácter especial que tiene la garantía de reserva legal al momento de regularse el derecho de propiedad. Así, sostuvo dicha magistratura que *“en el cumplimiento de esa labor normativa, el legislador tiene que llegar al desarrollo de los principios y normas que dicta con un nivel de minuciosidad mayor que tratándose de materias en que la reserva legal es común u ordinaria. Respetando los criterios de generalidad, abstracción, igualdad, carácter innovador y cualidad básica que singularizan a la ley en el sistema jurídico, al legislador le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir”*. Además agregó que *“consiguientemente, sin llegar al extremo de dictar reglas específicas o nominativas, la Constitución requiere del legislador, en su artículo 19 N° 24 inciso segundo, que configure un ordenamiento con densidad normativa suficiente, tanto sustantiva como formalmente entendida, de manera que no pueda después el proyecto o la ley respectiva, ser objeto de una habilitación excesiva a favor de la potestad reglamentaria*

²⁵⁵Ibíd., 20-21.

²⁵⁶Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 253-97, Considerando 9° <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consultado el 14 de noviembre de 2017).

de ejecución o, más grave aún, a raíz de tratarse de una deslegalización, siempre contraria a la Carta Fundamental por hallarse en ella prohibida²⁵⁷.

2.13. Esencia del derecho de propiedad.

La formulación de la esencia de los derechos fundamentales, como concepto jurídico indeterminado, proviene del constitucionalismo alemán de principios del siglo XX, y fue plasmado en la Ley Fundamental de Bonn (1949), que también adoptó como modelo la Constitución de Portugal de 1976, la española de 1978, y la chilena de 1980²⁵⁸.

En nuestra carta fundamental esta garantía se encuentra ubicada en el artículo 19 N° 26, que señala lo siguiente: "*La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ello lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*". Su objetivo es recortar la capacidad del legislador atribuida por la propia Constitución (también del Ejecutivo respecto a la potestad reglamentaria de ejecución) para regular los derechos fundamentales, obligándolo a respetar y a no afectar el contenido esencial de los derechos.

José Luis Cea Egaña señala que al legislador corresponde regular el ejercicio de las facultades esenciales de dominio. Junto al modo de usar, gozar y dispone dice que va implícita a la última la facultad de administrar el bien. Estas facultades esenciales del dominio unidas a los atributos del dominio (perpetuo, absoluto y exclusivo²⁵⁹) configuran el núcleo esencial e infranqueable del derecho según el artículo 19 N°26²⁶⁰. Daniel Peñailillo estima que la esencia o contenido esencial del dominio adopta su significado básico en la expresión "*atributos o facultades esenciales*"²⁶¹ derivada del C. Civil, pero debe ser

²⁵⁷Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°370-03, Considerandos 34° y 35°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consultado el 6 de marzo de 2018).

²⁵⁸Humberto Nogueira Alcalá, Ob.cit., 45.

²⁵⁹José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob.cit., 580. El autor señala que el derecho de propiedad es: i. perpetuo ya que se mantiene mientras exista el bien objeto de ese derecho. ii. absoluto porque las facultades de usar, gozar, disponer y administrar corresponden al dueño, sin intervención de terceros, y las ejerce exclusivamente. iii. discrecional porque las facultades de la propiedad pueden ser desempeñadas a voluntad del propietario.

²⁶⁰Ibíd., 572.

²⁶¹Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob.cit., 93. La expresión "atributos o

completado a través de una fórmula que no comprenda solamente la suma de algunos atributos individualizables que dejen vacíos teóricos; *“este contenido esencial traduce un exclusivo y directo aprovechamiento integral de las cosas en sus posibilidades actuales y potencialidades futuras, con posibilidad de intercambio y poder de persecución”*²⁶². También se remiten a la definición de dominio del C. Civil los autores Verdugo, Pfeffer y Nogueira, quienes en su Manual de Derecho Constitucional señalan que la esencia del derecho de propiedad está compuesta por los atributos del dominio y sus facultades esenciales²⁶³. En la misma línea se pronuncia también Cristián Conejero, quien coincide en que el contenido esencial del derecho de propiedad se identifica con los atributos (ser absoluto, exclusivo y perpetuo) y facultades del dominio, pues así lo reconocería la misma Constitución en el artículo 19 N° 24 al usar la expresión *“atributos y facultades esenciales del dominio”*. Así, sin alguno de estos atributos o facultades, el dominio *“pierde su identidad y peculiaridad propia; no se reconoce o degenera en una entidad distinta”*²⁶⁴. Indudablemente estos autores representan la interpretación liberal del régimen propietario, y se basan en lo literal del inciso tercero del artículo 19 N° 24 cuando se refiere a las privaciones (parciales) de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Si el legislador en el ámbito de su función reguladora de la propiedad introduce limitaciones u obligaciones que llegan a afectar este contenido esencial, se faculta al titular para demandar una indemnización²⁶⁵. A este respecto, el profesor Enrique Rajevic señala que *“se ha dicho que la esencia del derecho (...) opera en dos direcciones al referirse a la propiedad. Por un lado, su violación desemboca en la inconstitucionalidad de la norma objetada (límite absoluto); por otro, en la generación de una indemnización (límite relativo). Lo primero ocurre en torno a la propiedad como institución, insuprimible bajo cualquier*

facultades esenciales” del artículo 19 N°24 inciso III está vinculada a los atributos contenidos (básicamente) en la definición del C. Civil y debe ser aplicada de acuerdo al significado que la doctrina civil le atribuye. Dice básicamente porque a los atributos de la definición deben agregarse otros: la exclusividad, la administración y la reivindicabilidad o persecución. Este concepto, según el autor, guarda armonía con lo establecido en el artículo 19 N° 26.

²⁶²Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob.cit., 95.

²⁶³Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, Ob.cit., 308-309. Los autores señalan que los atributos del dominio son: i. derecho real (se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, amparado por la acción reivindicatoria). ii. derecho absoluto (comprende el total de facultades que se pueden ejercer sobre una cosa: uso, goce y disposición, otorgándole a su titular el máximo de utilidad). iii. perpetuo (por regla general no se extingue con el transcurso del tiempo o por el no ejercicio). iv) inviolable (nadie puede ser privado de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sino en la forma y con los resguardos prescritos por la ley).

²⁶⁴Cristián Conejero Roos. “El libre acceso a las playas de mar y el estatuto constitucional de la propiedad”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. Vol. III. N°1 (2001): 21.

²⁶⁵ Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, Ob.cit., 311.

respecto, salvo reforma de la Constitución; lo segundo respecto de ablaciones singulares, sea que afecten individuos o categorías de bienes. En este último caso, siempre será necesario que el legislador respete el límite relativo indemnizando la intervención de acuerdo al artículo 19 No. 24 inc 3²⁶⁶. Peñailillo señala que si en el caso concreto se introduce una restricción que viola la norma del contenido esencial, habrá que acudir a un remedio, “pero no es que la indemnización proceda por una restricción ilegal”²⁶⁷. Si se viola la regla constitucional del contenido esencial y se concreta en cierto acto, podrá el tribunal dejarlo sin efecto y resolver el problema; pero si no es posible deshacer lo hecho, se podría llegar a la indemnización pero dentro de los límites de la responsabilidad civil²⁶⁸.

2.14. Posiciones doctrinarias que explican el significado del contenido esencial del derecho:

2.14.1. Tesis absoluta sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta teoría se desarrolló en el constitucionalismo alemán y argumenta que los derechos fundamentales poseen un contenido esencial, representado por un núcleo o círculo interno del derecho que se caracteriza por ser sustancial, absoluto, estable e inalterable, diferenciándolo de un contenido accidental que sería la periferia o el elemento exterior del derecho²⁶⁹. De esta forma, el núcleo interno constituye la dimensión constitucional del derecho proveniente de la tradición jurídica, que se debe preservar y que el legislador no puede violar al momento de regularlo; por el contrario, el anillo periférico representa el contenido accidental que puede ser alterado libremente por la actividad regulatoria del legislador. Surge, así, el desafío de establecer dónde se encuentra el límite entre el núcleo inalterable y el contenido periférico a éste²⁷⁰.

²⁶⁶ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 43.

²⁶⁷ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 96.

²⁶⁸ Ídem.

²⁶⁹ Andrés Bordalí Salamanca, “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio”. *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 p.153-172 (1989), http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso (consultada el 29 Mayo 2017).

²⁷⁰ Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 49.

Javier Barnés llega a la conclusión de que este núcleo esencial no debe analizarse con criterios cuantitativos, utilizando por ejemplo conceptos como contenido pleno o mínimo; es preferible usar valoraciones cualitativas, que permitan enfocarnos en los componentes permanentes y distintivos de la naturaleza de las cosas y lo específico de su modo de ser, lo que se traduce en un contenido sustantivo²⁷¹. En este mismo sentido, señala Humberto Nogueira que *“el legislador debe respetar la naturaleza jurídica de cada derecho que preexiste al momento legislativo y a los intereses jurídicamente protegidos. Así el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho constituye una entidad previa a la regulación legislativa”*²⁷². Entonces, para encontrar la definición del contenido esencial de un derecho en cuestión, esta teoría se enfoca en estudiar los enunciados normativos que contienen dicho derecho, y que son previos a la reforma constitucional, dando como resultado un tipo abstracto que representa *“un límite que se opone a todo intento de regulación”*²⁷³.

Esta tesis absoluta (o también llamada “material”) ha sido recogida por el Tribunal Constitucional chileno, órgano que en una de sus sentencias señaló que *“la esencia del derecho debemos conceptuarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo y dentro de este ámbito precisar el alcance de la norma constitucional en los términos más sencillos, para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica. Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le prive de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se impide “el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”*²⁷⁴.

Esta doctrina proviene de la sentencia rol N° 11-1981 del Tribunal Constitucional español, advirtiendo que el contenido esencial del derecho es un concepto con dos significados que pueden utilizarse complementariamente:

²⁷¹ Javier Barnés, “La Propiedad Constitucional. El Estatuto Jurídico del Suelo Agrario” en Andrés Bordalí Salamanca, “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio”. *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 p.153-172 (1989), http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso (consultada el 29 Mayo 2017).

²⁷² Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 47.

²⁷³ *Ibíd.*, 48.

²⁷⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°43-1987. Considerando 20° y 21°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consultado el 6 de marzo de 2018).

“(…) El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección²⁷⁵. Debemos precisar que las dos acepciones que se le otorgan al concepto de esencia del derecho corresponden a las dimensiones que, como hemos señalado anteriormente, contienen los derechos fundamentales; la naturaleza jurídica

²⁷⁵Tribunal Constitucional de España, Sentencia Rol N° 11/1981, Considerando 8°, <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/11> (consultado el 5 de marzo de 2018).

de cada derecho corresponde a la faz objetiva del derecho, y los intereses jurídicamente protegidos representan la faz subjetiva²⁷⁶.

Para la doctrina en nuestro país, lo consustancial al derecho de propiedad y que permitirá reconocerlo como tal son los atributos de exclusividad y perpetuidad, junto a las facultades de usar, gozar y disponer, elementos tradicionales del derecho y que están establecidos constitucionalmente en el artículo 19 N° 24 inciso segundo y tercero. Evans señala que se afecta la esencia del derecho de propiedad *"con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición; restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos (...)"*²⁷⁷.

Esta posición jurídica es criticable ya que promueve una construcción a priori y absoluta del contenido esencial del derecho de propiedad, pero resulta extremadamente difícil fijar criterios claros para determinar el contenido mínimo de propiedad de un bien en particular. Coincidimos en que el hecho de privar absolutamente las facultades de uso, goce y disposición afecta la esencia del derecho de propiedad, sin embargo la dificultad radica precisamente en que las intervenciones estatales sobre la propiedad ocurren en los hechos con un carácter parcial, y es en esta situación confusa donde la teoría absoluta no entrega las herramientas útiles para que el juez determine dicho contenido sustantivo.

2.14.2. Tesis relativa sobre el contenido esencial de los derechos.

Esta tesis es reacia a determinar el contenido esencial del derecho *"de un modo fijo y preestablecido"*²⁷⁸, señalando que existe la necesidad de considerar otras normas que

²⁷⁶Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 95. El autor recoge la noción propuesta por el profesor Díez-Picazo, quien en base a la misma sentencia del tribunal constitucional español, estima que el contenido esencial se concreta en dos significados: i. el dogmático o la parte del contenido del derecho en que se encuentra su reconocibilidad como perteneciente a un determinado tipo, y ii. la jurisprudencia de intereses o la parte del contenido que es necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses a los que debe servir y de los cuales es instrumento.

²⁷⁷Enrique Evans, *Los Derechos Constitucionales*, Ob. cit., 378.

²⁷⁸Andrés Bordalí Salamanca, "La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio". *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 p.153-172 (1989), http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso

contemplan los demás bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, de modo que la determinación de la esencia de un derecho fundamental es el resultado de la ponderación del derecho en cuestión en relación con los demás bienes jurídicos amparados por la carta fundamental, protegiendo la totalidad del derecho mediante un equilibrio entre los intereses de los privados y los colectivos²⁷⁹.

De esta forma el juez cuenta con herramientas más útiles para determinar el contenido esencial del derecho fundamental, utilizando criterios como la racionalidad de la cargas que implican las intervenciones estatales en el derecho, o si estas son excesivas para los afectados (proporcionalidad), además de la prohibición de medidas discriminatorias (igualdad); principios jurídicos consagrados en nuestro texto constitucional, que no suponen un contenido material previo, sino una manera de fundamentar una decisión judicial para controlar los posibles excesos del legislador o de la administración sobre los derechos fundamentales²⁸⁰.

Se puede criticar esta posición dado que la tarea de determinación del contenido esencial se equipara con la de ponderar los bienes jurídicos en un mismo análisis, y se transforma en el único límite al legislador en la regulación de los derechos, *“estableciendo una jerarquización concreta que depende de una valoración subjetiva”* que realiza el juez, hecho que transforma al contenido esencial en una noción extremadamente variable. Esta interpretación va en contra del espíritu de la Constitución de un contenido esencial objetivo que no pueda ser afectado por el legislador²⁸¹.

2.15. La delimitación constitucional como esencia del derecho.

A partir de la interpretación de autores como Lerche, Gomes Canotilho y Häberle quienes formularon posiciones intermedias entre la tesis absoluta y la relativa, Humberto

(consultada el 29 Mayo 2017).

²⁷⁹Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 50.

