



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

LEYES *EX NOVO* Y LA FUNCIÓN SOCIAL Y ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
JAVIER IGNACIO BAEZ ARANCIBIA

PROFESOR GUÍA:
AUGUSTO MANUEL QUINTANA BENAVIDES

SANTIAGO DE CHILE
2023

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, especialmente a mis padres y hermanos por el apoyo recibido en esta etapa.

RESUMEN

El derecho de propiedad es uno de los más importante que nuestra constitución consagra y lo protege mediante diferentes mecanismos institucionales. Vivir en sociedad implica que en ciertas situaciones los derechos individuales se vean enfrentado con los intereses de la comunidad.

Este trabajo busca analizar el comportamiento que ha tenido el legislador y la Administración del Estado respecto a las limitaciones al derecho de propiedad, que se imponen de acuerdo a la función social y ecológica que genera el derecho de propiedad, en particular en aquellas que son realizadas de manera *ex novo*, es decir que se imponen con posterioridad a la adquisición de la propiedad de un bien.

En primer lugar, esto se realiza con una recopilación y análisis de leyes y actos administrativos de los últimos años que implican directa o indirectamente una limitación al derecho de propiedad.

En segundo lugar, se revisa si las limitaciones encontradas son realizadas en razón de la reserva legal absoluta o relativa, concluyendo que en nuestro ordenamiento jurídico tiene mayor aceptación la reserva legal relativa. Y, por ende, la procedencia de imponer limitaciones al derecho de propiedad por actos administrativos. También, se da una mirada hacia el rol de la jurisprudencia y se propone una opción sobre cómo se podría abordar esta temática en el futuro.

En tercer lugar, se hace una revisión respecto a la discusión doctrinaria y jurisprudencial que ha existido respecto a la procedencia de indemnizar o compensar el menoscabo económico al afectado por la limitación al derecho de propiedad.

INDICE

AGRADECIMIENTOS	2
RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: Leyes y actos administrativos que establecen limitaciones al derecho de propiedad	8
LEYES	9
NORMAS INFRALEGALES	20
1. MONUMENTOS NACIONALES	21
2. ACCESO A LAS PLAYAS	26
3. DECRETOS Y ORDENANZAS MUNICIPALES	29
4. RESOLUCIONES EN MATERIA SANITARIA	31
5. OTRAS RESOLUCIONES:	34
CAPÍTULO II: Reserva legal	35
RESERVA LEGAL ABSOLUTA	36
RESERVA LEGAL RELATIVA	36
JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	38
JURISPRUDENCIA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	39
ANÁLISIS DE LEYES	40
ANÁLISIS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	43
PROPUESTA PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN	47
CAPÍTULO 3: Obligación de reparar actos lícitos	50
Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos lícitos de la Administración del Estado	51
Responsabilidad objetiva	52
Responsabilidad subjetiva	55
Nuestros tribunales:	56
POSTURA FRENTE A MENOSCABOS PATRIMONIALES POR ACTOS LÍCITOS DE LA ADMINISTRACIÓN	62
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR	64
RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA	65
Garantía reparatoria frente a leyes declaradas inconstitucionales	70

Nueva Constitución y responsabilidad patrimonial del Estado Administrador y Legislador.	72
CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	78
LIBROS Y REVISTAS.....	78
NORMAS CONSULTADAS Y OTROS RECURSOS	85
JURISPRUDENCIA	87

INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad es quizás el derecho que más se quiso fortalecer y que cuenta con el mayor desarrollo en la Constitución Política de la República. Así lo demuestran las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, donde lo que se buscó garantizar y proteger este derecho mediante varios mecanismos.

Pese a esto, este derecho no es de carácter ilimitado, sino que reconoce privaciones y limitaciones. Las privaciones se fundan en el interés general de la nación, cuyo institución consagrada es la expropiación. Por otro lado, las limitaciones se fundan en la función social y ecológica de la propiedad, cuyas causales de procedencia son: (a) interés general de la nación; (b) seguridad nacional; (c) utilidad y salubridad pública; (d) conservación del patrimonio ambiental.

Cuando se priva el derecho de propiedad por medio de la expropiación, el legislador fue bien claro en su regulación y quien es el órgano encargado de su declaración. Pero, respecto a las limitaciones al derecho de propiedad existe discusión si la Administración puede en su actividad realizar actos que impliquen limitaciones al derecho de propiedad. Existe doctrina que, siguiendo la tesis de la reserva legal absoluta, ha indicado que es materia privativa del legislador, y otro tesis, de la reserva legal relativa, que postula que es compatible que la Administración pueda declarar limitaciones al derecho de propiedad.

Otro punto problemático en esta materia, respecto a las limitaciones u obligaciones que se derivan de la función social y ecológica de la propiedad, es la procedencia de indemnización o compensación. Mientras las privaciones al derecho de propiedad son indemnizadas, las limitaciones, en principio, no lo son.

Por lo anterior, intentaremos revisar procedencia de la indemnización por actos lícitos del Estado, en relación a la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, determinando si es objetiva o no y la evolución jurisprudencial que ha tenido.

CAPÍTULO I: Leyes y actos administrativos que establecen limitaciones al derecho de propiedad

Las limitaciones al derecho de propiedad son un herramienta que el constituyente otorgó al legislador para compatibilizar las legítimas expectativas de sus titulares con las expectativas de la sociedad que tiene sobre un bien. Los mecanismos que contempló para este fin son las privaciones y limitaciones al derecho de propiedad.

Las privaciones al derecho de propiedad o expropiación, procede cuando se funda en una utilidad pública o interés nacional, teniendo siempre, el afectado, el derecho a ser indemnizado y reclamar judicialmente el acto expropiatorio. Por otro lado, tenemos las limitaciones al derecho de propiedad, que son procedentes cuando se ve involucrado los interés generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. No se contempla indemnización ni procedimiento para reclamar el acto limitativo.

A lo largo de este capítulo revisaremos diferentes leyes y normas reglamentarias que presentan limitaciones al derecho de propiedad. En particular, aquellas limitaciones que tienen, o pensamos que pueden tener, su fundamento en la función social de la propiedad.

Al igual que el constituyente, el Legislador no ha definido qué es la función social y en pocas oportunidades ha expresado de manera directa que una limitación al derecho de propiedad encuentra su fundamento en la función social. Es la jurisprudencia quien ha señalado que implica tener un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. El dominio además de conferir derechos impone deberes y responsabilidades a su titular. Estos deberes y responsabilidades

que buscan armonizar los intereses del dueño con los de la sociedad, constituyen la función social de la propiedad.¹

El análisis de estas respectivas normas considera repasar los objetivos del legislador, determinar si estamos frente a una limitación o privación del derecho de propiedad de manera *ex novo*, si encuentra fundamento en alguna de las causales que el legislador contempla para la función social y determinar si es una limitación intrínseca o extrínseca del derecho.

Cuando nos referimos a la limitación intrínseca o extrínseca del derecho de propiedad. Una limitación intrínseca corresponde a aquella en la cual el objeto o bien jurídico presenta una utilidad tanto para su dueño, como para la sociedad, como un todo². Se ha señalado que las limitaciones derivadas de la función social son intrínsecas³.

Por otro lado, cuando nos referimos a una limitación extrínseca del derecho de propiedad, nos referimos a una limitación al ejercicio del derecho. Esta distinción será relevante, como uno de los factores, para determinar si es factible o no una indemnización. Se ha señalado que las limitaciones derivadas de la expropiación serían extrínsecas⁴.

LEYES

En esta sección revisaremos la manera en que el legislador ha incurrido en limitaciones al derecho de propiedad. Desde ya debemos adelantar que en su mayoría son de manera indirecta, es decir no haciendo alusión expresa a que existe limitación ni que se justificaría en la función social de la propiedad.

¹ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 245-96-CDS, considerando 27, de fecha 02 de diciembre de 1996

² Quintana (2015)

³ Peralta y Yáñez, (2019) P. 37

⁴ *Ibíd*

El análisis de las leyes se centrará en indicar el objetivo de la ley, el límite al derecho de propiedad, la causal expresa o indirectamente utilizada, y finalmente, si el Tribunal Constitucional realizó algún reparo.

1. Ley N° 20.681, que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales

Esta ley introdujo una modificación a la ley N°20.640, incorporando un nuevo artículo que obliga a los canales de televisión a emitir, en forma gratuita, durante quince minutos diarios la franja electoral de los partidos políticos o pactos que participen en las elecciones.