²⁸⁰Andrés Bordalí Salamanca, “La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio”. *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 p.153-172 (1989), http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso

(consultada el 29 Mayo 2017).

²⁸¹Humberto Nogueira Alcalá, Ob. cit., 50.

Nogueira identifica el contenido esencial de los derechos fundamentales con su delimitación constitucional, donde además de considerar esta faz objetiva como una construcción dogmática que determina el sentido, alcance y condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales, complementa con un segundo examen que permite resguardar el valor fundamental y supremo de la dignidad humana y sus intereses jurídicamente protegidos (titularidad), lo que representa la faz subjetiva del derecho²⁸².

Por una parte, el contenido esencial del derecho de propiedad, de manera objetiva, está conformado por la normativa constitucional que forma el instituto jurídico propietario garantizado en la Constitución (debe interpretarse sistemáticamente) y por los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en nuestro país, aplicados de acuerdo al principio de progresividad e irreversibilidad. Entonces el contenido esencial del dominio se equipara a su delimitación constitucional, incluyendo la reserva legal a la que está sujeta su regulación, la función social como límite interno a la propiedad, los atributos y facultades esenciales derivados de la doctrina civilista, y las reglas de la expropiación. Se excluyen las regulaciones legales complementarias del ejercicio de los derechos que diversifican los diferentes estatutos propietarios en consideración a la naturaleza social y económica de las cosas, pero que respetan el contenido esencial constitucionalmente declarado en la carta fundamental²⁸³.

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

No obstante esta descripción, el contenido esencial no se identifica sin más con la regulación existente al momento de entrar en vigencia la Constitución, sino con un núcleo que, a lo menos, deberá considerar las posibilidades de modulación legislativa aceptadas por la propia legislación civil al momento de regularse la propiedad, y por las que posteriormente hayan sido aceptadas de manera pacífica en la sociedad; precisamente porque, si lo han

²⁸² *Ibid.*, 56.

²⁸³ *Ibid.*, 57.

sido, significa que no ha existido una controversia, en la respectiva comunidad jurídica, respecto de esas modulaciones(...)

(...)De este modo, la conclusión en esta parte es que mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio²⁸⁴.

Este criterio objetivo, que asemeja el contenido esencial del derecho a su delimitación constitucional, se complementa con un examen a la faz subjetiva del derecho o a las facultades que pueda alegar el titular de un derecho de propiedad, incluyendo lo que podría denominarse la protección a la integridad del patrimonio que está dada por los requisitos establecidos por la Constitución para la expropiación en el inciso tercero del artículo 19 N° 24, y sus siguientes cuarto y quinto. Estas normas establecen lo que en la nomenclatura constitucional tradicional y comparada se denomina la inviolabilidad de la propiedad²⁸⁵.

El tribunal debe determinar si la intervención estatal en el derecho de propiedad, vulnera el valor fundamental y supremo de la dignidad humana y los intereses jurídicamente protegidos para cada propietario. Se desconoce el contenido esencial del derecho cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. Toda limitación autorizada por la Constitución debe ser justificada, no pudiendo ser arbitraria. Debe realizarse un juicio de constitucionalidad a partir de la relación entre la limitación del derecho y el bien que busca ser protegido por ella, lo que se concreta a través de un análisis para determinar si la limitación es razonable y proporcionada. Se exige que la limitación del ejercicio del derecho fundamental se encuentre justificada a través del juicio de razonabilidad, igualdad y proporcionalidad; si no afectará el contenido esencial de los derechos.

El principio de proporcionalidad se encuentra implícito en nuestra Carta Fundamental, en virtud de la prohibición general de arbitrariedad que surge de los artículos 6, 7 y 19 N°2 en una interpretación sistemática y finalista, constituyendo una exigencia que deriva del Estado de Derecho y del respeto al contenido esencial de los derechos (artículo 19 N° 26).

Para la materia objeto de análisis de este trabajo, cobra especial relevancia la

²⁸⁴Eduardo Aldunate, Ob. cit., 290-292.

²⁸⁵Jessica Fuentes y Eduardo Aldunate, Ob. cit., 215.

pregunta sobre el contenido esencial del derecho en relación al *ius aedificandi* que asiste a cada propietario de un predio urbano. Esto, pues la dictación de normas urbanísticas sobre uso de suelo significa una modificación sustancial al régimen y concepción tradicional de la propiedad, que nos lleva a la existencia de, en principio, dos posiciones encontradas. Estas posiciones son resumidas por Mario Pucheu de la forma que sigue: “*Por una parte, podría sostenerse que el derecho a edificar, como contenido esencial del derecho de propiedad, subsiste preexistiendo a la planificación, pues es anterior a cualquier ordenación urbanística. Por la otra, sería también razonable pensar que la posibilidad de edificar deriva de los instrumentos de ordenación territorial, esto es, de los planes reguladores intercomunales o comunales, los cuales, por tanto otorgan o no tal derecho*”²⁸⁶. Puesto de otra forma, el dilema del contenido esencial en relación al derecho edificar consistiría en dilucidar si este “*es una facultad inherente al dominio, necesitando a lo sumo un acto declarativo del poder público para poder ser ejercitado, o si, por el contrario, se trata de una forma de aprovechamiento del suelo de la cual el propietario está privado, y que adquiere de la colectividad a través de un acto constitutivo de carácter administrativo*”²⁸⁷.

A este respecto, nos inclinamos por considerar que, si bien el atributo de uso puede identificarse con el *ius aedificandi*, de ninguna forma aquel se agota en este último. Esto, por cuanto existen, al menos, otros dos derechos del propietario de un predio urbano que pueden entenderse como cualificación (o especificación, si se prefiere) del mencionado atributo, a saber, el derecho a desarrollar una actividad económica y el derecho de uso y habitación. En efecto, vemos que la imposición de una limitación como la Declaratoria de Utilidad Pública, no afecta al propietario que ya cuenta con una patente (otorgada por la municipalidad respectiva) para que desarrolle su actividad económica en el predio afectado²⁸⁸. De esta forma, concluimos que el derecho a edificar no es inherente a la esencia del dominio, y que, por tanto, es un derecho que adquiere el propietario de la colectividad por medio de la dictación de normas urbanísticas sobre uso de suelo. Así, el examen sobre la integridad de la esencia del derecho en el caso de la propiedad urbana no se agota en el

²⁸⁶Mario Pucheu. “El derecho a edificar en la legislación urbanística”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* N°206 (1999): 39.

²⁸⁷Idem.

²⁸⁸En este sentido se ha pronunciado, consecuentemente, la Contraloría General de la República respecto de las patentes de alcoholes. A modo de ejemplo, ver dictamen N°30.092 de 2013., <https://www.contraloria.cl/web/cgr/jurisprudencia4> (consultado el 7 de marzo de 2018).

derecho a edificar, en tanto reviste una entre otras posibles cualificaciones de los atributos del dominio. Creemos que este razonamiento es concordante con lo expuesto por Eduardo Aldunate²⁸⁹ en tanto el contenido esencial de la propiedad urbana consistirá en el haz de facultades y derechos que distinguen a ese derecho de otros, cuyo ámbito de protección podrá ser moldeado de acuerdo a las posibilidades introducidas por otras legislaciones (además de la civil) que son aceptadas pacíficamente en la sociedad, como lo es la aquiescencia de los particulares respecto de la importancia de la existencia de normas urbanísticas de uso de suelo para poder edificar en sus terrenos (por medio de la concesión de un permiso de edificación) o desarrollar actividades económicas (a través del otorgamiento de una patente municipal).

2.16. Privaciones a la propiedad.

La privación al dominio está consagrada en el artículo 19 N° 24 incisos tercero, cuarto y quinto. En él se materializan las reglas constitucionales de la expropiación, las cuales están complementadas por el D.L. 2.186, de 1978, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones.

El artículo 19 N° 24 inciso tercero señala que *“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 interés nacional, calificada por el legislador (...)”*. Una interpretación literal de este artículo supone que ella consiste en que el procedimiento al que debe sujetarse el Estado para apropiarse de la propiedad de los particulares, del bien sobre el que recae o alguno de sus atributos o facultades esenciales, es la expropiación, única vía establecida literalmente por la Constitución. Pero una interpretación sistemática de la carta fundamental parece extender este instituto, al comprender la privación de la propiedad de una manera abstracta, extendiéndosela protección a la parte del contenido esencial que es

²⁸⁹Eduardo Aldunate, Ob. cit., 290-292.

necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses a los que debe servir y de los cuales es instrumento²⁹⁰.

En su trabajo de memoria, Jessica Fuentes y su profesor guía Eduardo Aldunate, llegan a la conclusión de que el artículo 19 N° 24 inciso tercero, en primer lugar, otorga una protección a *“la integridad del patrimonio al someter toda expropiación de bienes corporales o incorporeales (derechos patrimoniales) a los requisitos de indemnización, calificación legal de la causa, etc”*. En segundo lugar, concluye mediante una interpretación sistemática, que este inciso otorga una protección a la faz subjetiva de la propiedad, entendiendo la titularidad de este derecho como la *“posibilidad de ejercicio exclusivo de un poder fáctico sobre la cosa”*, lo que se traduce en la *“mantención de las facultades o atributos esenciales del dominio”*²⁹¹, lo que estará íntimamente ligado al contenido esencial de la propiedad.

2.17. Interpretación liberal de la privación.

Peñailillo nos señala que la privación se consagró constitucionalmente de dos formas: la *“privación total”* o expropiación en su significado tradicional, que implica la extracción total de la cosa o parte de la cosa, íntegramente sustraídas del patrimonio del titular y trasladado al del expropiante; y la *“privación parcial”*, que implica la sustracción de una parte del derecho o, en otras palabras, de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, permaneciendo la cosa en el patrimonio del expropiado. En ambas se debe proceder siguiendo las reglas establecidas constitucionalmente para la expropiación, trámites que concluirían en la indemnización por el despojo del derecho de propiedad. Luego Peñailillo aumenta en grado su razonamiento señalando que vale la pena preguntarse sobre el caso de la *“privación parcial de un atributo”* o facultad esencial del dominio, y en su opinión la solución pasaría por aplicar la regla del inciso tercero del artículo 19 N° 24²⁹². En la misma línea, Cea Egaña complementa que despojar al titular de alguno de los atributos o facultades

²⁹⁰ Jessica Fuentes y Eduardo Aldunate, Ob. cit., 214.

²⁹¹ *Ibíd.*, 216.

²⁹² Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 92.

del dominio, incluso en parte, significa una privación del contenido esencial de la propiedad²⁹³.

Esta noción también ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional en la sentencia Rol N° 334-01, que, en su considerando 19°, sostiene que “(...) *no sólo se produce privación del dominio cuando se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados (...)*”²⁹⁴.

2.18. Reserva Legal.

La privación al derecho de propiedad, ya sea total o parcial, sólo puede efectuarse legítimamente mediante una expropiación ajustada a la Constitución y la ley. Peñailillo sostiene que si la reserva legal es un requisito para imponer las restricciones, con mayor razón opera para la privación del dominio²⁹⁵. En primer lugar, nuestra Carta Fundamental señala que para expropiar es necesaria la dictación de una ley general o especial. En segundo lugar, “*esa ley debe pronunciarse, clara y directamente, autorizando la ejecución de una o más expropiaciones*”. La ley debe ser “*dictada con base en las únicas dos causales y finalidades señaladas en la Constitución; esto es, la utilidad pública o el interés nacional*”. Finalmente, esta “*ley previa y autorizatoria*” debe “*determinar las cualidades o circunstancias por las que el bien, o la especie de bienes cuya expropiación se autoriza, se encuadran en la causal de utilidad pública o interés nacional invocada*”, a través de razones objetivas que sostengan tal decisión²⁹⁶.

Cea Egaña señala que la competencia de reserva legal otorgada al legislador se satisface con una ley ordinaria (simple o común), lo que no significa que la ley realizará la expropiación en concreto, ya que solamente servirá de antecedente para autorizar la

²⁹³ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 581.

²⁹⁴ Esta idea vuelve a ser reafirmada por el Tribunal Constitucional en una sentencia de 2014, Rol N°2684, considerando 22°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consultado el 6 de marzo de 2018).

²⁹⁵ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 90-91.

²⁹⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 581.

expropiación, la que finalmente se llevará a cabo por un acto administrativo (“no existen (...) leyes expropiantes o con expropiación directa y automática”)²⁹⁷. De lo anterior, resulta que la expropiación es una sucesión de actuaciones de órganos públicos dirigidas a privar al particular de su propiedad, que para su mejor comprensión deben distinguirse en diferentes etapas o fases.

2.19. Definición y elementos de la expropiación.

La RAE define expropiar como “privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole en cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en leyes”²⁹⁸.

En doctrina comparada, Carlos García Oviedo se refiere a la expropiación como “un acto de Derecho Público, mediante el cual la Administración, o un particular subrogado en sus derechos, adquiere la propiedad de un bien ajeno, mediante la indemnización correspondiente”²⁹⁹.

En nuestro país, Patricio Aylwin la define como “el acto por el cual se priva a una persona de un bien de su dominio por decisión unilateral del Estado, por razón de utilidad pública calificada por ley y previo pago de una indemnización al expropiado”³⁰⁰. Enrique Rajevic las describe como las “intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, las que tendrían como contrapartida el derecho a una compensación efectiva del daño producido, llamada indemnización, que en nuestro derecho además debe ser previa a la toma de posesión del bien³⁰¹. Por su parte, Cea Egaña la refiere como “un acto de la autoridad administrativa competente, fundado en una ley que lo autoriza, en virtud del cual priva del dominio, del bien sobre el cual recae el derecho o de alguno de los atributos o facultades esenciales, por causa de utilidad pública o interés nacional, con sujeción a un procedimiento legalmente

²⁹⁷ Ibíd., 582.

²⁹⁸ Real Academia Española, significado de expropiar, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=expropiar> (consultado el 5 de marzo de 2018).

²⁹⁹ Carlos García O. “Derecho Administrativo” 6ta edición. (Madrid, 1957), 443.

³⁰⁰ Patricio Aylwin, “Derecho Administrativo” (Santiago: Editorial Universitaria, 1963), 133.