Este precepto es una clara limitación *ex novo* y extrínseca al derecho de propiedad de los titulares de los derechos de concesión, pues se ven compelidos a emitir cierto contenido, no siendo posible negarse ni cobrar. De acuerdo al tenor de la normativa, se podría encausar la limitación en el interés general de la nación, dado que tiene como objetivo incentivar la participación de los ciudadanos en las elecciones .

Esta norma fue objeto de control preventivo por el TC, en que señaló que no se afectaba el derecho de propiedad, ni aun en el caso que se sacrifica un espacio (televisivo) vendible y una eventual pérdida de audiencia, ya que se trata de una franja destinada a lograr un voto informado en una elección popular, en que se zanjarán democráticamente liderazgos para una elección presidencial⁵. Esto viene a ratificar el criterio del TC, *que* cuando hay una función pública envuelta en la actividad afecta a la limitación, hay una justificación de función social que la funda (STC 506/07), sobre

⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°2487-13-CPR, considerando 53, de fecha 24 de junio de 2013.

todo si hay un beneficio para la comunidad⁶, que se concreta al permitir que las personas puedan participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Lo anterior viene a confirmar el pronunciamiento del TC en 1988, que, conociendo de un caso similar de franja electoral, indicó, que puede la ley imponer obligaciones y limitaciones medidas y razonables como son las que las normas del proyecto contemplan. Lo anterior se justifica plenamente tanto como una justa contrapartida al derecho selectivo que se otorga⁷, en alusión al privilegio que tienen los canales de televisión de utilizar el espectro radioeléctrico asignado, otorgado mediante concesión.

Este fallo contó con voto disidente de los ministros Aróstica y Brahm en lo que respecta a la vulneración al derecho de propiedad, quienes arguyeron que la pérdida de tiempo de emisión, como la eventual pérdida de sintonía, y, en consecuencia, ingresos, afectaría su derecho de propiedad.

Finalmente, el TC declaró que todos los preceptos del proyecto de ley son constitucionales.

2. Ley N° 20.791, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores

El objetivo de esta ley era introducir modificaciones a la Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante también “LGUC”), en particular, respecto a las declaraciones de utilidad pública y sus plazos de caducidad. Específicamente trata de eliminar la modificación introducida por la ley N°19.939, que, cumplido el plazo de las declaratorias, 5 o 10 años según el tipo de proyecto, se liberaba de la declaratoria y todos sus efectos.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N° 56-1988-CPR, considerando 12, de fecha 09 de agosto de 1998.

Aunque la ley en cuestión da cumplimiento a la reserva legal en materia de propiedad, la norma que para efectos de nuestro trabajo reviste de mayor importancia, es la norma transitoria, que dispone:

Artículo transitorio. - **Declárense 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 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. (Lo destacado con negrita es nuestro).

Esta norma en cuestión genera un importante conflicto, pues busca mediante una ficción retrotraer los efectos de una norma que había dejado de tener aplicación por otra norma legal. De esta forma, como veremos más adelante, se han suscitado problemas que han sido de conocimiento por el TC⁸ en los cuales ha declarado la inaplicabilidad del precepto por ser inconstitucional.

Esta norma deriva de la función social, en la causa de utilidad pública, siendo una limitación *ex novo* y de carácter intrínseco. Cabe advertir, que, en examen preventivo, el Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento sobre aquellos preceptos que son propios de ley orgánica constitucional, indicando que se ajustaban a la Constitución.

⁸ A modo de ejemplo se pueden revisar la sentencias del Tribunal Constitucional, Roles N° 5172-2018-INA y 9031-2020-INA.

3. Ley N° 20.936, que establece nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional

Con esta ley el legislador buscó dotar de mayor robustez y seguridad al sistema eléctrico nacional, otorgándole facultades e independencia al coordinador del sistema. Para lograr ese objetivo, introdujo una serie de modificaciones al decreto con fuerza de ley N°4/20.018, de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos.

Dentro de las principales modificaciones se encuentra la incorporación de la definición del principio de acceso abierto, como sus garantías para el cumplimiento. Esto se traduce en que cualquier generador de energía podrá utilizar las líneas de transmisión eléctrica de un sistema dedicado, cuando hubiere capacidad y cumpliera ciertos requisitos técnicos. La norma expresamente señala:

Artículo 80°. - Acceso Abierto en los Sistemas de Transmisión Dedicados. Los propietarios, arrendatarios, usufructuarios o quienes exploten a cualquier título las **instalaciones de los sistemas dedicados no podrán negar el servicio a ningún interesado cuando exista capacidad técnica disponible de transmisión**, sin perjuicio de la capacidad contratada o de los proyectos propios que se hayan contemplado fehacientemente al momento de la solicitud de uso de capacidad técnica, conforme a las normas del presente artículo. Asimismo, en las mismas condiciones, no podrán negar el acceso a empresas concesionarias de servicio público de distribución para el suministro de usuarios sometidos a regulación de precios, en consistencia con los precios regulados (Lo destacado con negrita es nuestro).

Este artículo presenta una clara limitación *ex novo* al derecho de propiedad de los propietarios de las líneas de transmisión eléctricas dedicadas, puesto que impone a los propietarios la obligación de compartir la línea de transmisión con otros particulares, siempre que sea técnicamente posible. No podrán negarse a esta petición

por otros motivos que no sea la capacidad técnica. Respecto a los costos, pagos y compensaciones asociadas, la ley la entrega a que sean aprobadas por el organismo coordinador.

La justificación a esta limitación se encuentra en la función social de la propiedad, pues cumple un servicio público. Que actuaría en favor de los intereses generales de la nación. Esta sería una limitación de carácter intrínseca.

El Tribunal Constitucional no emitió pronunciamiento respecto a este proyecto de Ley.

4. Ley N° 20.967, que regula el cobro de servicios de estacionamiento

El objetivo de esta ley era regular el cobro que se realiza en los estacionamientos ofrecidos por proveedores a consumidores. La justificación era que al no existir regulación se prestaba para cobros excesivos y sanciones por su uso.

Si bien en un comienzo el proyecto de ley contemplaba la gratuidad del servicio de estacionamiento en centros comerciales y de salud, luego de una álgida discusión legislativa, se terminó manteniendo solo la gratuidad para efectos de servicios de salud de urgencia, estableciendo:

Artículo 15 B.- Los prestadores institucionales de salud, sean éstos de carácter público o privado, no podrán realizar cobro alguno por los servicios de estacionamiento cuando éstos sean utilizados con ocasión de servicios de urgencia o emergencia, y durante el tiempo que duren éstas, o por pacientes que presenten dificultad física permanente o transitoria para su desplazamiento, circunstancia que deberá ser acreditada por el profesional a cargo del tratamiento o atención de salud.

Esta regulación del cobro por uso de estacionamiento es una clara limitación *ex novo* al derecho de propiedad de los propietarios de estos, pues impone una limitación sobre

un atributo esencial del derecho de propiedad, como lo es la facultad de goce, que se ve limitada al no poder cobrar por el uso de dichos servicios.

Cuesta encontrar a priori que esta norma se encuentre en una de las causas taxativas de la función social. Sin embargo, si miramos las circunstancias en las cuales se hará efectiva la limitación, las urgencias médicas, o bien dificultades de desplazamientos de usuarios en estas instituciones de salud, sí resulta justificable señalar que la limitación se encontraría en la utilidad y salubridad pública que presentan estos espacios para la sociedad, conciliándose el derecho de propiedad de la institución de salud y la función social de la propiedad, ya que otorga facilidades a las personas en una situación de emergencia médica. Por la naturaleza del precepto, estamos frente a una limitación intrínseca.

Esta ley no ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.

5. Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio

Esta ley creó el Ministerio de las culturas, las artes y el patrimonio, como política para reformar la institucionalidad y desarrollar programas culturales en el país. Una de las principales novedades que contiene es el traspaso de facultades desde el Ministerio de Educación, dentro de las que se encuentra la potestad de realizar las declaraciones de monumentos nacionales.

Si bien esta materia no presenta una innovación, sí queremos resaltar que el traspaso de facultades, y en concordancia con la Ley N° 17.288, sobre monumentos nacionales, aprobada en 1970, presenta la potestad de limitar de forma *ex novo* al derecho de propiedad de los propietarios de los inmuebles sujetos a declaración, pues confronta el legítimo derecho de propiedad del titular con el interés que tiene la sociedad sobre determinado inmueble por su valor patrimonial de naturaleza cultural, además de las limitaciones y cargas a las que se ve sujeto el propietario del inmueble afecto a la declaración.