³⁰¹ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 47.

determinado y pagando al expropiado la indemnización justa³⁰², teniendo derecho el expropiado a reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de nuestro país en una sentencia reciente ha enunciado la siguiente definición de expropiación: *“es un modo de adquirir el dominio en el ámbito público consistente en el acto administrativo, unilateral y coactivo de la Administración del Estado, por el cual se priva a una persona de la titularidad de un bien o un derecho o de las facultades esenciales de ambos, fundado en una ley habilitante que justifica la causa de utilidad pública o interés nacional, mediante un procedimiento reglado y previo pago de la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado”*³⁰³. Continúa agregando la citada magistratura en la misma resolución que *“bajo esta definición, la expropiación es el sacrificio especial o desigual que sufren ciertas personas en bienes de su dominio, respecto de los cuales son privados por el ejercicio de una potestad administrativa de forzosa aplicación, fundados en causales públicas tasadas y autorizadas por el legislador, y cuya afectación esencial es compensada mediante el previo pago de una indemnización que refleja el daño efectivamente causado”*.

En nuestro ordenamiento, se ha señalado que la expropiación está constituida por los siguientes elementos³⁰⁴:

2.19.1. Sujeto activo o expropiante: Será el Estado, a través de alguno de sus órganos facultados para ejecutar la expropiación, quien expropie.

2.19.2. Sujeto pasivo o expropiado: Es el dueño del bien que se expropia, pudiendo ser cualquier persona, ya sea natural o jurídica.

2.19.3. Declaración de expropiación: Es la ley, especial o general, que ordena o autoriza a expropiar. Al respecto, Peñailillo señala la importancia de distinguir entre *“ley expropiatoria y ley que autoriza para expropiar”*³⁰⁵. La primera corresponde a aquella que, al mismo tiempo que establece la concurrencia de la causal y su calificación, expropia directa e

³⁰² José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 582.

³⁰³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 3100-16, Considerando 22°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/busqueda-basica> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³⁰⁴ Daniel Peñailillo Arévalo, *“La Expropiación ante el Derecho Civil”* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981), 14.

³⁰⁵ *Ibíd.*, 13.

inmediatamente; mientras que la segunda es la que establece y califica la causal, autorizando a un órgano o institución del Estado para que, bajo ciertos supuestos, lleve a cabo la expropiación. Cea Egaña discrepa con la utilidad de la citada clasificación para nuestro ordenamiento, sosteniendo que sólo podría llevarse a cabo la privación por medio de una ley que autorice la expropiación (que nombra “*de expropiabilidad*”), aduciendo que por esta vía existe la única posibilidad de hacer efectivo el derecho -que asegura la Constitución- a reclamar de la legalidad del acto expropiatorio. Esto, pues no habría acto administrativo expropiatorio que impugnar si es que es una misma ley la que, de manera automática y sin intervención de órganos de la administración, individualiza los bienes a expropiar, los expropia por sí misma y determina el monto de la indemnización a pagar por ellos³⁰⁶.

2.19.4. Bien objeto de la expropiación: Son expropiables todos los bienes susceptibles de dominio privado y que están, efectivamente, en manos de particulares. Peñailillo agrega que debiera tenerse en cuenta la posibilidad de que nuestro ordenamiento establezca cierta categoría de bienes inexpropiables. Esto, por cuanto el artículo 9° letra a) del Decreto Ley que norma el procedimiento expropiatorio contempla, como fundamento del reclamo de improcedencia de la expropiación, la inexpropiabilidad del bien expropiado si la hubiere³⁰⁷.

2.19.5. Causal que la justifique: Como lo establece nuestra Carta Fundamental, serán el interés de la nación, la utilidad pública o ambos.

2.19.6. Procedimiento: Será el establecido en el D.L. 2.186, de 1978.

2.19.7. Indemnización por el daño efectivamente causado al particular: a lo que el artículo 38 del D.L. 2.186, de 1978, agrega “...*que sea una consecuencia directa e inmediata de la misma*” (de la expropiación). Nuestra Constitución establece que el monto de la indemnización se determinará de común acuerdo (entre expropiante y expropiado) o en sentencia dictada conforme a derecho³⁰⁸. Añade el inciso cuarto del artículo 19 N°24 que a falta de acuerdo, la indemnización será pagada en dinero efectivo al contado.

³⁰⁶ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 584-585.

³⁰⁷ Daniel Peñailillo Arévalo. “*La Expropiación ante el Derecho Civil*”, Ob. cit., 51.

³⁰⁸ José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 585. Sobre este aspecto llama la atención Cea Egaña, quien sostiene que la obligación del pago en dinero efectivo al contado es muy rígida, imposibilitando al Estado de llevar a cabo la expropiación si no cuenta inmediatamente con los recursos para hacerlo, lo que puede retrasar el progreso social.

De todos los elementos éste es el que reviste mayor importancia, precisamente por ser, a entender de la doctrina tradicional, el que distingue a la expropiación de otras figuras análogas (como la confiscación, por ejemplo³⁰⁹) e intervenciones estatales en el dominio. A este respecto, en particular al tópico de la indemnizabilidad de otras intervenciones (que por su intensidad pueden llegar a revestir una privación) nos referiremos con extensión en el capítulo siguiente.

2.20. Fases de la expropiación³¹⁰.

De la definición, se desprende que la expropiación corresponde a una sucesión de actuaciones ejecutadas por, o en las que tienen injerencia, los distintos poderes del estado:

2.20.1. Fase legislativa:

Esta etapa marca el impulso inicial de la expropiación. Se cumple *“dictando la ley que debe calificar la causal de expropiación”*, en otras palabras, creando una ley que en un ámbito de existencia determinado, establezca *“una razón de hecho encuadrable en la utilidad pública o el interés nacional”*. Además la ley debe facultar a la autoridad pública determinada para ejecutar, mediante actos administrativos, cada expropiación en concreto³¹¹.

2.20.2. Fase administrativa:

En esta fase, la autoridad administrativa cumple, o lleva a efecto lo dispuesto en la ley general o particular, que sirve de antecedente y autoriza la privación a la propiedad. Los órganos administrativos encargados de ejecutar las expropiaciones serán, principalmente, los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo, y las Municipalidades, de acuerdo al artículo 6 del D.L. 2.186, de 1978. Se realizan mediante decreto supremo o resolución administrativa, instrumentos que constituyen el acto expropiatorio; por lo tanto no es la ley la que expropia, sino que el acto administrativo³¹².

2.20.3. Fase Judicial:

³⁰⁹Daniel Peñailillo Arévalo. *“La Expropiación ante el Derecho Civil”*, Ob. cit., 47.

³¹⁰José Luis Cea Egaña, *Derecho Constitucional Chileno*, Ob. cit., 583. Clasificación propuesta por el autor.

³¹¹Idem.

³¹²Ibíd., 584.

Es eventual, ya que el expropiado puede estar conforme con el acto expropiatorio y no necesitar a la justicia ordinaria para resolver algún desacuerdo con el expropiante; o al contrario, puede estar en desacuerdo con el acto expropiatorio, situación en la que posee la facultad de reclamar ante los tribunales ordinarios, quienes conocerán y se pronunciarán sobre la legalidad del acto, sobre el monto y pago de indemnizaciones al expropiado, y sobre el trámite de toma de posesión material del bien o la cuota al contado de la indemnización provisional. En su función, los tribunales se encuentran habilitados para prescindir de los preceptos legales contrarios a la Constitución³¹³.

2.21. Análisis de la LGUC: carácter que adopta la Declaratoria de Utilidad Pública.

En nuestro ordenamiento jurídico, a nivel legal, la declaratoria de utilidad pública toma forma a partir de lo preceptuado en la LGUC, explícitamente en su artículo 59, e indirectamente por lo establecido en los artículos 57 y 62. Estas normas son expresión de la labor de configuración del régimen jurídico objetivo del suelo que desempeña el legislador, guiado por y ceñido a las normas de orden constitucional establecidas en los numerales 24 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental³¹⁴. En este sentido, el primer elemento a considerar para el análisis de esta normativa es que los artículos referidos están ubicados en el capítulo IV de la LGUC, titulado *“Del uso del suelo urbano”*. Así, inicia este capítulo de la siguiente manera:

“Artículo 57°. - El uso del suelo urbano en las áreas urbanas se regirá por lo dispuesto en los Planes Reguladores, y las construcciones que se levanten en los terrenos serán concordantes con dicho propósito”.

Dos aspectos saltan a la vista de la redacción de esta norma. Por un lado, que el uso del suelo se ve materializado en la posibilidad cierta de levantar una construcción sobre el mismo (lo que conocemos como el *ius edificandi*), y que al mismo tiempo esa construcción obedece a un propósito, o sea, una función que la ley asigna al determinar ese uso. Por el otro, que la determinación concreta de ese propósito al que servirá la obra que sea que se

³¹³Ibid., 584.

³¹⁴Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 128.

construya se llevará a cabo por una norma emanada de la potestad reglamentaria, a saber, el Plan Regulador respectivo. Sobre esta última, Eduardo Cordero señala que el legislador configura el régimen jurídico del suelo dictando normas legales que condicionan a las normas administrativas inferiores, al mismo tiempo que estas complementan a aquellas³¹⁵.

El artículo 57 de la LGUC es una norma que delimita el derecho de propiedad urbanístico en el sentido de configuración del ámbito material. Esto, por cuanto su creación establece el contenido mínimo de la propiedad urbana al que deberán responder el legislador y la autoridad administrativa, al configurar los distintos estatutos de propiedad urbana basados en la función social que se reconozca a través del establecimiento de distintos usos de suelo. Este contenido mínimo no solo es un límite que orienta la configuración del régimen objetivo del suelo, sino que también es una directriz que encauza la aspiración que cada propietario tiene de incorporar a su esfera patrimonial las facultades que componen dicho contenido. De esta forma, en los términos del artículo 57 de la LGUC, el “contenido esencial” y patrimonializable de la propiedad urbana consiste en la facultad que tendrá el propietario de levantar una construcción sobre el suelo, lo que conocemos como *ius aedificandi*. Esta edificación no podrá tener cualquier carácter y finalidad, sino que deberá obedecer al uso de suelo que se establezca en el instrumento de planificación territorial respectivo, el que a su vez será uno de los usos posibles establecidos a nivel reglamentario por la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones en relación a las distintas finalidades que la función social de la propiedad indica. Sobre esta idea, señala el profesor Lautaro Ríos que *"la subordinación de la función individual a la social se revela con evidencia en el suelo urbano, en que el ius aedificandi viene conformado - como facultad y obligación- por el dibujo legal que, del desarrollo de los distintos derechos de edificación, prefigura el Plan urbano"*³¹⁶.

A propósito del contenido mínimo esencial en la propiedad urbana, y para efectos de seguir escudriñando respecto del análisis que se desarrolla en este acápite, cobra particular importancia su garantización a nivel constitucional consagrada en el artículo 19 N°24 de nuestra Carta Fundamental. Esta norma y su redacción dan sustento a la idea según la cual las limitaciones que puedan establecerse al derecho de propiedad, en virtud de la función

³¹⁵Idem.

³¹⁶Lautaro Ríos Álvarez, Ob. cit., 322.

social de la misma, actuarían sobre un contenido previamente delimitado, que sería su núcleo irreductible y objeto de protección de la mentada garantía³¹⁷. Por consecuencia, también se ve sustentada en esta noción (propuesta por el profesor Lautaro Ríos) que entiende a la función social de la propiedad como un elemento externo a esta -una característica que se le atribuye- y no parte del “ser” de ese derecho. Luego, si la utilidad pública deriva de la función social de la propiedad, diremos que en nuestro ordenamiento la declaración de utilidad pública tendría el carácter de limitación extrínseca al dominio. Al respecto, sostenemos un matiz con lo enunciado por Lautaro Ríos, en tanto no creemos que el principio de función social de la propiedad opere como un elemento externo a esta última, por cuanto influye (según lo establece nuestra propia Constitución) en la configuración misma de los distintos estatutos que le darán forma concreta y específica. Así, su carácter externo o interno variará según la expresión misma que el principio adquiera según un régimen dado.

Por otra parte, en su redacción original de 1975, el artículo 59 rezaba lo siguiente:

“Artículo 59°.- Decláranse de utilidad pública todos los terrenos consultados en el Plan Regulador Comunal, destinados a calles, plazas, parques u otros espacios de tránsito público, incluso sus ensanches, y aquellos destinados para el equipamiento comunitario, tales como escuelas, hospitales, jardines infantiles, retenes de Carabineros y oficinas o instalaciones fiscales y municipales.

En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública, y mientras se procede a su expropiación o adquisición, no podrá aumentar el volumen de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del Plan Regulador”.

Al iniciar el precepto referido con la expresión “*Decláranse de utilidad pública...*”, lo que hace es ordenar que todos los terrenos que señala quedan afectados a un régimen de suelo determinado que proyecta su uso futuro en beneficio del interés general. Este uso proyectado podrá ser cualquiera de los que ejemplifica el inciso primero. Para lo anterior, en su inciso segundo, la norma establece un “congelamiento” de dichos suelos. Esto es lo que refiere con la imposibilidad de aumentar el volumen de construcciones existentes a la fecha de aprobación del plan regulador. De esta forma, cobra importancia el concepto de

³¹⁷Ibíd., 323.

“afectación a utilidad pública”, el que entenderemos como la técnica jurídica a través de la cual se excluye a un bien del tráfico jurídico-privado para destinarlo a un uso público o general³¹⁸. Así, la afectación a utilidad pública señalaría, además, el tránsito que el terreno seguirá hasta ser expropiado.

Sin embargo, lo anteriormente señalado no basta para describir el alcance que, en tanto intervención estatal sobre la propiedad, adquiere la declaratoria de utilidad pública con la redacción original del artículo 59 de la LGUC. Tampoco lo bastará el precepto en sí mismo, pues al hablar del congelamiento del suelo se hace necesario tener en consideración lo establecido por el artículo 62 del citado cuerpo legal, que reza lo que se señala a continuación:

“Artículo 62°.- Los terrenos cuyo uso no se conformare con el Plan Regulador se entenderán congelados, en el sentido de que no podrá aumentarse el volumen de construcción en ellos existente, rehacer las instalaciones existentes, ni otorgarse patente a un nuevo propietario o arrendatario.

Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año.”