De esta forma, se puede incluir esta limitación relativa dentro de las limitaciones que derivan de la función social, en la causal interés generales de la nación, por el beneficio que presentaría la preservación del bien afectado para la sociedad en su conjunto. Cabe señalar estamos frente a una limitación intrínseca al derecho de propiedad

El Tribunal Constitucional en examen preventivo declaró que no existe ningún vicio de constitucionalidad⁹.

6. Ley N° 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige a las aguas

Esta ley cuyo principal objetivo era modernizar la legislación en materia de fiscalización y sanciones en Código de Aguas introdujo una serie de modificaciones en materia de fiscalización y sanciones. Para objeto de nuestro trabajo, nos detendremos en la modificación al artículo 62 del Código de Aguas, que implica una limitación a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas. En concreto señala:

“Artículo 62. Si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios afectare la sustentabilidad del acuífero u ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, **la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, mediante resolución fundada.**” (lo destacado con negrita es nuestro).

Este precepto autoriza a la Dirección General de Aguas a establecer una reducción temporal en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de agua, tanto si genera perjuicio a otros titulares, como si afectará la sustentabilidad de acuífero.

⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°3.785-17-INA, de fecha 07 de octubre de 2017.

Esta norma presenta una clara limitación *ex novo* e intrínseca al derecho de propiedad de los titulares de derechos de aguas, que se realiza en orden a la función social y ecológica que cumple, en atención a que busca preservar la sustentabilidad del recurso hídrico, siendo la causal que más adecuada, la conservación del patrimonio ambiental.

El Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento declarando inconstitucionales ciertos preceptos del proyecto de ley¹⁰, pero no vinculados al artículo 62 del Código de Aguas que fue objeto de nuestro análisis.

7. Ley N°21.249, que dispone, de manera excepcional, las medidas que indica en favor de los usuarios finales de servicios sanitarios, electricidad y gas de red

A raíz de la pandemia que afectó al mundo entre los años 2020 al 2023, el legislador tomó diferentes medidas para dar respuesta a las necesidades de la población. En este contexto, una de las medidas adoptadas fue postergar el pago de los usuarios finales de los servicios básicos.

Las empresas de servicios básicos se vieron inhibidas de percibir el monto por el servicio prestado, el cual por contrato tienen el derecho a recibir. Esta medida, desde la mirada constitucional, provocó una limitación al derecho de propiedad de los concesionarios, y se explica porque en nuestro sistema existe la propiedad respecto a los bienes incorporeales, que en este caso serían los derechos personales derivados de los contratos de concesión de servicios básicos, que contempla tanto derechos como obligaciones para sus titulares.

Ahora bien, esta limitación *ex novo* e intrínseca al derecho de propiedad queda configurada en la función social de la propiedad. La causal que más se ajusta a la medida adoptada por el legislador es la utilidad y salubridad pública, ya que es una

¹⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°3958-17-CPR, de fecha 26 de diciembre de 2017.

medida tomada en un contexto sanitario en particular, en la cual el acceso a estos servicios básicos era del todo necesario para la sobrevivencia y salud de la población.

Aunque se discutió y hubo ciertas reservas de constitucionalidad en la discusión parlamentaria, se decidió no llevar al TC. Pero, con posterioridad, se ha solicitado en 2 ocasiones su inaplicabilidad al TC, siendo rechazada en ambas ocasiones¹¹.

8. Ley N°21.348 Faculta a presidente a asegurar el uso prioritario de agua para consumo humano, durante la vigencia de un estado de excepción constitucional

Esta ley que autoriza al presidente a racionalizar el uso de agua se promulgó después de años de discusión parlamentaria. Se trata de una ley que cuenta de un artículo único que dispone:

Artículo único. - El Presidente de la República, durante la vigencia de un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, podrá utilizar las facultades que éste le otorga **con el objetivo de asegurar el uso prioritario de agua para consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia en cantidad y calidad adecuadas al contexto de calamidad pública que hubiese motivado la declaratoria** (lo destacado con negrita es nuestro).

Esta ley claramente presenta una limitación *ex novo* al derecho de propiedad de los titulares de derechos de aguas. Asimismo, dicha limitación tiene su fundamento en la función social de la propiedad, pero no resulta del todo claro cuál de las causales se le puede asignar, dado que dependerá del motivo que dé origen al estado de excepción constitucional respectivo. La limitación es de carácter intrínseca y general.

¹¹ Tribunal Constitucional. Sentencias Roles N°11.741-21-INA y 12.211-21-INA

La particularidad de esta ley que generó discusión en el Congreso, es respecto a su pertinencia. Algunos parlamentarios, entre ellas la senadora Luz Ebersperger, indicó que no era necesario consagrar una disposición limitativa al derecho de propiedad en un estado de excepción constitucional, pues el artículo 43 de la Constitución ya contemplaba dicha facultad de forma genérica¹².

El Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento señalando la constitucionalidad del proyecto aprobado por el congreso¹³.

9. Ley N°21.435, reforma al Código de Aguas

Esta ley fue promulgada después de varios años de discusión en el Congreso Nacional y modificó radicalmente el estatuto de propiedad que existía respecto al agua. En primer lugar, vino a establecer que las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público, lo que genera, en consecuencia, que pertenece a todos los habitantes y son inapropiables por particulares, pues pertenecen a toda la Nación.

En segundo lugar, determinó que se constituirán derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio en función del interés público. Entre las causales de interés público se encuentra: I) Acciones para resguardar el consumo humano y saneamiento; II) preservación ecosistémica; III) disponibilidad de aguas; IV) sustentabilidad acuífera, y; V) causal genérica, en relación a aquellas que establezcan un equilibrio entre eficiencia y seguridad en el uso productivo de aguas.

Esto obviamente presenta una limitación al derecho de aprovechamiento de aguas que puedan tener sus titulares, pues se podrá ver limitado cuando concurren una de las circunstancias que señala.

¹² Historia de la ley N°21.348. 2. Segundo Trámite Constitucional: Senado. 2.2 Discusión en Sala, boletín N°13.404-33, de fecha 07 de julio de 2020.

¹³ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°10762-21-CPR, de fecha 27 de mayo de 2021.

Asimismo, una tema que generó discusión, es lo que ocurriría respecto a los derechos de aguas establecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta reforma. Este problema trata de ser abordado por el artículo primero transitorio, que nos indica:

Artículo primero. - Los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos usos que fuesen regularizados por la autoridad competente en conformidad con los procedimientos a que se refieren los artículos 2 y 5 transitorios del decreto con fuerza de ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas, continuarán estando vigentes. **Estos derechos solo se extinguen conforme a lo dispuesto en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5**, sin perjuicio de que a su vez caducan por su no inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, según se establece en el artículo segundo transitorio de esta ley. En cuanto a su ejercicio, goces y cargas, tales derechos quedarán sujetos a todas las demás disposiciones del referido Código (Lo destacado con negrita y subrayado es nuestro).

De esta forma, derechos que eran en principio imprescriptibles, se han establecido causales, que, de concurrir, establecerían la limitación *ex novo* de este derecho de aprovechamiento de agua. El fundamento se encuentra la función social y ecológica de la propiedad, en la causal de conservación del patrimonio ambiental, siendo una limitación de carácter intrínseco.

El Tribunal Constitucional emitió pronunciamiento señalando la inconstitucionalidad de uno de los preceptos¹⁴, pero no afectando el artículo primero ya analizado.

NORMAS INFRALEGALES

A continuación, revisaremos actos administrativos en donde es la Administración del Estado quien ordena limitaciones al derecho de propiedad. Analizaremos sus

¹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°12810-22-CPR, de fecha 15 de marzo de 2022.

objetivos, si son de carácter extrínseco o intrínseco, sus conflictos y, eventualmente, judicialización a las que se han visto sometidos.

1. MONUMENTOS NACIONALES

La ley N°17.288 regula la declaración sobre monumentos nacionales, regulando y dando protección a aquellos bienes muebles e inmuebles que quedan bajo la tuición y protección del Estado, por ser lugares, construcciones u objetos de carácter históricos o artísticos que presentan un interés para el país.

Como todo en la vida, este noble objetivo entra en conflicto con los intereses de los propietarios de los bienes afectos en la declaración de Monumento Nacional. En consecuencia, la declaración trae consigo la imposición de obligaciones y limitaciones al derecho de propiedad.

A continuación, revisaremos algunas declaraciones de monumentos nacionales que han generado discusión y han sido de conocimiento de nuestros tribunales. Todas estas declaraciones son limitaciones de carácter intrínseca.