Como se puede apreciar, el artículo 59 y el inciso primero del recién expuesto artículo 62 -ambos en su redacción original- conforman la regla de congelamiento del uso del suelo que forma parte de los efectos de la declaratoria de utilidad pública. Esta es de gran importancia para la realización de un análisis sobre el carácter que tuvo desde su primera formulación -en nuestra actual legislación en materia urbanística- la figura de la afectación a utilidad pública, pues da cuenta de su intensidad. Así, y tal como se adelantara al inicio de este capítulo, puede señalarse que la declaratoria de utilidad pública, originalmente formulada por la LGUC, constituyó una privación factual del derecho de los propietarios de terrenos que se ven afectados por ella, excediendo así el carácter de limitación que le daría

³¹⁸ Jaime Rodríguez-Arana, “Afectación, desafectación y mutaciones demaniales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 17 (2006): 147.

coherencia a la luz de nuestro ordenamiento constitucional. Esta idea puede explicarse más allá de lo que -en apariencia y a simple vista- se pueda entender respecto del congelamiento del suelo como negación de lo que entendemos por derecho a edificación del propietario de un terreno. Para esto, nos apoyaremos en el rol que ocupa en esta parte de nuestro régimen de propiedad la protección constitucional del contenido esencial del derecho. Así, como señala el profesor Eduardo Aldunate respecto a esta garantía, la formulación del contenido esencial del derecho de propiedad supone la existencia de un tipo conceptualmente previo a la consagración constitucional que deberá ser elaborado de manera posterior por el legislador. Esta elaboración consistiría en la *conjugación* de las facultades esenciales del dominio, que puede entenderse como *cualificación* de las mismas, o sea, desarrollarlas a un nivel que las vuelve material y cognoscitivamente asibles por sobre el de la abstracción y absolutismo con que nos son entregadas a partir de la noción liberal tradicional consagrada en nuestra legislación civil previa al ordenamiento constitucional. Esto es lo que el profesor Aldunate refiere como la definición y delimitación de un tipo conceptualmente previo, pero no prefijado en su contenido, que corresponde al derecho de dominio. Por tanto, la garantía constitucional al contenido esencial del derecho de propiedad funciona como un límite que encauza la labor del legislador al señalarle una suerte de “*piso mínimo*” que debe cumplir al momento de configurar un régimen y estatuto específico de propiedad, cual es que lo haga recurriendo a los términos que entrega el derecho de dominio, como si se tratara de materias primas de orden conceptual a partir de las cuales se elabora un tipo determinado³¹⁹.

Tal es el caso, en nuestra opinión, de lo que ocurre con nuestro ordenamiento en materia urbanística al delimitarse el contenido de la propiedad urbana a partir del concepto de uso de suelo y su materialización en el *ius aedificandi* que asiste al propietario, cuales vendrían a ser la cualificación (“conjugación”) de las facultades de uso y de goce -conferidas por el dominio- para los suelos de un bien raíz dentro de los límites urbanos. Sin embargo, no ocurre tal cosa con la mentada redacción original de los artículos 59 y 62, en tanto es de tal intensidad el régimen de congelamiento del suelo que imponen -para los terrenos afectos a utilidad pública-, que terminan negando la expresión cualificada del dominio contenida en

³¹⁹Eduardo Aldunate, Ob. cit., 290-292. No obstante lo señalado, el autor aduce que en esta elaboración a posteriori del contenido esencial, la legislación civil previa al momento constituyente es solo un antecedente, por lo que deberá recurrirse a otras fuentes para contar con todas las “materias primas”. Es respecto a la determinación de esas fuentes que Aldunate evidencia la existencia de disensos al interior de la doctrina, y, citando a Ángel López y López, termina criticando la doctrina del contenido esencial por ser un concepto que no suministra, sino que requiere.

la propiedad urbana, privando al propietario de su derecho a edificar antes incluso de que ocurran la expropiación y los actos que -según la ley- le preceden, existiendo al momento de declararse la afectación a utilidad pública sobre un terreno determinado una privación de facto de su derecho.

Lo anterior tuvo un primer cambio -de escala menor, aunque no menos significativo para el análisis- con la modificación que la Ley N° 19.744 introdujera al artículo 62 de la LGUC en el año 2001, cuya redacción resultó ser la siguiente:

“Artículo 62.- Los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, se entenderán congelados. En consecuencia, no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo. Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto³²⁰.

Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional Correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año”.

Así, el nuevo inciso primero del artículo 62, moderó en cierta forma la intensidad de la intervención sobre el dominio que implicaba el régimen de congelamiento del suelo hasta antes de su entrada en vigencia. Esto, por cuanto permite la realización de obras de mitigación de impacto ambiental y aquellas destinadas a la mejora, tanto estética como estructural, de las construcciones. El cambio señalado es significativo en la medida en que al permitir las obras señaladas se evita un menoscabo patrimonial mayor para un propietario que, por algún evento fortuito, vea dañado su inmueble. Es, sin embargo, de escala menor debido a que la privación de facto, por medio de la cual se trunca la aspiración del dueño de patrimonializar su derecho sobre un terreno, sigue existiendo con el artículo 59.

³²⁰Lo ennegrecido es nuestro.

Un cambio de mayor envergadura fue el que ocurrió con la modificación que la ley N°19.939 introdujera en 2004 al artículo 59 de la LGUC, el que quedó con la redacción que a continuación se expone:

"Artículo 59.- Decláranse de utilidad pública, por los plazos que se indican en los incisos siguientes, los terrenos localizados en áreas urbanas y de extensión urbana consultados en los planes reguladores comunales e intercomunales destinados a vías expresas, troncales, colectoras, locales y de servicio y parques intercomunales y comunales, incluidos sus ensanches. Vencidos dichos plazos, caducará automáticamente la declaratoria de utilidad pública y todos sus efectos. Las nuevas normas urbanísticas aplicables a dichas áreas deberán ser fijadas dentro del plazo de seis meses, contado desde la caducidad de la declaratoria, por la municipalidad respectiva, mediante decreto alcaldicio, previo informe de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno³²¹.

Los plazos de caducidad para las declaratorias de utilidad pública de los terrenos ubicados en el área urbana, según su destino, serán de diez años para las vías expresas, y de cinco años para las vías troncales y colectoras y los parques intercomunales y comunales.

El plazo de caducidad de las declaratorias de utilidad pública de los terrenos ubicados en áreas de extensión urbana, cualquiera sea su destino, será de diez años, pudiendo prorrogarse por una vez por igual lapso.

El plazo establecido para las declaratorias de utilidad pública de los terrenos ubicados en el área urbana destinados a vías troncales y colectoras y a parques intercomunales, podrá ser prorrogado, por una sola vez, por igual período. La prórroga se tramitará conforme al procedimiento establecido para la modificación del respectivo instrumento de planificación territorial.

En los terrenos afectos a la declaración de utilidad pública y, mientras se procede a su expropiación o adquisición, no se podrá aumentar el volumen de las construcciones

³²¹Lo ennegrecido es nuestro.

existentes a la fecha de aprobación del respectivo plan regulador, en la parte del inmueble que esté afecta a dicha declaratoria si ésta fuere parcial.

Caducada la declaratoria de utilidad pública, el inmueble afectado no podrá ser declarado nuevamente afecto a utilidad pública para los mismos usos incluidos en una declaratoria anterior, a menos que el acto expropiatorio se dicte dentro del plazo de sesenta días contado desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva declaratoria. Expirado dicho plazo, caducará automáticamente la declaratoria de utilidad pública.

Los planes reguladores no podrán declarar de utilidad pública terrenos ubicados en áreas rurales.

Lo dispuesto en los incisos precedentes no afectará ni se aplicará en modo alguno a los procesos de expropiación autorizados en otras normas legales".

El elemento más distintivo de esta redacción del artículo 59 lo constituyó, en primer lugar, los plazos de caducidad que establecieron para cada declaratoria de utilidad pública (el cual variará dependiendo del destino específico que el instrumento de planificación establezca para el terreno respectivo); y en segundo término, la orden de que a los terrenos cuya declaratoria haya caducado se les asignaran las normas de uso de suelo de la zona adyacente predominante. Ambos aspectos evidencian una total desnaturalización de la declaratoria de utilidad pública como herramienta de la planificación urbana y expresión concreta del principio de función social de la propiedad que establece nuestra Carta Fundamental.

A mayor abundamiento, diremos que el establecimiento de plazos de caducidad constriñe la perspectiva de largo plazo que es inmanente a la actividad urbanística³²². Si bien éstos se establecen con la intención de conminar al ente administrador para que lleve a cabo la expropiación y dar certezas a los propietarios, termina siendo una solución que no considera la realidad de nuestra institucionalidad administrativa y que, además, hace prevalecer en último término el interés del propietario por sobre el de la comunidad (dejando de ser la función social un mecanismo que coordina y armoniza estos intereses -en principio-

³²²Como señala el profesor Cordero, la complejidad de la actividad urbanística viene dada, en primer lugar, porque ocurre en dos momentos distintos uno del otro, el de la fijación normativa y el de ejecución del planeamiento.

contrapuestos)³²³. Esta última idea se ve reforzada al asignarse las normas de suelo de la zona adyacente predominante.

Como ya se ha adelantado, el panorama volvió a variar drásticamente a partir de la promulgación de la Ley N° 20.791 de 2014, que modificó una vez más el artículo 59, fijando su redacción actualmente vigente, además de agregar un artículo 59 bis, ambos expuestos a continuación:

"Artículo 59.- Decláranse de utilidad pública todos los terrenos consultados en los planes reguladores comunales, planes reguladores intercomunales y planes seccionales destinados a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades.

Los propietarios de terrenos afectos a declaratoria de utilidad pública podrán solicitar a la municipalidad o a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, según corresponda, que a través de planos de detalle se grafique con exactitud la parte de sus terrenos afecta a utilidad pública cuando el plan intercomunal o comunal no lo haya establecido, debiendo tales planos aprobarse dentro de los seis meses siguientes³²⁴.

"Artículo 59 bis.- Entretanto se procede a la expropiación o adquisición de los terrenos a que se refiere el artículo precedente, la parte afectada del inmueble estará sujeta a las siguientes reglas:

a) Si a la fecha de la declaratoria existieran construcciones, no podrá aumentarse su volumen, salvo para las excepciones que autoriza el artículo 62 de esta ley y siempre que hubieren contado con los permisos respectivos.

No obstante, si producto de un caso fortuito o fuerza mayor las construcciones existentes experimentasen daños que las dejen inutilizables, podrá autorizarse su reconstrucción hasta completar el volumen de la edificación que existía previamente, siempre que ésta hubiere contado con los permisos respectivos.

³²³Lautaro Ríos Álvarez, Ob. cit., 321.

³²⁴Lo ennegrecido es nuestro.

Con todo, tratándose de viviendas podrá aumentarse el volumen o reconstruirse hasta dos pisos, conforme a lo señalado en la letra siguiente.

b) Si a la fecha de la declaratoria no existieran construcciones, sólo se admitirá la edificación de una vivienda de hasta dos pisos de altura en los lotes recepcionados a la fecha de la declaratoria, conforme a las reglas que establezca la Ordenanza General. Construida ésta, quedará sujeta al régimen de la letra precedente. En las referidas viviendas se permitirán las actividades que admite el artículo 162 de esta ley.

c) Excepcionalmente, la Dirección de Obras Municipales podrá permitir otras construcciones o alteraciones en las construcciones existentes, en los términos y con las limitaciones prescritos en el artículo 121.

Lo dispuesto en este artículo será sin perjuicio de las limitaciones establecidas en otras disposiciones de esta ley o en otras leyes."

Sobre los nuevos artículos 59 y 59 bis podemos decir que, al no contemplar -el primero- plazo de caducidad para las declaratorias, resta dificultad a la -ya de por sí- compleja labor de ejecución del planeamiento urbanístico. De la misma forma también restituye en aquella la importancia del principio de función social de la propiedad (en tanto armonizador de los intereses generales de la comunidad y los intereses del dueño del predio). Esto puede colegirse a partir de los siguientes elementos: el derecho de los propietarios de terrenos afectos a utilidad pública a solicitar ante la Municipalidad o Secretaría Regional del MINVU la entrega de un plano que grafique con exactitud la parte de su predio que se encuentra afecta a utilidad pública, que aporta de forma sustantiva a la necesaria certeza de los propietarios de inmuebles afectados respecto del alcance real de la limitación a su derecho de dominio; la posibilidad del propietario de construir o reconstruir edificaciones mientras no ocurra la expropiación del terreno, en los casos y términos que señalan los literales del artículo 59 bis, lo que significa la posibilidad del dueño de ejercer su *ius aedificandi* y poder patrimonializar su derecho de dominio, morigerándose así el vaciado de contenido económico al que este se enfrentaba una vez declarada la afectación, que a la postre es una forma de corrección en pos del principio de equidad en la distribución de

cargas públicas³²⁵. De este último aspecto también podemos destacar su carácter como delimitación del contenido del dominio de los dueños de terrenos afectados, el que cumple con el estándar que fija la garantía constitucional del contenido esencial del derecho de propiedad. Esto, pues los literales ya señalados configuran de manera bastante clara el tipo especial de *ius aedificandi* que asistirá al propietario (posibilidad de construir una vivienda de hasta dos pisos de altura o reconstruir hasta alcanzar ese límite), remitiéndose, como se puede apreciar, a la “*tipología conceptual previa*” que nos describe el profesor Eduardo Aldunate, en alusión a los términos en que hemos recibido la noción tradicional del dominio³²⁶.

En adición a lo anterior, la Ley N° 20.791 introdujo otras modificaciones al texto de la LGUC, también relacionadas a la materia en comento. Así, modificó el artículo 88, introduciendo un mecanismo que permite imputar al monto de la indemnización por expropiación (cuando esta sea parcial) el aumento en el valor de la parte no expropiada del predio a raíz de las inversiones que el Estado realice en materia de urbanización³²⁷; modifica el artículo 99 estableciendo la exención del pago de contribuciones para el dueño de un predio afecto a utilidad pública mientras no ocurra la expropiación; y modifica los artículos 121 y 122 en relación a la posibilidad de realizar mejoras o reparaciones cuando un predio está sometido al régimen de congelamiento, haciéndolos concordantes con lo que establece el artículo 62 luego de su última variación (ya consignada en párrafos anteriores).

Finalmente, y en absoluto menos importante, la Ley N° 20.791 dicta una norma transitoria en relación a la situación de incertidumbre y extrañeza generada en materia urbanística a partir de la entrada en vigencia de la ley 19.939. El contenido de esa norma es el que se señala a continuación:

“Artículo transitorio.- Decláranse de utilidad pública los terrenos que hubieren sido destinados por un plan regulador o seccional a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, con anterioridad a las disposiciones de las leyes Nos 19.939 y 20.331. Sin perjuicio de lo dispuesto en este inciso, respecto de los terrenos cuyas declaratorias

³²⁵ Eduardo Cordero, “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, Ob. cit., 323.

³²⁶ Eduardo Aldunate, Ob. cit., 290-292.

³²⁷ Este tema en particular será abordado en el capítulo siguiente, a propósito de la expropiación, indemnización e indemnidad patrimonial.

hubieren caducado en virtud de las citadas leyes, deberá respetarse la aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 458, de 1976, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en lo referido a los anteproyectos aprobados y los permisos otorgados por la Dirección de Obras Municipales, los que no se verán afectados por la declaratoria de utilidad pública.

La Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo o la municipalidad respectiva podrán dejar sin efecto estas declaraciones para las circulaciones, plazas y parques que incluyan en una nómina aprobada por resolución o decreto, según corresponda, en un plazo de seis meses a contar de la publicación de la presente ley. En estos casos, la municipalidad respectiva, mediante decreto alcaldicio y previo informe de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo, deberá fijar las nuevas normas urbanísticas aplicables a los terrenos que, habiendo quedado desafectados, carezcan de ellas, asimilándolas a las de la zona predominante de las adyacentes al terreno. Las nuevas normas pasarán automáticamente a ser parte del plan correspondiente.

El establecimiento de las nuevas normas deberá hacerse dentro del plazo de tres meses contado desde la revocación de las declaratorias. Si así no se hiciere, podrá recurrirse a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo para que, en subsidio del municipio, fije dichas normas dentro del mismo plazo y siguiendo los criterios del inciso precedente".

Capítulo 3: Limitaciones tan intensas que pueden llegar a ser privaciones.

Daniel Peñailillo sostiene que, en la confrontación del texto constitucional con leyes determinadas que intervienen en el derecho de dominio, pueden presentarse situaciones en que será difícil precisar cuándo se estará frente a una restricción y cuándo a una privación de un atributo esencial (o, en sus palabras, privación parcial); y si se ha afectado en su esencia el derecho. Así, suele ocurrir que la legislación procede a regular la propiedad de ciertos bienes sin emplear la misma terminología de los textos superiores, y a veces con expresiones que más bien sugieren sólo restricciones intensas a las facultades del propietario, quedando de esta forma incluidas en la función social de la propiedad y sin otorgar derecho a indemnización alguna³²⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia nacional no ha podido introducir un criterio válido para establecer la procedencia de indemnizaciones para el caso de limitaciones a la propiedad que en los hechos privan al titular de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio. El criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia que resuelve la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 del Ministerio de Bienes Nacionales, roles N° 245 - 246 de 1996, conocido como "Acceso a las Playas"³²⁹ desarrolla el mismo argumento introducido por la Corte Suprema en la sentencia de la causa "Comunidad Galletué con Fisco"³³⁰. Justificándose en una pretendida interpretación sistemática, el tribunal identifica un espectro de situaciones en las que la constitución se refiere textualmente a las limitaciones. Entre ellas el artículo 41 N° 8 de la Constitución, que a propósito de los estados de excepción constitucional, señala: "(...) *También darán lugar a indemnizaciones las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño*"³³¹. Luego, basándose en el artículo citado anteriormente, concluye entonces que si en los casos de excepción constitucional las limitaciones a la propiedad eran indemnizables, tanto más pueden serlo en situaciones de normalidad constitucional; entonces resulta

³²⁸Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 97.

³²⁹Tribunal Constitucional, Rol N° 245 y 246 de 1996, <http://www.tribunalconstitucional.cl/expediente> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³³⁰Corte Suprema, Rol N° 16.743-1984

³³¹Texto anterior a la reforma de 2005, actualmente artículo 45 inciso segundo.

favorable la procedencia de una indemnización a propósito del daño causado por las limitaciones a la propiedad que privan de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Esta interpretación es criticada por Eduardo Aldunate, para quien existe una diferencia sustantiva entre las limitaciones del artículo 19 N° 24 y las que señala el artículo 41 N° 8. En efecto, las primeras son establecidas por el legislador dentro del marco de la reserva legal para regular la propiedad, mientras que las segundas corresponden a intervenciones de la autoridad administrativa, y que presentan un carácter anómalo por el estado de excepción dentro del cual es afectada la propiedad. Además, como intervención concreta a la propiedad, requieren la presencia del daño como requisito para la indemnización, lo que condiciona a realizar el análisis constitucional sobre los hechos³³². Por ello concluye que el criterio establecido en el TC, vale decir que *“las limitaciones que la ley puede imponer a la propiedad en razón de la función social -y que no dan derecho a indemnización- se encuentran en un continuo conceptual con las privaciones de la propiedad, que deben ser indemnizadas por constituir una expropiación, sino del bien sobre el que recae la propiedad, al menos si de alguna de sus facultades o atributos esenciales”*³³³, es un criterio inválido, ya que no introduce herramientas para distinguir entre las limitaciones y las privaciones, sino que las ubica en un continuo conceptual, donde se apreciará el daño subjetivamente por el juez para establecer si da lugar o no a indemnizaciones³³⁴. Este cuadro presentado sería similar, siguiendo a Aldunate, a lo que ocurre en países como EE.UU, donde hay quienes entienden la distinción entre ambos conceptos (limitación y privación) como una cuestión de grados o intensidades de la intervención estatal³³⁵. Así por ejemplo, en el derecho de los EE.UU. existe la figura de *regulation* en oposición a la de *taking*. Esta última, de acuerdo a esta concepción, viene a ser una *regulation* que ha llegado muy lejos.

En una posición crítica frente al razonamiento planteado por el fallo recién citado se encuentra también Daniel Peñailillo, quien señala que el planteamiento jurisprudencial olvida que el artículo 41 N°8 CPR incurre en un impropiedad de lenguaje, pues el constituyente agrega que se trata de limitaciones que importen privación de atributos esenciales,

³³²Eduardo Aldunate, Ob. cit., 287.

³³³Ídem.

³³⁴Ibíd., 288.

³³⁵Ibíd., 294-295

quedando claro que se trata simplemente de “privaciones” de atributo esencial (situación para la que ya está prevista la indemnización, como sabemos)³³⁶.

Eduardo Aldunate nos señala, a propósito de si corresponde la indemnización de algunas intervenciones estatales, que la diferenciación entre privación (expropiación) y limitación (regulación) de la propiedad, como intervenciones que lesionan el patrimonio del particular, debe abandonar la evaluación de esta frontera basado en el grado de daño que produce la respectiva intervención. Podemos reconocer dos criterios para establecer una frontera entre ambas medidas. El primero parte por diferenciar la expropiación como una intervención estatal que permite la salida de los bienes del propietario o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y su traspaso a otro patrimonio, en principio público, sustracción que da derecho al pago de una indemnización que en nuestro derecho debe ser previa a la toma de posesión del bien y equivalente al daño patrimonial efectivamente causado. En contraposición a lo anterior, las limitaciones o regulaciones a la propiedad implican una afectación a las facultades dominicales del propietario (comprimen, restringen o reducen el ejercicio de los atributos y facultades esenciales del dominio), sin embargo no implican la transferencia de ellas a otro patrimonio. Las medidas que no producen como efecto final enriquecimiento en otro patrimonio no pueden estimarse expropiatorias y, aun cuando sean reductivas del haz de facultades dominicales, no dan derecho a indemnización si respetan el contenido esencial³³⁷.

El segundo criterio pasa por diferenciar la dimensión del derecho en donde actúan estas intervenciones. La expropiación se refiere una intervención estatal concreta o específica en la propiedad privada, dentro de un plano de afectación a la faz subjetiva del derecho, correspondiendo al ámbito de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad (en tanto reglas y procedimientos a los que debe sujetarse el Estado para apropiarse de los bienes de los particulares). En cambio las limitaciones, como regulaciones o delimitaciones de la propiedad, se establecen como leyes especiales que actúan en la faz objetiva del dominio, completando el estatuto propietario de un sector de la realidad. Estas encuentran su sustento jurídico constitucional en la función social y producen efectos sobre el titular mientras no rebasen el contenido esencial del derecho. Así, las limitaciones y obligaciones

³³⁶ Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 103

³³⁷ Eduardo Aldunate, Ob. cit., 296.

pertenecen al ámbito de la garantía del instituto de la propiedad o la garantía de que exista un complejo normativo que permita la apropiación de bienes corporales³³⁸.

En concordancia con el segundo criterio se encuentra Eduardo Cordero al sugerir, para efectos de este examen, la utilidad práctica de distinguir la propiedad en su sentido (o faz) objetivo y subjetivo. Así, cualquier cambio o modificación en el régimen jurídico de la propiedad del suelo se entiende legítimo en tanto se lleva a cabo en un plano general o abstracto, y respetando en todo caso el contenido mínimo o esencial, y por tanto no indemnizable³³⁹. En el evento de que para un caso concreto las nuevas normas impliquen una privación patrimonial –respecto de derechos adquiridos agregamos nosotros-, se deben adoptar medidas para resguardarlos. Así, las posibilidades podrán ser dos: establecer un régimen transitorio que respete tales derechos o, simplemente, llevar a cabo la expropiación y que se indemnice el daño patrimonial efectivamente causado³⁴⁰.

Esa es la solución que se adopta en los sistemas comparados y que en Chile se conoce como “congelamiento”, consignado en el artículo 62 de la LGUC, que dispone que *“los terrenos cuyo uso no se conformare con el Plan Regulador se entenderán congelados, en el sentido de que no podrá aumentarse el volumen de construcción en ellos existentes, rehacer las instalaciones, ni otorgarse patente a nuevo propietario o arrendatarios”*. Así, los propietarios pueden incorporar a su patrimonio el derecho a edificar y los usos atribuidos por los instrumentos de planificación mientras estos se encuentren vigentes, y en la medida que cumplan con las cargas y obligaciones que les impone la normativa urbanística. Una vez modificada la regulación y no cumplidas las condiciones contempladas en la misma, la edificabilidad y los usos pretéritos se pierden indefectiblemente³⁴¹.

Lo anterior nos lleva a concluir que existen situaciones en las que una regulación a la propiedad puede afectar el contenido esencial del dominio, en específico aquellas limitaciones que son tan intensas que en los hechos privan a los particulares de los atributos o facultades esenciales del dominio. La doctrina comparada reconoce la existencia del instituto de las ‘expropiaciones de facto’, o intervenciones equiparables a expropiaciones de facto que vulneran el ordenamiento jurídico. Entonces el desafío se traduce en distinguir

³³⁸Idem.

³³⁹Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 131.

³⁴⁰Idem.

³⁴¹Ibíd., 132.

entre las regulaciones que son no indemnizables y estas “cuasi-expropiaciones” que serían indemnizables³⁴².

El análisis buscado, por tanto, debe revisar la constitucionalidad de estas regulaciones, englobando los conceptos de función social, derechos adquiridos, contenido esencial del derecho y los principios de proporcionalidad, gravedad de la intervención y desigualdad de trato.

3.1. Función social de la propiedad.

Habiendo sido desarrollado este tópico con extensión en el capítulo anterior, agregaremos que nuestra Carta Fundamental reconoce (y así también lo ha hecho el Tribunal Constitucional³⁴³), respecto del derecho de propiedad, la existencia de funciones o finalidades no individualistas que restringen una consideración puramente absolutista de la propiedad y los derechos del propietario sobre la misma. Estas finalidades se distinguirían en dos categorías distintas en incisos distintos: unas derivan de la función social y dan lugar a limitaciones, mientras que las otras serían por razones de utilidad pública e interés nacional, dando lugar a las privaciones³⁴⁴.

Por su parte, Daniel Peñailillo sostiene que, en virtud del principio de función social de la propiedad, la autoridad puede imponer limitaciones al dominio tan graves que el propietario podría llegar a preferir ser expropiado. Señala como un ejemplo³⁴⁵ el caso de la Ley de Monumentos Nacionales de 1970, que en su artículo 31 inciso tercero introduce una prohibición para iniciar trabajos de construcción o desarrollar actividades que puedan alterar el estado natural de los Santuarios de la Naturaleza³⁴⁶. Esta idea se sustentaría en la posibilidad, al menos teórica, de distinguir entre la expropiación del objeto y del derecho de dominio sobre el mismo. Así, determinadas limitaciones podrían no privar al dueño de su

³⁴² Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 52.

³⁴³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 2299-2012, Considerando 8°, <http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³⁴⁴ Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 129.

³⁴⁵ Daniel Peñailillo Arévalo. “*La Expropiación ante el Derecho Civil*”, Ob. cit., 12.

³⁴⁶ Ley N° 17288 sobre Monumentos Nacionales, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28892> (consultado el 7 de marzo de 2018).

bien, pero para el ejercicio del dominio serían de tal drasticidad que en los hechos solo quedaría a resguardo -aun sin entera libertad- su facultad de disposición³⁴⁷.

Teniendo en consideración lo dicho, cabe señalar que asoma particularmente complejo el llevar a cabo este examen de distinción (o calificación, como ya se ha señalado) respecto de la Declaratoria de Utilidad Pública. Esto debido a que, en tanto parte de la normativa urbanística, específicamente de uso de suelo -esa es su ubicación en el articulado de LGUC-, es una limitación al dominio derivada de la función social que configura un régimen determinado de propiedad (sobre el suelo); pero, al mismo tiempo, su efecto como herramienta de la planificación territorial es dar origen concreto a una de las causales contempladas por la Constitución para realizar la expropiación, cual es, tal como su nombre indica, la utilidad pública.

3.2. Derechos adquiridos.

Las modificaciones a la planificación urbana y territorial, así como las consecuencias que traen para los propietarios y comunidad destinataria de la normativa urbanística en general, son parte de lo que, en el devenir de los distintos ordenamientos y sistemas jurídicos, ha sido conceptualizado partir de los problemas de la aplicación de la ley en el tiempo. En este sentido, Enrique Rajevic estima que los criterios que conforman la teoría clásica de los derechos adquiridos y las meras expectativas son perfectamente aplicables a las normas de rango reglamentario, entre las que se encuentran la Ordenanza General y los planos reguladores, y por tanto las que establecen la declaratoria de utilidad pública³⁴⁸.

Por su parte, Arturo Fernandois considera que, vinculado al derecho de propiedad, existe un límite constitucional inamovible para la ley al regular la actividad económica (ámbito que, como ya hemos señalado, está muy relacionado con la actividad urbanística): el respeto a los derechos adquiridos, lo que queda establecido en el inciso segundo del numeral 24 del artículo 19. Agrega que para doctrina y jurisprudencia se ha planteado el desafío de avanzar hacia un concepto más unívoco y comprensible de "*derechos adquiridos*" que el ofrecido

³⁴⁷ Daniel Peñailillo Arévalo. "*La Expropiación ante el Derecho Civil*", Ob. cit., 53.