1. **Decreto Supremo N°5746 “Palacio Pereira”**

Con fecha 28 de agosto de 1981, mediante el Decreto Supremo N°5746 del Ministerio de Educación, se declaró monumento nacional en la calidad de Monumento Histórico el inmueble denominado “Palacio Pereira”, ubicado en pleno centro de Santiago. Es un inmueble construido en 1872 y que destacaba por su arquitectura clásica, con elementos del renacimiento francés.

La declaración provocó que el propietario del inmueble, Inmobiliaria Maullín Limitada, presentara un recurso de inaplicabilidad ante el pleno de la Corte Suprema¹⁵, indicando

¹⁵ Corte Suprema. Sentencia de fecha 18 de junio de 2004, en autos caratulados “Inmobiliaria Maullin con Fisco De Chile”, ROL N° 4309-2002.

que los artículos 11 y 12 de la Ley N°17.288 vulnerarían su derecho de propiedad y que -los preceptos- se habrían derogado con la promulgación de la Constitución de 1980.

La Corte Suprema acogió el recurso, indicando que dichos preceptos vulneraban la garantía consagrada en el artículo 19 N°24 de la Constitución, indicando en unos de sus considerandos:

“NOVENO: Que, en efecto, de las normas legales referidas en el fundamento cuarto aparece que restringen seriamente las facultades del dueño del inmueble en cuanto al uso, goce y disposición del inmueble declarado “Monumento Histórico” desde el momento que su propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble, sino que, **además, queda absolutamente limitado su destino y se le impide además su destrucción.**

Igualmente, la norma del artículo 12 precitado entrega al Consejo de Monumentos Nacionales (en adelante también, “CNM”) la facultad para determinar las normas a que debe sujetarse cualquier obra ya sea de conservación, reparación o transformación de todo inmueble monumental, **lo que en realidad se traduce en una privación de los atributos de uso, goce y disposición;**” (Lo destacado con negrita es nuestro).

Por otro lado, años más tarde, la Inmobiliaria presentó una demanda por responsabilidad patrimonial del Estado, que terminó en la Corte Suprema¹⁶, que fue rechazada.

2. Decreto Supremo N°106 “Casa Italia”

¹⁶ Corte Suprema. Sentencia de fecha 05 de octubre de 2010, en autos caratulados “Inmobiliaria Maullin Ltda. con Fisco de Chile”, ROL N° 552-2008.

Con fecha 31 de mayo de 2017, se declaró Monumento Nacional en categoría de Monumento Histórico a la Casa Italia, ubicada en la comuna de Viña del Mar. La solicitud fue ingresada por el Intendente de la región de Valparaíso, por la significación que tiene la arquitectura de la casona, siendo representativa de las edificaciones que se construyeron durante la primera mitad del siglo XX en la ciudad.

Esta declaración generó la reacción de su propietario, Inmobiliaria Casa de Italia S.A, quien interpuso un recurso de protección y de ilegalidad contra la declaración de monumento nacional. En su reclamo sostuvo que se le afectó su derecho de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, toda vez que dicha declaración implica que para cualquier modificación o ejecución de obras requerirá de la aprobación del Consejo de Monumentos Nacionales.

El Recurso de Protección deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago fue acogido¹⁷ por vulnerar la garantía de igualdad ante la Ley, debido a que no se convocó a la propietaria del inmueble a la sesión en que se discutió la declaración de Monumento Nacional, lo que infringió el principio de contradictoriedad y publicidad que establece la Ley N°19.880.

El Consejo de Defensa del Estado apeló a esta resolución y la Corte Suprema acogió¹⁸ el recurso de apelación, revocando la sentencia, indicando que no era la vía idónea para conocer del reclamo de la propietaria, porque el ordenamiento jurídico nacional contempla procedimientos de reclamos para el caso que se hubiere producido un vicio de legalidad que afecte los derechos de los interesados.

3. Decreto N°364 Ampliación de zona típica de Isla Negra.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de fecha 28 de agosto de 2017, en autos caratulados “Inmobiliaria Casa de Italia S.A./Ministerio de Educación” ROL: 46570-2017.

¹⁸ Corte Suprema. Sentencia de fecha 19 de febrero de 2018, en autos caratulados “Inmobiliaria Casa de Italia S.A./Ministerio de Educación”, ROL N° 38745-2017

El 23 de agosto de 2012 el Ministerio de Educación amplió los límites de la zona típica de Isla Negra, que había sido establecida previamente por el decreto N°1187, de 1997, por el mismo ente. Este decreto es importante por las consecuencias que generó el recurso de protección y recurso de inaplicabilidad que presentó la Inmobiliaria Santa Beatriz S.A. al informe emitido por el Consejo de Monumentos Nacionales al Ministerio de Educación, en el que solicitaban la ampliación de la zona típica del borde costero.

Ante esta información, la propietaria de unos de los terrenos afectados, Inmobiliaria Santa Beatriz S.A., presentó un recurso de inaplicabilidad en contra de los artículos 29 y 30 de la Ley N°17.288, ya que consideraba que vulneraba sus derechos de propiedad, libertad para desarrollar actividades económicas e igualdad de trato en materia económica, en función de que tenía pensado la realización de un proyecto inmobiliario en los terrenos que fueron objeto de la declaración. Por otro lado, los recurridos solicitaron el rechazo del requerimiento, dado que se habían cumplido los requisitos legales y dicha declaración se fundaba en la protección del patrimonio ambiental.

La sentencia del Tribunal Constitucional en fallo dividido rechazó la inaplicabilidad de los preceptos, señalando que la limitación que implican los artículos impugnados es por norma de rango legal, que, asimismo, el Consejo de Monumentos Nacionales actúa en base a informes técnicos, indicando que:

22°. Que, conforme a lo recién expresado, la limitación que se impone al propietario privado en virtud de la declaración de Zona Típica se muestra idónea al fin que se persigue propio de la función social de la propiedad como de la protección del patrimonio cultural del país. Todo ello, en la medida que el propietario no queda privado de su propiedad, ni tampoco del ejercicio de las facultades de uso, goce y disposición, que constituyen facultades esenciales del derecho de que se trata¹⁹.

¹⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N° 2299-12-INA

4. Decreto n°0135, Declaración de monumento histórico de Villa San Luis – Las Condes

Con fecha 29 de junio de 2017, el Ministerio de Educación, declaró Monumento Nacional en categoría de Monumento Histórico a la villa Ministro Carlos Cortes, conocida popularmente como la villa San Luis, ubicada en Avenida Presidente Riesco N°5885 y Pasaje Urano N°651 en la comuna de Las Condes.

El contexto de esta declaración de monumento nacional se desarrolló mientras su actual dueño, la Constructora e Inmobiliaria Presidente Riesco S.A., se encontraba en proceso de demolición de las edificaciones que presentaba el terreno para construir un edificio en dicho paño. Ante tal escenario, se emitió un acto administrativo generando la paralización inmediata de la demolición. El problema era que solo quedaba una torre en pie, y estructuralmente se encontraba en mal estado.

La declaración generó varias discusiones en la opinión pública y pasó por los tribunales de justicia, donde la propietaria intentó revertir la decisión de la Administración. Finalmente, el 26 de junio de 2019, el mismo CNM revirtió su decisión, mediante un acto administrativo, y aprobó la demolición del último bloque de la Villa San Luis. Con posterioridad, de mutuo acuerdo, entre la inmobiliaria, el CNM y asociaciones vinculadas en preservar la Villa San Luis, decidieron construir un memorial en el lugar donde se encontraba los últimos departamentos.

5. **Decreto Supremo N°35, barrio Suárez Mujica**

Con fecha 17 de octubre de 2018, a través del Decreto Supremo N°35 del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, se declaraba como zona típica el barrio Suarez Mujica, ubicado en la comuna de Ñuñoa. Esta declaración se enmarcó en el riesgo constante de la expansión inmobiliaria que afecta a la ciudad de Santiago, que ha ido alterando la fisonomía de los barrios santiaguinos.

Esta declaración provocó la molestia de vecinos del sector, debido a las restricciones que implica la declaración de zona típica, derivando en la presentación de un recurso de protección.

Sin embargo, tanto la Corte de Apelaciones de Santiago²⁰ como la Corte Suprema²¹ rechazaron el recurso, señalando que el recurso de protección no es la vía idónea para conocer de este asunto, pues es una materia que debe ser ponderada en un procedimiento contradictorio de lato conocimiento.

2. ACCESO A LAS PLAYAS

El Decreto Ley 1939, de 1977, regula el acceso a las playas, de esta manera se permite el derecho de acceder a estos bienes nacionales de uso público cuando no exista un acceso disponible. Asimismo, veremos como esta materia ha sido abordada por nuestros tribunales en torno a las limitaciones que generan las servidumbres, pues afecta las facultades de uso y goce de sus titulares.

En este sentido, es relevante el fallo del Tribunal Constitucional en el caso denominado “Acceso a las Playas 1”²², donde se refirió respecto a la distinciones entre limitaciones y expropiación del derecho de propiedad²³. La regulación en esta materia que establece la fijación de servidumbre de paso es un tema que no deja de generar polémica. Así, en el último tiempo se promulgó la Ley N°21.149, que aumentó las sanciones a quienes intervengan los caminos – de acceso a las playas, que fija la autoridad.

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 13 de mayo de 2019, en autos caratulados “Bermúdez/Contraloría Regional de la República”, ROL N°91.091-2018

²¹ Corte Suprema. Sentencia de fecha 02 de abril de 2020, en autos caratulados “Bermúdez/Contraloría Regional de la República”, ROL N°14.584-2019.

²² Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 245-96-CDS, de fecha 02 de diciembre de 1996.

²³ *Ibíd.*, considerando 22

En esta sección revisaremos resoluciones en las que la autoridad administrativa fija accesos a playas de ríos, lagos y mar, deteniéndonos en aquellas que fueron objeto de pronunciamiento por los tribunales y tienen importancia para este trabajo. Estas limitaciones son de carácter intrínseco.

1. Playa el Socabón

Con fecha 2 de julio de 1984, a través de la resolución N°5 de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, se fijó el acceso a la playa de mar “Socabón”, ubicada en la Región del Libertador Bernardo O’Higgins. Sin embargo, este decreto no se materializó, debido a que los dueños de los terrenos colindantes y por donde se fijó el acceso mantenían de forma permanente cerrada el acceso. Fue recién en el año 2019, en medio de una fiscalización llevada a cabo por la autoridad, que se abrió el acceso con ayuda de la fuerza pública.

Frente a lo anterior, los dueños de los terrenos colindantes presentaron un recurso de protección en contra de las autoridades por la vulneración a su derecho de propiedad. Tanto la Corte de Apelaciones de Rancagua ²⁴ como la Corte Suprema²⁵, rechazaron el recurso de protección, toda vez que la autoridad solo hizo cumplir la resolución que se ajustaba a derecho.

2. Playa Pingueral

Mediante la Resolución Exenta N°369 del Ministerio de Bienes Nacionales, con fecha 04 de junio de 2008, se declaró el acceso a la playa de mar “Pingueral”, ubicada en la comuna de Tomé, la cual no contaba con un acceso público a dicho balneario, cuyo terreno era ocupado con fines inmobiliarios.

²⁴ Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia de fecha 14 de junio de 2019, en autos caratulados “Jaramillo/Estado De Chile” N°1107-2019.

²⁵ Corte Suprema. Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2019, en autos caratulados “Jaramillo/Estado De Chile”, ROL N°18.150.2019.

Fue recién en agosto del año 2019, a raíz de varias denuncias de que existía una caseta de seguridad que impedía su acceso, que la autoridad sacó la caseta y logró asegurar el libre acceso al balneario. Previamente se había interpuesto un recurso de inaplicabilidad y recursos de protección al respecto.

El recurso de inaplicabilidad interpuesto contra el artículo 13 del DL N°1939, de 1977, señalando que se afectan los atributos esenciales del dominio y que además no se podía justificar en alguna de las causales que establece la función social. El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento²⁶, indicando que el acto administrativo solo implicaba una limitación al derecho de propiedad (esto no fue objetado por la recurrente) y que dicha limitación si se podía justificar en la utilidad pública y los interés generales de la nación, dado que las playas son un bien de uso público.

Posteriormente, frente a diversas fiscalizaciones y acciones de la autoridad administrativa por abrir el acceso a la playa de mar, los propietarios de los terrenos colindantes presentaron un recurso de protección en contra del actuar del Ministro de Bienes Nacionales, el que fue rechazado tanto por la Corte de Apelaciones de Concepción²⁷ como por la Corte Suprema²⁸, toda vez que el actuar de la autoridad se ajustó a derecho, dando ejecución a la resolución respectiva.

3. Playa Vergara

Con fecha 09 de febrero de 2012, a través de la Resolución Exenta N°105, el Intendente de la Región de Talca, fijó una vía de acceso a la playa del Lago Vichuquén, ubicada en el sector “Vergara”, en la comuna de Vichuquén.

A la fecha no ha presentado reclamación ante los tribunales de justicia.

²⁶ Sentencia. Tribunal Constitucional. ROL N° 1215-08-INA, de fecha 30 de abril de 2009.

²⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. Sentencia de fecha 19 de noviembre de 2019, en autos caratulados “Cáceres/Ministerio De Bienes Nacionales “, ROL N°18.335-2019.

²⁸ Corte Suprema. Sentencia de fecha 26 de febrero de 2020, en autos caratulados “Hugo Cáceres Jara y otros/Ministerio De Bienes Nacionales”, ROL N°34.083-2019.

4. Playa Los Huachos

Con fecha 19 de marzo de 2013, vía Resolución Exenta N°517, el intendente de la Región de O'Higgins estableció un acceso público a la playa "Los Huachos", ubicada en la comuna de Pichilemu.

A la fecha no se ha presentado acciones o recursos ante tribunales.

3. DECRETOS Y ORDENANZAS MUNICIPALES

Las municipalidades si bien no cuenta con facultades para establecer limitaciones al derecho de propiedad de manera directa, en ocasiones en el ejercicio de sus funciones toman medidas que afectan el derecho de propiedad de particulares, como veremos a continuación.

1. Ordenanza N° 110 de la Municipalidad de Santiago

Con fecha 23 de abril de 2015, la Ilustre Municipalidad de Santiago, por medio de la ordenanza N°110, estableció una serie de obligaciones de carácter estético para los locales que rodean la Plaza de Armas. En el artículo 13, estableció la obligación de que los carteles publicitarios de los locales deben estar ubicado en la parte superior del acceso, igual para toda la fachada del edificio, con un fondo blanco.

Esta regulación tiene el objetivo homogenizar y dar una imagen más clásica del sector. Pero vemos que implica una clara limitación al derecho de propiedad de los locatarios, dado que limita la facultad de uso y goce, en relación a la publicidad que quieran utilizar.

El objetivo de esta regulación era homogenizar los letreros publicitarios de los locales que rodean la Plaza de Armas, y a la vez, dar una buena imagen de este sector patrimonial. Sin embargo, no podríamos encasillarlo en una de las causales que establece el artículo 24. En este mismo sentido, al carecer esta normativa de rango legal, se estaría afectada la reserva de ley que la Constitución dispone.

2. Molinera Norte

Con fecha 18 de junio de 2012, la Ilustre Municipalidad de Antofagasta, mediante el Decreto Alcaldicio N°847, dispuso el traslado de las instalaciones de la empresa Molinera del Norte S.A.. Esto se realizó en aplicación de los artículos 62 y 160 de la LGUC, que establece la potestad de las municipalidades de ordenar el traslado de instalaciones de industrias mal ubicadas, que provoquen molestias o daños a los vecinos.

Ante esta situación, la afectada, Molinera del Norte, presentó un recurso en contra de los preceptos impugnados, señalando que vulneraba su derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad, el cual fue rechazado por el Tribunal Constitucional, indicando que lo establecido que los artículos 62, inciso segundo, y 160 de la LGuC son normas legales que caben dentro de las limitaciones y obligaciones propias de la función social de la propiedad²⁹. Complementa señalando que la limitación impuesta al propietario es mesurada y razonable, en atención a los informes técnicos con que contaban la autoridad edilicia, que afirmaban que se había transformado en una empresa contaminante.

3. Curtidos Bas

Con fecha 18 de julio de 2012, la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, mediante el Decreto Alcaldicio N°1.263, dispuso el traslado de las instalaciones de la empresa

²⁹ Sentencia. Tribunal Constitucional, ROL N°2643-2014-INA, considerando 64, de fecha 27 de enero de 2015.

“Curtidos Bas” fuera de los límites de la comuna en el plazo de un año. Este decreto se sustentó en el artículo 62 de la LGUC, norma que, como señalamos, permite a la municipalidades ordenar el traslado de industrias contaminantes o que generen molestia a los vecinos.

Frente a este decreto, la empresa afectada interpuso un recurso de inaplicabilidad en contra este artículo, indicando que se vulneraban las garantías a desarrollar cualquier actividad económica lícita, derecho de propiedad y seguridad jurídica, pues se ve afectado a una carga patrimonial que resulta desproporcionada y arbitraria.