³⁴⁸ Enrique Rajevic, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana", Ob. cit., 77.

hasta ahora. Esto, pues advierte que la clásica dicotomía entre *derechos adquiridos* y *meras expectativas* parece insuficiente a la luz de “*una vida económica cada vez más compleja*”³⁴⁹.

En este orden de ideas, surge la interrogante respecto a cuándo se entiende que, en materia urbanística, un derecho ha sido adquirido -y dejado de ser, por tanto, una mera expectativa-, a lo que el profesor Eduardo Cordero responde estimando que la “*patrimonialización*” del uso del suelo ocurrirá, generalmente, al otorgarse el respectivo permiso de urbanización o edificación, pudiendo incluso ocurrir también con la aprobación de un anteproyecto (en aplicación de lo establecido en el artículo 116 de la LGUC). De esta forma, el permiso otorgado, y aún cuando este no se haya materializado, durante la vigencia de un determinado plan regulador, tendrá fuerza ultra-activa en relación a futuras modificaciones o nuevas normas urbanísticas. Así, en caso de incompatibilidades, la única forma de ejecutar el nuevo planeamiento frente a permisos ya otorgados es la expropiación³⁵⁰.

3.3. Contenido esencial del derecho.

En el caso concreto del contenido esencial del dominio, se sostiene en doctrina que la clave está en fijar la frontera entre aquellas intervenciones estatales sobre el derecho (limitaciones u obligaciones) que no son indemnizables y aquellas que sí lo son (privaciones, que exigen para ser impuestas el procedimiento expropiatorio)³⁵¹. De esta forma, y como ya se ha señalado, en la configuración del régimen objetivo de la propiedad del suelo, el legislador “*debe garantizar que el derecho objetivo de propiedad que resulta de dicho régimen jurídico responda como mínimo al contenido esencial que se reconoce a dicho derecho propiedad (sic), sin desfigurarlo o desnaturalizarlo*”³⁵². En esta misma línea se pronuncian, casi en los mismos términos, diversos autores. Así, por ejemplo, Verdugo, Pfeffer y Nogueira apuntan que ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la

³⁴⁹ Arturo Fernandois Vohringer, *Derecho Constitucional Económico*, Ob. cit., 153.

³⁵⁰ Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 132.

³⁵¹ Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 43.

³⁵² Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 128

propiedad privada faculta al titular para demandar una indemnización, salvo que con ella se afecte la esencia del derecho³⁵³.

Rajevic agrega que la esencia del derecho de propiedad opera en dos direcciones (nosotros preferimos usar el vocablo “dimensiones”). Por un lado, su violación desemboca en la inconstitucionalidad de la norma objetada en tanto la propiedad como institución es insuprimible bajo cualquier respecto, salvo reforma a la Constitución, haciendo que funcione como límite absoluto. Por otro, su afectación genera una indemnización en el plano de las ablaciones singulares, ya sea que se trate de individuos o categorías de bienes, haciendo que opere como límite relativo al aplicarse lo establecido en el artículo 19 N°24 inciso tercero³⁵⁴. Finaliza este razonamiento Enrique Rajevic indicando que la ley que establezca limitaciones que no respeten el contenido esencial del dominio debe ser declarada inconstitucional, por negar la indemnización que garantiza para estos casos el constituyente –y desconocer el procedimiento idóneo establecido para tal fin-, al igual que el acto que la aplique; y añadiendo que: *“En este evento el Estado deberá retractarse de su acción, y solo podrá insistir mediante algún tipo de transacción con el particular o un acto expropiatorio en conformidad a las normas constitucionales y legales vigentes (D.L. N°2.186); no cabe que el juez valide la limitación a cambio de una indemnización, pues no es posible sanear una nulidad de derecho público”*³⁵⁵.

Advirtiendo que no existe gran controversia en torno a lo ya dicho, sí pareciera que la hay en relación al alcance o magnitud que se le asigna al contenido esencial (y, por tanto, a la sensibilidad que tendrá el derecho ante una intervención determinada para efectos de determinar cuando este contenido se ve afectado). Así, podríamos decir que se encuentran quienes, por un lado, afirman la existencia de un contenido esencial más extendido, en contraposición a quienes abogan por la existencia de un contenido esencial mínimo. Entre los primeros podemos encontrar a autores como Daniel Peñailillo, lo cual fluye de la clasificación que propone para las expropiaciones en “*integrales y parciales*” (las que privan de alguno de los atributos o facultades que tradicionalmente se han reconocido al dominio a partir de las legislaciones civiles)³⁵⁶. Respecto de esta concepción diremos que encontramos

³⁵³Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, Ob. cit., 311.

³⁵⁴Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 43.

³⁵⁵Ibíd., 44.

³⁵⁶Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 96.

en ella una expresión de la interpretación liberal y subjetivista de la propiedad. Por otra parte, entre los segundos, señala Jessica Fuentes y Eduardo Aldunate que, en el mandato que establece la Constitución para el legislador de configurar el contenido de la institución del derecho de propiedad, su único límite es respetar el contenido esencial de la misma. Este contenido implica la regulación mínima necesaria para poder predicar de dicha institución que establece “*el derecho de propiedad sobre cosas corporales*”. Para esto la misma Constitución contempla parámetros vinculados al concepto tradicional de propiedad³⁵⁷. Sobre este punto, precisa y complementa Eduardo Aldunate que la legislación civil (a la cual remite el concepto tradicional de propiedad), es solo uno más de diversos antecedentes a tener en cuenta como fuente para descifrar el contenido esencial (en la búsqueda de “*materias primas*” que reseñamos en el capítulo anterior a propósito del análisis de distintos artículos de la LGUC)³⁵⁸.

A continuación de lo anterior, y en la búsqueda de criterios para el control de la regulación de la propiedad que sean independientes de los efectos concretos de la misma, Aldunate agrega que el contenido esencial ha de entenderse como un haz de facultades entre las que sean reconocibles las de uso, goce y disposición, sin condicionar la extensión de las mismas³⁵⁹.

Desde España, Barnes sostiene que “*en suma, los elementos formales que integran el contenido esencial del dominio son: a) la facultad de goce, consistente en el aprovechamiento o explotación del bien sobre el que recae la propiedad, sin necesidad de intermediarios; y b) la facultad de disposición, o sea el poder de traslación o transferencia de los bienes. Facultades estas que inicialmente son “incoloras”, no garantizando la Constitución más que su presencia y no una concreta forma de goce y disposición (urbana, por ejemplo), ya que ellos es algo que se difiere y confía al legislador ordinario, que no podrá eliminarlas o convertirlas en ilusorias (...)*”³⁶⁰.

Considerando lo hasta ahora expuesto, concordamos a esta altura del análisis con lo indicado por Eduardo Aldunate al afirmar que “*el examen de constitucionalidad de la*

³⁵⁷ Jessica Fuentes y Eduardo Aldunate, Ob. cit., 219.

³⁵⁸ Eduardo Aldunate, Ob. cit., 290-292.

³⁵⁹ *Ibíd.*, 297.

³⁶⁰ Javier Barnés, “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en “*Propiedad, expropiación y responsabilidad*”, (Madrid: Tecnos, 1995): 49.

*regulación constitucional del dominio tiene siempre un carácter abstracto, sin que valga, en este nivel, la consideración de las variables de hecho que podrían producir un menoscabo patrimonial particularmente gravoso. Si, para una determinada regulación, es posible satisfacer los criterios anteriores con prescindencia de la hipótesis de su aplicación, ello significa que ella es compatible con las exigencias constitucionales para la regulación de la propiedad, siendo las consecuencias perjudiciales de su aplicación a casos concretos el resultado de circunstancias de hecho que, tal y como los resultados económicos perjudiciales de cualquier medida pública, pueden afectar a los particulares. Así, cuando la consecuencia depende de las circunstancias de hecho, pero la regulación en sí misma admite una hipótesis compatible con el régimen dominical, habría que concluir que necesariamente estamos frente a una medida de carácter general no ablativo en sí misma, siendo sus consecuencias negativas parte de las cargas públicas que como regla general trae aparejada toda regulación*³⁶¹.

3.4. Igualdad y reparto equitativo de las cargas públicas.

Aceptado sea lo expuesto al término del apartado anterior, veremos que “*el problema de las consecuencias fácticas*”, o necesidad de indemnización de determinadas regulaciones, se desplaza al campo de “*la dogmática de la igualdad ante las cargas públicas*”. Así, se puede fundar la indemnizabilidad de ciertas regulaciones, “*no sobre la base de considerarlas expropiatorias, sino que por ser lesivas al principio de proporcionalidad*”. En nuestro ordenamiento constitucional tiene vigencia un principio que cumple con esta función. “*El artículo 19 N° 20 autoriza al legislador a imponer cargas patrimoniales, una de cuyas formas son los tributos (...). Justamente, logran diferencia entre carga patrimonial y expropiación consiste en que la primera obliga al afectado a soportar del todo el quantum de afectación que impone la ley. De la misma manera, entonces, pueden considerarse otras cargas patrimoniales como (...) las consecuencias económicas desfavorables de una regulación propietarial. De este modo, en el caso de regulaciones que afectando de manera manifiestamente injusta o desproporcionada la propiedad, no dispongan de la correspondiente indemnización, no estamos ante una inconstitucionalidad de la regulación*

³⁶¹ Eduardo Aldunate, Ob. cit., 297.

*por lesión al derecho de propiedad en virtud del artículo 19 N° 24, sino por lesión al principio de igualdad ante las cargas públicas vía artículo 19 N° 20. Esta solución permite al legislador fijar reglas generales de compensación, las que serán suficientes en cuanto cancelen el carácter manifiesto que tenga lo injusto o desproporcionado del efecto regulatorio*³⁶².

Junto a lo anterior, ya en su artículo 1, la Carta Fundamental garantiza el derecho a la igualdad, valor que además constituye un principio para nuestro ordenamiento constitucional. En ese sentido, toda política pública (entre las que se cuentan las políticas sobre el territorio y el urbanismo) implementada por la autoridad pública debe respetar y promover ese valor y principio. No obstante aquello, en la dictación y aplicación de normas urbanísticas, tendientes a la diversificación del régimen del suelo, se crean distintos estatutos conforme a la función social que le asigna y, por lo tanto, distintas formas también de patrimonializar el uso y la edificabilidad. De esta forma, muchas veces no resultan ser equitativos ni justos los derechos y cargas que atribuye la planificación a los propietarios, al punto que en muchos casos se puede llegar a otorgar un contenido mínimo de edificabilidad (tal como ocurre en con la Declaratoria de Utilidad Pública establecida en el artículo 59 de la LGUC)³⁶³.

Para Lautaro Ríos, bajo el supuesto de eficacia del principio de función social de la propiedad, las limitaciones tendrían su límite en el respeto del principio de igualdad ante la ley y, más precisamente, en el de un equitativo reparto de las cargas públicas consignado en el artículo 19 N°20 de nuestra Carta Fundamental. De esta forma *“cabría exigir la indemnización ante aquellas cargas urbanísticas que se imponen de forma discriminatoria y en contravención a dichos principios”*³⁶⁴.

Continuamos el razonamiento anterior, con una nota del profesor Cordero, quien señala que los instrumentos de planificación urbana *“son fuente de enormes plusvalías, pero no consideran en una dimensión estática una distribución equitativa de las mismas. Para este efecto resulta necesario que existan mecanismos de gestión urbanística que permitan distribuir de forma equitativa los beneficios y cargas que nacen del plan. Sin embargo –y como lo hemos señalado–, en Chile no existe una regulación en tal sentido. Los propietarios ejecutan el plan a su voluntad y conforme a los derechos y cargas que se le imponen de*

³⁶²Ibíd., 298.

³⁶³Eduardo Cordero, “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, Ob. cit., 133

³⁶⁴Enrique Rajevic, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana”, Ob. cit., 87.

forma individual. No existe la obligación ni el deber de realizar actuaciones conjuntas, que permita equidistribuir los beneficios y cargas de la acción urbanística. Por lo tanto, no existe ni se garantiza la igualdad de los propietarios frente a los planes de ordenación, que son expresión de una política urbana³⁶⁵. Sobre lo recién indicado, agregamos nosotros que viene a ser otra expresión de un enfoque que concibe a la propiedad (en este caso la urbana) en términos exclusivamente subjetivos e individuales, en el que la perspectiva del interés general está totalmente ausente.

En derecho comparado también pueden apreciarse ordenamientos que proponen soluciones distintas entre sí sobre este tema. Al respecto, el profesor Raúl Letelier (que refiere este tópico como el problema de la armonía entre carga urbanística y propiedad) nos habla de una gama que varía desde sistemas “*eminentemente públicos*” a sistemas “*protectivistas*”³⁶⁶.

Así, nos señala que en Italia, por ejemplo, teniendo vigencia el principio de no indemnizabilidad de las cargas urbanísticas, el problema se radica en la temporalidad de las cargas singulares. La Administración ejerce sus potestades urbanísticas sin contraprestación, pero estas no pueden imponer un gravamen perpetuo que constituya en forma oculta una verdadera expropiación. En este sentido, hace mención a una sentencia de la Corte Constitucional de ese país³⁶⁷ que declaró la inconstitucionalidad de diversa normativa de la Ley Urbanística 1150/1942³⁶⁸, precisamente por imponer limitaciones singulares por tiempo indefinido que no eran indemnizables. En un sentido similar está configurado el ordenamiento francés en la materia. De esta forma, en el evento de que la planificación imponga cargas y determine la inedificabilidad de un terreno o le fije un límite hasta cierta altura, no existirá derecho a indemnización; esto, en virtud del artículo L160.5 del *Code de l'urbanisme*³⁶⁹. Queda establecida así una clara prioridad del desarrollo comunitario ante las potestades particulares del propietario.

³⁶⁵ Javier Barnés, Ob. cit., 49.

³⁶⁶ Raúl Letelier Wartenberg, Ob. cit., 79.

³⁶⁷ Corte Constitucional Italiana, Sentencia Rol N° 55/1968, *massima* 2857, <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³⁶⁸ Ley Urbanística Italiana N° 1150/1942, <http://www.normattiva.it> (consultado el 7 de marzo de 2018).

³⁶⁹ *Code de l'urbanisme*, Article L160.5 del, <https://www.legifrance.gouv.fr/> (consultado el 6 de marzo de 2018).