El Tribunal Constitucional en fallo dividido acogió el requerimiento de la empresa, indicando que no resultaba aceptable que los derechos preexistentes de la requirente queden condicionados en su eficacia a no causar indefinidas "molestias" o incomodidades a los vecinos alrededor³⁰. Asimismo, indica que las limitaciones al ejercicio de los derechos deben poseer determinación y especificidad; no pueden afectar la esencia del derecho asegurado, y, además, deben respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables. Esto es, que deben ser razonables y justificada³¹.

Este fallo es relevante, y generó discusión en la doctrina constitucional, pues cambió la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que había fallado rechazando el requerimiento en los casos Santa Beatriz y Molinera Norte. Pero también, abrió la posibilidad a acoger en nuestro ordenamiento jurídico la tesis de la regulación expropiatoria.

4. RESOLUCIONES EN MATERIA SANITARIA

Sin duda alguna la pandemia de Covid-19, que generó un brote global derivado de la enfermedad ocasionada por el virus SARS-Cov-2, provocó un antes y un después en

³⁰ Sentencia. Tribunal Constitucional. ROL N°2684-14-INA, considerando 21, de fecha 10 de septiembre de 2015.

³¹ *Ibíd.*, considerando 27.

la vida de muchas personas. Esto también nos ha permitido ver en ejercicio las potestades con las que cuenta la autoridad sanitaria, la que mediante resoluciones ha establecido una serie de obligaciones a entidades privadas que constituyen limitaciones al derecho de propiedad.

1. Decreto N°4 de 2020 del Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud con fecha 05 de febrero de 2020, a raíz de la propagación del virus Covid-19, declaró Alerta Sanitaria en todo el país. Este decreto tiene su fundamento en las facultades que goza la autoridad sanitaria, entregada por el Código Sanitario para tomar medidas que inclusive implique la limitación del derecho de propiedad con el fin de proteger la salud de la población.

Entre las medidas que le permitiría tomar se encuentra: La fijación de precios de exámenes, bienes necesarios para el funcionamiento de los recintos de salud, suspensión de eventos públicos, cierre de cines, discotecas y gimnasios, entre otras. A continuación, este decreto servirá de fundamento para una serie de limitaciones al derecho de propiedad de particulares, mediante resoluciones exentas.

2. Resolución Exenta N° 156, Coordinación de la red pública y privada de salud por parte de la Subsecretaría de Redes Asistenciales

Con fecha 01 de abril de 2020, en uso de la facultad entregadas por la Alerta Sanitaria y estado de excepción constitucional, se entregó a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, la facultad de coordinar a la red asistencial de salud del país, que incluye tanto a las entidades de salud públicas como privadas, para que funcionen bajo sus directrices, esto es con el fin de responder de mejor manera a las necesidades sanitarias de la población.

Estas obligaciones generan limitaciones a las entidades privadas de salud, ya que deben ajustar su comportamiento, equipamiento y prestaciones a lo indicado por el

Ministerio de Salud. Se puede desprender que dicho acto administrativo implica una limitación extrínseca a las facultades de uso y goce de los servicios de salud, cuya justificación radica en la función social de la propiedad, en la causal de utilidad y salubridad pública.

3. Regulación de precios de exámenes P.C.R.

Con fecha 24 de marzo de 2020, mediante la resolución exenta N°203, la Subsecretaría de Salud Pública, reguló el precio del examen de reacción de polimerasa en cadena (P.C.R) que realizan los prestadores de salud por tiempo indefinido, estableciendo un máximo de \$25.000 por examen.

Esta medida es una clara limitación extrínseca al derecho de propiedad a los servicios de salud privados, que deriva de las facultades extraordinarias que entregó el Decreto N°4 de 2020, y, en consecuencia, en la función social de la propiedad, cuyo objetivo es velar por la salubridad pública.

4. Resolución Exenta N° 418, dispone precios máximos de insumos médicos

Con fecha 03 de junio de 2020, la Subsecretaría de Salud Pública vía Resolución Exenta N°418, dispuso la regulación y fijación de precios a pagar por el arriendo de ventiladores mecánicos y monitores de pacientes, insumos esenciales para el tratamiento médico de los pacientes contagiados con Covid-19.

Esta regulación, implica una evidente limitación a la facultad de goce de los dueños de los equipos médicos, debido a que establece la obligación de respetar dicho precio, anulando cualquier opción de negociación. Todo como consecuencia de la contingencia sanitaria. Cabe mencionar, que en virtud del decreto que declara el estado de excepción, la autoridad podría hacer uso gratuito de dichos bienes.

Al igual que la resolución anterior, el fundamento se encuentra en la función social de la propiedad, ajustándose a la causal de la utilidad y salubridad pública.

5. OTRAS RESOLUCIONES:

1. Resolución N°157, ordena el retiro de vehículos de locomoción colectiva

Con fecha 31 de diciembre de 1990, el Ministerio de Transporte, mediante la Resolución N°157, establece el retiro por antigüedad de buses y taxis destinados al transporte público en la ciudad de Santiago, por exceso de vehículos, seguridad de los pasajeros y por la contaminación del medio ambiente.

Esta resolución es una clara limitación extrínseca al derecho de propiedad, pues genera una limitación al uso y goce de los vehículos señalados en la resolución para fines de transporte. Así lo indica el órgano administrativo, quien hace mención expresa en los considerandos, que dicha limitación al derecho de propiedad encuentra su fundamento en la función social de la propiedad en favor de la conservación del patrimonio ambiental.

Como hemos podido ver a lo largo de este capítulo, tanto el actuar del legislador como de la Administración del Estado, en su ejercicio, establece limitaciones de carácter intrínsecas y extrínsecas al derecho de propiedad. Cabe destacar que en ambas situaciones, no se hace mención expresa a la función social de la propiedad, por lo que debemos interpretar de acuerdo a la naturaleza de la norma o el acto administrativo, que estamos en presencia de una limitación al derecho de propiedad que deriva de la función social.

CAPÍTULO II: Reserva legal

En este capítulo nos compete revisar si el legislador y la Administración del Estado dan cuenta y respetan uno de las garantías y requisitos que deben cumplir las obligaciones y limitaciones al derecho de propiedad. En concreto, nos referimos artículo 19 N°24, inciso segundo, que nos señala que “Solo la ley puede establecer (...) las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social”.

Este precepto nos indica que sólo la ley puede establecer obligaciones inherentes al dominio y cuyo fundamento es la función social³². Esta garantía, con vasta discusión en la doctrina como en la jurisprudencia en los últimos 30 años, se le ha denominado “reserva de ley”.

La reserva de ley no es un concepto pacífico en la doctrina, por lo que no es simple encontrar una definición que englobe o reúna las diferentes posturas que han surgido. De modo general, podemos aventurarnos y señalar que corresponde a una garantía que el constituyente reservó para que ciertas materias solo puedan ser reguladas por ley. También, se ha señalado que se constituyó para establecer un límite a la facultad de afectar derechos fundamentales³³. En esta misma línea, se dice que es una garantía normativa destinada a resguardar que las definiciones en torno a materias cruciales, como libertad y propiedad, que solo puedan ser reguladas a través de una ley³⁴. En consecuencia, su fundamentación es garantizar a la ciudadanía – representada por el Parlamento- la facultad de definir las regulaciones que afecten directamente la libertad o la propiedad³⁵, sin que el ejecutivo o administración, en uso de la potestad reglamentaria, se inmiscuya en la regulación de materias que el constituyente ha reservado el conocimiento a otro poder del Estado.

³² Peralta y Yáñez, (2019) p. 52.

³³ Aldunate-2 (2008)

³⁴ Cazor y Guilloff (2011) P. 479

³⁵ Fermandois (2001) P.288

La importancia que damos a encontrar un concepto de reserva legal se vincula directamente a la mayor o menor intensidad que le exigimos al momento de analizar su aplicación, que ha dado paso a dos posturas respecto a la reserva legal.

RESERVA LEGAL ABSOLUTA

La tesis denominada “extensiva” o de reserva legal absoluta, en su máxima expresión del concepto, es aquella que pretende llevar la rigurosidad de la reserva al máximo, es decir, que, una materia bajo esta garantía solo podrá ser conocida por el legislador, quien deberá regular el más mínimo detalle, intentando no dejar ningún espacio para la regulación administrativa.

Es en esta línea, que nos encontramos autores que señalan que la reserva legal es una garantía sustantiva para la persona humana³⁶, y, asimismo, un principio constitucional³⁷. El mayor exponente, defensor de esta postura, lo encontramos en don Eduardo Soto Kloss, quien nos ha señalado que no existe en nuestra Carta Fundamental la posibilidad de la “remisión normativa, que implica que el legislador reenvíe al Presidente de la República para que este legisle en materia de reserva legal complementando o completando lo que al legislador le corresponde por imperativo constitucional³⁸.

RESERVA LEGAL RELATIVA

Por el otro lado, nos encontramos la tesis “restrictiva” o de reserva legal relativa, que propone que los preceptos legales contengan la regulación indispensable, y en lo demás se encarga el reglamento para su ejecución o complementación³⁹. Detrás de esta idea, se encuentra que la ley se vaya adaptando a las diferentes coyunturas.

³⁶ Fermandois (2001) P. 287

³⁷ Fermandois (2001) P. 288

³⁸ SOTO KLOSS -1 (1991) P.690

³⁹ Rajevic (1996) P.33

Esta postura ha sido sostenida por diferentes exponentes, siendo uno de los más destacados don Carlos Carmona, quien nos señala que la función de la reserva legal crea la obligación al legislador de regular él mismo el núcleo básico de la materia, de tal manera que solo sea posible remitir al reglamento la emanación de disposiciones tendientes a la ejecución de los preceptos de la ley⁴⁰.

Asimismo, dentro de esta postura nos resulta útil introducir la distinción que realiza Edward Rubin, quien distingue entre leyes transitivas e intransitivas.

Nos señala respecto a las leyes transitivas *“a statute that is transitive with respect to applicability states at least some rules that the agency is instructed to apply directly to its ultimate target. But such statutes exhibit varying degrees of transitivity regarding the manner in which these rules are elaborated. If the rule is stated very broadly, the statute will continue to be intransitive, despite its direct applicability.”*⁴¹

De esta forma, en las transitivas el legislador especifica los efectos que pretende que el mecanismo de implementación produzca sobre los privados⁴².

Por otro lado, las leyes intransitivas *“with respect to either their application or their elaboration. A statute whose application is intransitive does not state any rule that the agency is expected to apply directly to the target; it merely instructs the agency to develop rules”*⁴³.

En este caso. la disposición legal solo se limita a instruirle al implementador (administración) que desarrolle las reglas⁴⁴, dejando amplio margen para el actuar de la Administración.

⁴⁰ Carmona (2001) P.184.

⁴¹ Rubin (1989) P.381

⁴² Guiloff (2012). P.130

⁴³ Rubin (1989) P.381

⁴⁴ Guiloff-1(2012) P. 130

Esta distinción nos permite hacer la pregunta respecto al grado de facultades que tendría la Administración, por medio de la potestad reglamentaria, para establecer limitaciones al derecho de propiedad por la función social y ecológica, para determinar si esta autorización debe venir desde una ley de carácter general, o bien, si debe ser desarrolladas en detalle por la ley.

JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los últimos 30 años ha tomado postura por ambas tesis. A principio de los años 90, en los fallos letreros camineros⁴⁵, publicidad caminera⁴⁶ y ley de Bases del Medio Ambiente⁴⁷, fundó sus fallos en la tesis de la reserva legal absoluta. Sosteniendo que la Administración no puede imponer limitaciones o restricciones a un derecho fundamental cuando el constituyente ha indicado que sea materia de ley.

Posteriormente, es con el fallo sobre tarifas de peajes⁴⁸, que cambió la postura anterior, haciendo suya la tesis de la reserva legal relativa⁴⁹. Esta última postura, con el tiempo se ha ido consolidando en diversos fallos, tales como en la impugnación en contra del Decreto Supremo N°1679, del Ministerio de Hacienda, en el que encontró constitucional el decreto que autorizaba gastos no aprobados por la Ley de Presupuestos^{50, 51} entre otros fallos⁵².

En la actualidad la jurisprudencia del TC se ha consolidado en la tesis de la reserva legal relativa, reconociendo la necesidad de que el ejecutivo actúe y colabore en la

⁴⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol N°146-92-CDS, de fecha 21 de abril de 1992.

⁴⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°167-93-CDS, de fecha 06 de abril de 1993.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°185-94-CPR, de fecha 28 de febrero de 1994.

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N°183-94-CDS, de fecha 17 de mayo de 1994.

⁴⁹ Rajevic (1996) P.38

⁵⁰ Ferandois (2001) P 291.

⁵¹ Interesante desarrollo del autor indicando que la ley de presupuestos era una ley marco, y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución.

⁵² Ferandois desarrolla este tema en su texto, citando los fallos de “cesiones gratuitas” y el “protocolo con Bolivia” donde analiza la consolidación de la postura de la tesis relativa de la reserva legal, que inclusive se adoptó afectando deliberadamente al derecho de propiedad.

ejecución de las leyes. Corolario de lo anterior, es el fallo rol 2846-14, en que nos señala, que hay que recordar que toda ley puede (y quizás debe) ser concretada mediante reglamentos que la ejecuten, siendo facultad especial del Presidente de la República "ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes" (artículo 32, numeral 6 ° , de la Constitución)⁵³. Y, que ha sido sostenido posteriormente en fallos recientes⁵⁴.

JURISPRUDENCIA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Por otro lado, resulta interesante ver que ha dicho la Contraloría General de la República (en adelante también, "La Contraloría"), porqué en su rol ha emitido pronunciamientos respecto a las atribuciones y potestades que tiene la Administración del Estado, siendo relevante analizar que postura ha tomado en esta discusión sobre la reserva legal.

Para determinar la línea jurisprudencial de la Contraloría resulta necesario remontarse al año 2014, que, conociendo de una consulta sobre legalidad de emisión de un decreto por parte del Ministerio de Salud, en virtud de que el solicitante consideraba que se estaba inmiscuyendo en materias propias del jefe de Estado. La Contraloría nos indica que las normas de carácter general y abstracto que tienen por objeto complementar y desarrollar dicha regulación legal, han de ser dictadas por el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria de ejecución⁵⁵. Detallando esta prerrogativa, nos indica que, la facultad de dictar reglamentos que tiene el Jefe del Estado es indelegable, de modo que corresponde que la ejerza en forma directa⁵⁶. Finalmente, nos aclara que resulta improcedente que una norma

⁵³ Tribunal Constitucional, rol N°2846, de 14 de enero de 2016

⁵⁴ Por ejemplo, se ha reproducido en los fallos roles N°3601 y 8823 del Tribunal Constitucional.

⁵⁵ Dictamen Contraloría General de la República N°97.773, de fecha 17 de diciembre de 2014.

⁵⁶ *Ibíd*

técnica invada el ámbito de la potestad reglamentaria, por lo que debe limitarse a fijar aspectos estrictamente técnicos⁵⁷.

Este criterio ha sido sostenido en el tiempo, es así que conociendo de una consulta sobre las facultades del departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, particularmente respecto a un reglamento de este Ministerio que introdujo modificaciones al Decreto Ley N°1.094, señala que según lo dispuesto en los artículos 32, N° 6, de la Constitución Política de la República, y en el artículo 13 del mencionado decreto ley, el reglamento de que se trata fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución y, en este contexto, **complementó, desarrolló y pormenorizó la regulación del decreto ley N° 1.094, de 1975**⁵⁸, constituyendo un todo armónico de cumplimiento obligatorio para la Administración, la cual debe cautelar el cumplimiento de sus disposiciones (Lo destacado con negrita es nuestro).

De lo anterior, podemos concluir que la Contraloría acoge la postura de la reserva legal relativa, al indicarnos que la potestad reglamentaria de ejecución tiene como objetivo complementar, desarrollar y pormenorizar la regulación legal, en aquello que no fue considerado por el legislador.

ANÁLISIS DE LEYES

Para determinar si nuestra legislación acoge una u otra postura respecto a la reserva legal, nos será de utilidad revisar los casos analizados durante el primer capítulo, en el que revisamos leyes y actos administrativos que directa o indirectamente presentaban limitaciones al derecho de propiedad en virtud de la función social y ecológica. De esta forma, podremos determinar el comportamiento de nuestro legislador y su deferencia con la potestad reglamentaria, lo que nos podrá entregar

⁵⁷ *Ibíd*

⁵⁸ Dictamen Contraloría General de la República N°17.7073, de fecha 20 de enero de 2022.

lucen respecto a si tenemos una legislación transitiva o intransitiva, cuando se afectará el derecho de propiedad.

De acuerdo al tenor de las leyes N°20.681, 20.791 y 20.967, debemos señalar que todas ellas, se engloban dentro de la postura de la reserva legal absoluta, en atención a que es el legislador, quien, en cada una de ellas, regula de forma expresa la limitación al derecho de propiedad en atención a la función social que cumplen, no dejando espacio para la intervención de la Administración en la limitación del derecho de propiedad.