Una posición divergente es la que ha adoptado el derecho español. La Ley 6/1998 sobre régimen del suelo y valoraciones dispone en su artículo 2.2 que “*la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecidas en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo los casos expresamente establecidos en las leyes*”³⁷⁰. Estos casos a los que hace referencia la parte final del precepto dicen relación con indemnizaciones que se otorgan por modificaciones al planeamiento que reducen el aprovechamiento adquirido por el terreno; indemnizaciones por alteración de la planificación existiendo licencia anterior que queda revocada; y, la más importante de todas, *indemnización por limitaciones singulares tanto de conservación de edificios como de imposición no equitativa de cargas*. Concluye el profesor Letelier que, en España, la regla general sería la no indemnizabilidad de las cargas urbanísticas, pero que las excepciones establecidas dejan instalada la duda de cuál sería el sistema general, pues la “*equidistribución de las cargas*”, hace que la regla general sea entonces la no indemnizabilidad sólo de las cargas equitativamente distribuidas (resultando, por ende, indemnizables las que no lo son). Este panorama deriva en una exigente labor para la jurisprudencia, pues buscar igualdad en una regulación esencial -y razonablemente- igualitaria no estaría lejos de significar la instauración solapada de una forma de propiedad absoluta³⁷¹.

3.5. ¿Inconstitucionalidad o indemnizabilidad?

En este estadio del análisis desarrollado en estas páginas, nos parece pertinente clarificar un aspecto cuyo halo de duda fluye de los términos en que el mismo se ha llevado a cabo, y nos referimos a la posibilidad de que una determinada regulación dominical sea considerada inconstitucional y, por ende, vea anulados sus efectos. Esto, debido a que si la calificación concluye en que la ley ha impuesto una privación de atributo esencial sin los requisitos de una ley expropiatoria (en especial sin conferir indemnización), o ha afectado al derecho en su esencia, debe determinarse su consecuencia. Aplicar, ya sean los incisos segundo y tercero del artículo 19 N°24, o su numeral 26, nos llevaría a concluir la

³⁷⁰Ley 6/1998 sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8788> (consultado el 6 de marzo de 2018).

³⁷¹Raúl Letelier Wartenberg, Ob. cit., 79.

inconstitucionalidad de la ley que impone la intervención por contravenir la norma citada. Lo cierto es que, como ya se ha señalado, nuestros tribunales no han dado (tampoco) con criterios que permitan responder a esta pregunta. Así, y a pesar de lo advertido en cuanto a la inconstitucionalidad, en la práctica se ha intentado otro remedio: la indemnización, que es demandada en lugar de atacar la norma legal invasora, la que entonces mantendría su vigor, persistiendo la privación del atributo esencial o la afectación de la esencia del derecho. De esta forma, y tal como apunta Peñailillo, queda planteada la pregunta: “¿es la indemnización un remedio ante una ley que contraviene la Constitución?”. Aunque la respuesta inmediata sería la negativa, bien podría postularse que, al tratarse de una garantía para las personas, la indemnización como remedio es aceptable cuando el mismo afectado es quien la ha pedido. Por otro lado, también puede estimarse que con la indemnización el derecho no se ve “*afectado en su esencia*” (pues en el patrimonio del dueño se ha producido una subrogación real, en la que el deterioro es reemplazado por la indemnización)³⁷².

A este respecto, no parece ser útil el primer método (artículo 19 N°24 inciso segundo y tercero CPR), por cuanto el planteamiento es que se trata de una ley que expropia y que no reúne los requisitos que la Constitución establece a toda ley expropiatoria, de modo que corresponde simplemente declararla inconstitucional (a menos que se reúnan todos los requisitos salvo la indemnización, pero en ese caso, siendo conferida, queda la situación ajustada a la norma constitucional). En cuanto al segundo método, el resultado asoma como dudoso. Lo cierto es que, hasta ahora, no se ha procedido con claridad en el empleo de las alternativas recién presentadas. En oportunidades, con ocasión de un recurso de protección, se ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y ha sido concedida³⁷³. En otras, sin impugnarse la vigencia de la ley, se ha demandado puramente indemnización, y ha sido otorgada (aunque mezclando -erróneamente según Peñailillo- los métodos señalados)³⁷⁴.

³⁷²Daniel Peñailillo Arévalo, “*La Expropiación ante el Derecho Civil*”, Ob. cit., 10.

³⁷³En la causa “Sociedad Inmobiliaria Maullín Ltda. Con Fisco” la Corte Suprema declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El fallo no es preciso en la calificación y oscila entre privaciones de atributo esencial y las restricciones que en conjunto afectan el contenido esencial (Considerandos 7°, 8° y 9°). Habiendo voto disidente del Presidente Marcos Libedinsky, la Ministra Morales, y los Ministros Chaigneau y Marín, estos estimaron que las restricciones eran aceptables en virtud de la función social de la propiedad, sin que tampoco se alterara la igual repartición de cargas públicas (Razonamientos 5° y 6°). (Gaceta Jurídica N°289. Santiago, 2004).

³⁷⁴Tal es la situación en el caso conocido como “Comunidad Galletué con Fisco”. (RDJ., t. 81, secc. 5ª, pp. 181 y sgts.)

Efectivamente, no se ha resuelto explícitamente que se trate -formalmente- de una restricción que importe una real privación de atributo esencial. Manteniéndose nuestros tribunales en la sede del inciso segundo (restricciones), se ha optado por estimar que se trata de restricciones graves que atentan en contra del contenido esencial del derecho de dominio y, ante la ausencia de norma que confiera indemnización (pues las restricciones no dan derecho a ella), se ha concedido. Para esto, como ya ha sido consignado en párrafos anteriores, se ha recurrido como fundamento a la igualdad en la repartición de las cargas públicas. Sin embargo, y a un nivel más general, también se ha invocado la responsabilidad del Estado y, dentro de ella, a la llamada responsabilidad por hecho lícito o responsabilidad del Estado-Legislador, recurriendo a lo contenido en preceptos como el artículo 38, inciso segundo de la Constitución y el artículo 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado³⁷⁵.

Desestima el profesor Peñailillo la aplicación de esta línea argumental en dos sentidos: 1) No sería necesaria, bastando la vía de la calificación como privación de atributo esencial, y por tanto tampoco lo sería la confrontación de la intervención con los elementos y exigencias de ese tipo de responsabilidad. Así, prescindiéndose de la ley expropiatoria y de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la situación va a ser remediada con una indemnización de tipo expropiatoria (que sustituye el valor del bien), y no del tipo que tiene lugar en el ámbito de la responsabilidad civil. 2) La responsabilidad civil persigue la reparación de un daño causado con dolo, culpa o aún sin ellos (como en los supuestos de responsabilidad estricta u objetiva), que para el caso sería ocasionado como consecuencia de la actuación del Estado; daño que no es el *fin perseguido* y es más bien no deseado por este. Por lo mismo, no sería el interés público el beneficiario de ese daño. En cambio, en la indemnización expropiatoria la autoridad agrade directamente al derecho de dominio, en ejercicio de sus potestades y con la finalidad -y fundamento- de utilidad pública. De esta forma, concluye a este respecto Daniel Peñailillo que la indemnización tiene lugar según la

³⁷⁵Artículo 38 inciso segundo CPR: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.” Artículo 42 DFL 1 de 17/11/2001 que fija el texto refundido de la Ley 18.575: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.” Más allá de los preceptos citados, este asunto es largamente tratado en derecho administrativo y es objeto de controversia y posiciones encontradas, tal como señala Daniel Peñailillo.

justificación mediata -ya indicada- en los principios de igualdad ante la ley y del igual reparto de las cargas públicas, y en términos inmediatos, con el mismo argumento que explica la indemnización expropiatoria (integral), de protección a la propiedad (en tanto se produciría una privación parcial al dominio, que afecta a los atributos esenciales de este derecho -o el contenido esencial del poder del propietario)³⁷⁶.

Posición conceptualmente distinta a la de Daniel Peñailillo sostiene Eduardo Soto K., quien afirma la importancia de un régimen operativo de responsabilidad del Estado que salvaguarde la integridad patrimonial de las personas ante un cada vez mayor “*intervencionismo*” estatal en la regulación de los distintos derechos (y por cierto de la propiedad). Así, sostiene que la responsabilidad del Estado “*no es una sanción al autor del perjuicio, como suele suceder en la llamada responsabilidad civil, sino una ‘restitución’ a la víctima de aquello de que fue privada (...) en contrariedad a Derecho, no estando obligada jurídicamente a soportar el daño*”³⁷⁷. Agrega también que la responsabilidad del Estado se distingue radicalmente de la responsabilidad que conocemos en materia civil, en tanto aquella tiene su origen en la propia Constitución. Esto es así, según Soto Kloss, a modo de salvaguardar la integridad del ser y del tener de las personas en sus derechos y libertades fundamentales, lo que trae como corolario -además- que esté regida por el derecho público y sus principios basilares. Expone su visión el citado autor en los siguientes términos:

“(...) En nuestro tiempo de globalización no es menos urgente hacer operativo (sic) los regímenes de Responsabilidad del Estado (sic), ante el intervencionismo regulador, que como todo intervencionismo pretende inmiscuirse profundamente en toda actividad económica, comercial, industrial y de servicios, limitando o impidiendo el ejercicio de las libertades a pretexto de intereses públicos- que no pocas veces o son meramente intereses de partidos políticos o de factorías personales o grupos de presión, incluso foráneos.

*(...) No hay que olvidar que pueden ser las personas, los ciudadanos comunes, los que pueden ser dañados y sufrir perjuicios (...) por la actividad estatal (...)”*³⁷⁸.

³⁷⁶Daniel Peñailillo, *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*, Ob. cit., 105.

³⁷⁷Eduardo Soto K., “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 31 N°2 (Santiago, 2004): 301 - 308

³⁷⁸Eduardo Soto K., “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, *Revista*

Esta última idea planteada por Eduardo Soto K. puede resultar particularmente cierta en relación a los efectos de la planificación urbanística y, entre aquellos, de la declaratoria de utilidad pública. Esto no lo afirmamos desde la perspectiva liberal que expone dicho autor, sino para enfatizar, desde una perspectiva económica, la importancia que reviste para nuestro ordenamiento jurídico el contar con las herramientas necesarias que permitan dar eficacia real a las normas de planificación urbana; cuestión muy relevante, dado el impacto que tienen sobre aspectos concretos y cotidianos en la vida de las sociedades de hoy, en tanto son las ciudades o centros urbanos la principal forma de organización y asentamiento de la vida humana.

Así, insistimos en que la Declaratoria de Utilidad Pública es una limitación al dominio que afecta a propietarios de predios urbanos, emanada de la función social de la propiedad consignada en nuestra Carta Fundamental, establecida por los distintos instrumentos de planificación territorial, y que hace operar sus efectos en el ámbito del ejercicio de este derecho, al restringir o limitar el derecho a edificar de su titular. Lo anterior no significa que la declaratoria afecte *per sé* el contenido esencial del derecho de propiedad (y por tanto una privación que da derecho a indemnización), por cuanto creemos que el *iusaedificandi* no es parte inherente de las facultades esenciales del dominio, en tanto es solo una de distintas cualificaciones posibles de estas, entre las que destaca también el derecho a desarrollar una actividad económica. Estas cualificaciones son establecidas y configuradas por el legislador (en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental), y concedidas en concreto por la potestad reglamentaria a través de distintos actos administrativos, como son la concesión de permisos de edificación, patentes comerciales, de alcoholes, etc. De esta forma la integridad del contenido esencial de la propiedad urbana dependerá de un examen que constate la existencia del haz de facultades que permitan identificarla como tal y que la distinga de los otros derechos que integran nuestro subsistema de derechos fundamentales. Luego, la procedencia del derecho a ser indemnizado deberá poner el foco sobre las consecuencias concretas que la declaratoria genera sobre un propietario, en tanto pudiera ser señalada como ablación particular de su derecho. Esto requerirá un examen que vaya más allá del mentado concepto del contenido

esencial, sopesando cuestiones como la equidad en la distribución de cargas públicas, la existencia de derechos adquiridos, la permanencia de la medida a lo largo del tiempo, y, en definitiva, el impacto económico y social de la planificación urbana considerada en su conjunto (plusvalía, mejor equipamiento, calidad de vida etc.); para lo cual es de meridiania importancia la existencia de un régimen de responsabilidad del Estado eficaz y en forma, como expresión de la función social de la propiedad que hace viables la coexistencia del interés particular y general, ya no contrapuestos, sino que ambos tendientes a la realización de los fines de bien común y servicio a la persona humana que guían a nuestro ordenamiento jurídico en general.

Conclusiones.

1. El uso de suelo urbano, que comprende el conjunto de actividades que un instrumento de planificación admite o restringe en un terreno privado, se compone de diferentes normas urbanísticas, entre ellas la declaratoria de utilidad pública.

2. La declaratoria de utilidad pública es una herramienta de la planificación urbana que, para reservar franjas o espacios de terreno destinados a circulaciones, vialidades, plazas o parques, marca el inicio del proceso de cambio de régimen de propiedad al que está sometido un terreno privado, el cual pasará a formar parte de los bienes nacionales de uso público.

3. Este tipo de norma urbanística contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones se materializa a través de los planes reguladores (comunales, intercomunales y seccionales). Por lo tanto, las declaratorias serán dictadas en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución que las municipalidades, y en su caso, que la Seremi del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, reciben por mandato de la LGUC.

4. El cambio del régimen propietario al que está sometido un terreno privado, para pasar a formar parte del régimen de los bienes nacionales de uso público, se traduce en un proceso que consta de varias etapas. En primer lugar, cuando se materializan las declaratorias de utilidad pública a raíz de un nuevo plan regulador, o de la modificación de uno ya existente (fijación normativa). En segundo lugar, el periodo de tiempo que media entre el nacimiento o modificación de la declaratoria, y la expropiación o cesión de terreno. En tercer lugar, el procedimiento administrativo que significa la transferencia del dominio desde el titular hacia el Estado (ejecución del planeamiento), pudiendo este realizarse a través de la cesión de terrenos o la expropiación.

5. El efecto principal de la declaratoria de utilidad pública posterior a su reforma por la Ley N° 20.791, entretanto se produce la expropiación o cesión de terrenos, es de limitar la facultad de uso de la propiedad urbana, vale decir, el derecho a edificar o *ius aedificandi*.

6. La concepción liberal de la propiedad, sobre la premisa del carácter absoluto de este derecho, entiende cualquier restricción a las facultades de uso o goce como una privación parcial del derecho de propiedad, haciendo así aplicables las normas de la expropiación. Vemos una deficiencia en esta forma de interpretación del régimen constitucional de la propiedad, por cuanto solo da cuenta de la faz subjetiva de este derecho y deja de lado aquella dimensión objetiva que lo configura como instituto jurídico.

7. La interpretación constitucional del derecho de propiedad, basada en el principio de función social, permite una comprensión coherente y sistemática de las normas legales que especifican y configuran los distintos estatutos dominicales.

8. La función social de la propiedad, entendida como un límite de habilitación, permite que el legislador complete y regule los distintos estatutos de propiedad, entre ellos la urbana. Esto, siempre que se respeten las garantías de reserva legal y protección del contenido esencial.

9. En el ámbito de la planificación urbana, la garantía de reserva legal queda afirme debido al principio de razonabilidad técnica. Esto significa que no solamente el legislador puede introducir limitaciones, siendo también una competencia otorgada a la potestad reglamentaria de ejecución en tanto se ciña al texto expreso de la ley y no desborde el marco de posibilidades regulatorias establecido por la Constitución, cual es el respeto al contenido esencial de la propiedad.

10. El significado del contenido esencial del derecho de propiedad se equipara a su delimitación constitucional. Esto, debido a que nuestra Carta Fundamental respeta la tradición doctrinaria anterior al momento constituyente, a través de la introducción explícita de los atributos y facultades esenciales del dominio, pero modelados en virtud del principio de la función social.

11. A partir de una interpretación dogmática constitucional de la propiedad, sostenemos que el régimen de propiedad urbana se ve especificado en su contenido a través de la LGUC, OGUC y los distintos instrumentos de planificación urbana. En este sentido, la declaratoria de utilidad pública es una manifestación de la función social de la propiedad, que limita el derecho del propietario, dejando a resguardo para este un haz de facultades dentro del cual

es reconocible la conjugación de aquellas que, según el antecedente de nuestra legislación civil y la constitución, son esenciales.

12. La declaratoria de utilidad pública deja subsistente la facultad de uso, o el derecho a edificar, mínimamente, al permitir en ciertos supuestos la construcción de una vivienda de hasta dos pisos de altura. Así, esta intervención estatal sobre el dominio no reviste el carácter de privación del mismo, ni total ni parcial.

13. La privación del dominio puede ser entendida como el despojo de un bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio de un particular, lo que tendrá como consecuencia el desplazamiento de estos o aquel al patrimonio público, y como contrapartida el derecho a una compensación efectiva del daño producido, llamada indemnización, que en nuestro derecho además debe ser previa a la toma de posesión del bien.

14. En un contexto de normalidad constitucional, la privación se materializa en la expropiación, para lo cual la Carta Fundamental ha establecido de manera literal los requisitos y causales por las que procede. Serán requisitos la existencia de una ley general o especial que autorice la expropiación, que la misma califique las causales, que serán el interés nacional o la utilidad pública (ambas manifestaciones de la función social de la propiedad), además del pago previo y al contado de una indemnización al expropiado por el daño efectivamente causado y que sea consecuencia directa de la expropiación.

15. La expropiación consta de tres fases, una legislativa, una administrativa y otra judicial - que será eventual-. En este transcurso, la expropiación se materializará a través de un acto administrativo realizado por alguno de los órganos del Estado facultados para tales efectos por la ley.

16. La LGUC, además de regular la propiedad urbana, es una ley “de expropiabilidad”, en tanto sirve de antecedente que fundamenta el acto administrativo expropiatorio.

17. La declaratoria de utilidad pública, en tanto herramienta de la planificación urbana, no solo hace operar sus efectos limitando el contenido de la propiedad urbana, sino que

también estableciendo, para un predio determinado, la circunstancia que hace concurrir la causal de expropiación que su mismo nombre indica.

18. A propósito de la existencia de regulaciones que, en los hechos, puedan importar la privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (lo que parte de la doctrina ha denominado privaciones “de facto” o “encubiertas”) es que pueden existir propietarios afectados que prefieran ser expropiados y así recibir la indemnización correspondiente antes que soportar una carga urbanística entendida como regulación o solo limitación. De ahí que sea un tema de particular interés para doctrina, jurisprudencia y sociedades en general el distinguir con claridad cuándo una intervención es una limitación al dominio o privación, y cuáles son los criterios o elementos que dan forma a esta distinción.

19. Al respecto, hasta ahora se ha sostenido en doctrina tradicional que la distinción entre limitación y privación pasa por dos elementos: procedencia de la indemnización (art. 19 n°24 inc. 3°) y afectación del contenido esencial del derecho (art. 19 n°26). Así, en principio, las privaciones dan derecho al afectado a demandar indemnización; y se estará en presencia de una privación cuando la intervención afecte el contenido esencial del derecho, “privándose al propietario del bien sobre el que recae el dominio, de alguna (cualquiera) de sus facultades o atributos”. Lo anterior, en el contexto de preeminencia de una interpretación liberal del concepto de propiedad (que pone el énfasis sobre la faz subjetiva del derecho, y por tanto en la perspectiva del dueño y la situación fáctica particular que vive) genera la tendencia a concebir cualquier intervención como una privación.

20. Lo anterior nos lleva a concluir que la pregunta por la indemnizabilidad de las cargas urbanísticas excede al criterio de afectación del contenido esencial. En orden a dar con las respuestas, será útil en primer lugar distinguir el plano objetivo del subjetivo del derecho de propiedad. Así, el examen de legitimidad de una limitación al dominio, en tanto tal, ocurrirá en relación a su dimensión abstracta -o general- al configurar un estatuto dominical respetando las garantías de reserva legal y protección al contenido esencial. Así, en relación a los efectos que tenga una limitación en la dimensión subjetiva y particular, serán útiles otras consideraciones, como la existencia de derechos adquiridos, la igualdad ante la ley, el reparto equitativo de las cargas, su tiempo de duración, entre otras.

21. A un nivel mayor de abstracción, se puede destacar la importancia que tiene en especial el régimen de la propiedad del suelo (la tierra) para nuestro orden constitucional, en tanto en

su configuración confluyen los dos pilares y principios basales que materializan –la que es para muchos- la promesa de bien común que lo orienta, a saber, el derecho de propiedad y la libertad económica.

Bibliografía.

Libros:

- Anguita, Ricardo. *Leyes promulgadas en Chile: Desde 1810 hasta el 1o. de junio de 1912-[1913]*. (Santiago de Chile: Imprenta Barcelona, 1912).
- Aylwin A., Patricio. *Derecho Administrativo*. (Santiago: Editorial Universitaria, 1963).
- Barnés, Javier. “El derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad*, (Madrid: Tecnos, 1995).
- Cea Egaña, José Luis. *Derecho Constitucional Chileno tomo II* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004).
- Evans de la Cuadra, Enrique. 1967. *Estatuto Constitucional Del Derecho De Propiedad En Chile: La Ley 16.615 de 20 De Enero De 1967, Modificatoria De La Constitución Política Del Estado: Su Historia Fidedigna, Contenido Y Análisis De La Reforma* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- _____.1986. *Los Derechos Constitucionales tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- Fermandois Vohringer, Arturo. *Derecho Constitucional Económico* (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001).
- García O., Carlos. *Derecho Administrativo. 6ta edición*. (Madrid, 1957).
- Holmes Salvo, Felipe. *Propiedad Urbana Régimen Jurídico*. (Santiago de Chile: Legal Publishing 2010 1° edición).
- Peces-Barba, Gregorio; de Asís, Rafael; y Llamas, Ángel. *Curso De Derechos Fundamentales: Teoría General*. (Madrid: Universidad Carlos III: Boletín Oficial Del Estado, 1999).
- Peñailillo A., Daniel. 1981. *La Expropiación ante el Derecho Civil*. (Santiago: Editorial

Jurídica de Chile).

_____. 2007. *Los Bienes, la Propiedad y otros derechos reales*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica).

- Ríos Álvarez, Lautaro. *El Urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico* (Valparaíso: Instituto Nacional de Administración Pública, 1985).

- Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto. *Derecho Constitucional Tomo I*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005).

Revistas:

- Aldunate Lizana, Eduardo. "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 2 (2006).

- Bordalí Salamanca, Andrés. "La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio". *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.9 (1989) [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000100013&lng=es&nrm=iso].

- Carmona Santander, Carlos. 2000. "Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento", *Revista de Derecho Público Vol. 63 Tomo 2*.

_____. 2001. "Tres problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control", *Revista de Derecho CDE Año 1 N°3*.

- Conejero Roos, Cristian. "El libre acceso a las playas de mar y el estatuto constitucional de la propiedad". *Revista de Derecho Administrativo Económico Vol. III. N°1* (2001).

- Cordero Q., Eduardo. 2005. "El actual status quaestionis del Derecho Urbanístico en Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico N°14*.

_____. 2006. "La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno". *Revista de Derecho Universidad Austral Vol. XIX N°1*.

_____. 2008a “De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI*.

_____. 2008b “El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”, *Revista Nomos Universidad de Viña del Mar N°2*.

_____. 2015a. “Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIV*.

_____. 2015b. “Naturaleza, contenido y principios del derecho urbanístico chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Año 22 N° 2*.

_____. 2017. “La formación del derecho urbanístico chileno a partir del siglo XIX: de la legislación urbanística al derecho urbanístico integrado”, *Revista de Derecho (Valdivia) Vol. XXX N° 1*.

- Fernández Richard, José. 2005 “Plan Regulador – ley 19.934 y limitación al dominio. Modificaciones legales”, *Revista de Derecho Público Vol. N°67*.

_____. 2009. “Modificación de los Instrumentos de Planificación Territorial: Procedimientos y Trámites”, *Revista de Derecho CDE N° 21*.

_____. 2012a. “Historia del derecho urbanístico Chileno”, *Revista de Derecho Público Vol. 77*.

_____. 2012b. “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística chilena”, *Revista de Derecho CDE N° 28*.

- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. “El Derecho de Propiedad en el Ordenamiento Constitucional Chileno: Revisión, Evolución y Estado Actual”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción N° 235-236 año LXXXII (2014)*.

- Fuentes Olmos, Jessica y Aldunate Lizana, Eduardo. “El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto”,

Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVII (1997).

- Letelier, Raúl. "Propiedad y potestades urbanísticas", *Revista de Derecho CDE N°1* (2001).

- López López, Juan José. "Derecho Constitucional chileno y función social de la propiedad", *Revista Derecho y Humanidades N°24* (2014).

- Nogueira Alcalá, Humberto. "Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Revista Ius et Praxis, 11 (2)* (2005).

- Parejo Alfonso, Luciano. "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", *Revista Española de Derecho Administrativo N°17* (1978).

- Prado Donoso, Maximiliano. "Limitación de los Derechos Humanos. Algunas Consideraciones Teóricas", *Revista Chilena de Derecho, Vol. 34 N° 1* (2007).

- Pretch Pizarro, Jorge. "Las Limitaciones a los Derechos Fundamentales En Chile y una Cláusula General Regulatoria de tales Limitaciones", *Revista Chilena de Derecho, Vol. 28 N°2* (2001).

- Pucheu, Mario. "El derecho a edificar en la legislación urbanística", *Revista de Derecho Universidad de Concepción N°206* (1999).- Rajevic M., Enrique. "Derecho y legislación urbanística en Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico Vol. II N°2* (2000).

- Rajevic M., Enrique. 1996. "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana", *Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N° 1*.

_____. 1998. "La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana", *Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 1*.

- Reyes Riveros, Jorge. "El Estado como Regulador, mediante ley, del Ejercicio de los Derechos Fundamentales y de Contralor de dicha Normativa", *Revista Chilena de Derecho, vol. N°20, N° 1* (1993).

- Rodríguez-Arana, Jaime "Afectación, desafectación y mutaciones demaniales", *Revista de*

Derecho Administrativo Económico N° 17 (2006).

- Ruiz-Tagle, Pablo. “Dogmática sobre la propiedad constitucional y civil en Chile”, *Revista Derecho y Humanidades N°24 (2014).*

- Soto D., Pablo. “El poder de la administración del Estado para planificar las ciudades: Reposición de las declaratorias de utilidad pública en la Ley General de Urbanismo y Construcciones.”, *Anuario de Derecho Público UDP (2015).*

- Soto Kloss, Eduardo. “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, *Revista Chilena de Derecho vol. 31 N°2 (Santiago, 2004).*

- Tortora Aravena, Hugo. “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Revista Estudios constitucionales [online] Vol. 8, n.2 (2010).*

Índice de normas consultadas y otros recursos.

- Declaración Universal de Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, [http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

[32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

- Constitución Política de la República de Chile de 1833, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&tipoVersion=0>

- Constitución Política de la República de Chile de 1925, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&tipoVersion=0>

- Constitución Política de la República de Chile de 1980, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

- Lei sobre apertura i prolongación de calles i paseos públicos en la ciudad de Santiago, del 25 de junio de 1874.

- *Lei sobre la transformación de la ciudad de Curicó*, de 23 de junio de 1875.

- La Lei N° 4.804 sobre la transformación de la ciudad de Valparaíso de 6 de diciembre de 1876.

- Ley N° 2.004 que Declara de utilidad pública los terrenos necesarios para la apertura,

ensanches i rectificación de las calles de Limache de 10 de diciembre de 1907.

- Ley N° 2.203 de 16 de septiembre de 1909, que fija las disposiciones a que deberá sujetarse la construcción de edificios, apertura, ensanche, unión, prolongación o rectificación de las calles de la ciudad de Santiago.

- Ley N° 4.563, Biblioteca del Congreso Nacional,
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149306>.

- Ley N° 16.615 de 1967 modifica la Constitución Política del Estado, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=130884>

- Ley N° 17.450 de 1971 reforma la Constitución Política del Estado, Biblioteca del Congreso Nacional, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29026>

- Texto Original del DFL N° 458 (LGUC), Biblioteca del Congreso Nacional,
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=13560&tipoVersion=0>.

- Ley N° 19.939, Biblioteca del Congreso Nacional,
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=221143>.

- Ley N° 20.331, Biblioteca del Congreso Nacional,
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=287129>.

- Ley N° 20.791, Biblioteca del Congreso Nacional,
<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1068832>

- Mensaje del Presidente de la República, “Historia de la Ley N° 20.791”, Biblioteca del Congreso Nacional,
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4370/HLD_4370_b7c7d6fcbf62c703f7667e_d5e33df751.pdf