Por el contrario, todas las otras leyes – según la conclusión de este autor – acogen la tesis de la reserva legal relativa, y, por lo tanto, nos corresponderá analizar si serían de carácter transitivo o intransitivo, según la distinción realizada anteriormente.

- Ley N°20.936, que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea el organismo de coordinador independiente del sistema eléctrico nacional.

A lo largo de la ley vemos varias remisiones al reglamento. Sin embargo, en su mayoría son para efectos técnicos y de ejecución. Ninguna de las remisiones implica una limitación al derecho de propiedad, quedando en el cuerpo normativo claro los efectos de los objetivos que se pretenden en el actuar de la administración sobre los particulares. De esta forma, se puede señalar que esta ley en lo que respecta sobre la limitación al derecho de propiedad, es transitiva.

- Ley N°21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio

Esta ley nos muestra, y lo analizaremos más adelante, cómo el legislador traspasó a este nuevo Ministerio la facultad de declarar bienes públicos y privados como monumentos nacionales en sus diferentes categorías, modificando el Decreto Supremo N°19 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que

delegaba en el Ministerio de Educación la facultad de declarar monumentos nacionales.

Pese a que el legislador entrega esta potestad de declarar diferentes inmuebles como monumentos nacionales al Ministerio, dicha declaración tiene como requisito previo contar con el informe favorable del Consejo de Monumentos Nacionales. Este Consejo es un órgano administrativo técnico, dependiente del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, pero también, colegiado integrado por diferentes representantes de organismos del Estado como de la sociedad civil.

Del tal modo, lo que buscaba el legislador era entregar prerrogativas a la Administración, pero a la vez no dejar espacio a la arbitrariedad, encontrando como mecanismo neutralizador, el informe previo de este órgano técnico y colegiado. En consecuencia, clasificamos esta ley como transitiva.

- Ley N° 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige a las aguas

Pudimos ver en el capítulo I que la ley introdujo una norma atípica a lo que veníamos analizando, pues es la misma ley la que autoriza a la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de parte, pueda regular limitaciones temporales a los ejercicios de los derechos de aguas de sus titulares.

Queda a la vista que estamos ante una ley transitiva que buscó regular en detalle la limitación al derecho de propiedad. Estableciendo los requisitos que se deben cumplir para que la autoridad administrativa pueda limitar el derecho del afectado. Elevando su procedencia a situaciones que pongan en riesgo la sustentabilidad acuífero u otros perjuicios a los derechos de aguas de algún particular. Siguiendo con la intención de neutralizar cualquier acápite de arbitrariedad, reitera al final que la resolución que limite el derecho de agua debe ser fundado⁵⁹.

⁵⁹ No son pocas la veces en que Administración olvida dicho requisito consagrado en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

ANÁLISIS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

A continuación, debemos revisar si los actos administrativos que analizamos durante el capítulo primero que determinaban una limitación al derecho de propiedad. Dando por hecho, que son ejemplos de reserva legal relativa, pero debemos determinar si vienen de una ley transitiva o intransitiva.

- Monumentos Nacionales:

Como bien señalamos, con la promulgación de Ley N°21.045, que aparte de crear el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, entregó la facultad de “[d]eclarar mediante decreto supremo los monumentos nacionales en conformidad a la ley N° 17.288, que legisla sobre monumentos nacionales...previo informe favorable del Consejo de Monumentos Nacionales⁶⁰” (lo destacado con negrita es nuestro).

Esta norma que otorga dicha facultad nos permite señalar que dichos actos administrativos provienen de una ley de carácter transitiva, debido a que se reguló como debe materializarse el acto administrativo, aunque a la vez, otorga cierta autonomía para la toma de decisiones

- Acceso a las playas

Como vimos en el capítulo I, las resoluciones que fijan acceso a las playas encuentran su fundamento en el inciso segundo del artículo 13 del Decreto Ley N°1939 de 1977, el que es fijado por el Intendente Regional, previa audiencia con los propietarios de los terrenos colindantes con playa de mar, ríos o lagos afectados.

⁶⁰ Art.3 N°25 Ley N°21.045.

En este caso, es la ley quien establece los parámetros de la limitación al derecho de propiedad, estableciendo los requisitos y procedimiento que debe atender la autoridad administrativa. Quedando la potestad reglamentaria limitada a seguir las indicaciones que fija la ley, traduciéndose en una ley de carácter transitiva.

- Resoluciones en materia sanitaria

En tercer lugar, nos encontramos con los actos administrativos en materia sanitaria, que como señalamos, se desprenden de la potestad que entrega el artículo 36 del Código Sanitario, el que de forma bastante amplia señala:

Artículo 36°. - Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, **podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia** (Lo destacado con negrita es nuestro).

Como se puede ver, esta remisión de facultades que entrega el Código Sanitario a la autoridad administrativa, si bien es excepcional, es de carácter genérico, pues no indica los límites o garantías que puede afectar la Administración en su remisión de facultades a la autoridad sanitaria, pues es una autorización amplia, para que se tomen las medidas que estimen conveniente para enfrentar la amenaza sanitaria. El único agente neutralizador que encuentra esta remisión es que cuenta como requisito previo el informe del Servicio Nacional de Salud.

Asimismo, podemos ver que, en la práctica, en el Decreto Supremo N°4 del año 2020 del Ministerio de Salud⁶¹, delega en la Subsecretaría de Salud y Subsecretaría de

⁶¹ En el artículo 2 N° 10, en relación a las facultades extraordinarias entregadas a la Subsecretaría de Salud Pública, indica: "Disponer el precio máximo a pagar por parte de la población general de determinados productos farmacéuticos, dispositivos médicos, elementos e insumos sanitarios, así como

Redes Asistenciales⁶², potestades para fijar precios máximos en productos farmacéuticos, elementos sanitarios, entre otros atingentes para enfrentar la crisis sanitaria.

Lo anterior nos lleva a concluir que la ley habilitante de las resoluciones analizadas, el Código Sanitario, es de carácter intransitivo. Entregando un amplio margen de discrecionalidad a la potestad reglamentaria de la administración.

- Ordenanza Municipal:

En cuarto lugar, nos encontramos con la ordenanza municipal de la Municipalidad de Santiago, que reguló la publicidad que deben mantener los locales ubicados en el sector perimetral de la Plaza de Armas de la comuna.

Antes de revisar la norma en cuestión, se debe recordar que las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las comunas. Enmarcándose esta atribución en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el cual fija el texto refundido de la Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, que tienen las municipalidades, dentro de las que podemos destacar: la promoción del desarrollo comunitario, aplicar disposiciones sobre construcción y urbanización.

de prestaciones de salud y servicios sanitarios, como, asimismo, todos los bienes y servicios necesarios para atender las necesidades sanitarias.

Asimismo, en el numeral siguiente, establece una limitación a la facultad de disposición, facultando a “Limitar el número máximo de los bienes y servicios señalados que podrán ser vendidos y entregados a cada persona por los establecimientos de venta o prestación de servicios.”.

⁶² En el artículo 2 bis, otorga la facultad extraordinaria otorgada a la Subsecretaría de Redes Asistenciales, estableciendo en el N° 13, que podrá: “Disponer el precio máximo a pagar por parte de la población general de determinados dispositivos médicos, elementos e insumos sanitarios, así como de prestaciones de salud y servicios sanitarios, como, asimismo, todos los bienes y servicios necesarios para atender las necesidades sanitarias en la red asistencial de salud.”.

Es en este sentido, que la ordenanza N°10 de la Municipalidad de Santiago detecta su fundamento en la facultad de dictar medidas sobre construcción y urbanización.

El problema que presenta esta potestad recaída en las municipalidades es que son de carácter infra legal. Sin embargo, no han sido pocas las ocasiones en que, a través de una ordenanzas se afecta el principio de reserva legal. A los anterior, se suma el hecho consistente en que las resoluciones de las Municipalidades no pueden ser controladas en su constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional. Asimismo, quedan excluidas del control preventivo de constitucionalidad y legalidad de la Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón, esto último, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 53 de la Ley N° 18.695, todo lo cual complejiza su adecuado y oportuno control⁶³. Lo que hace peligrar los derechos fundamentales de la población, pues quedan vulnerables al criterio municipal. El único mecanismo de control que contempla es el reclamo de ilegalidad, regulado en el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Conclusiones: ¿Reserva legal o absoluta?

De acuerdo a lo analizado en este capítulo, el legislador no ha tomado un criterio uniforme respecto a una de las teoría absoluta o relativa. Más bien, se ve que existe una regulación casuista en atención a la materia que se pretende regular.

Por otro lado, en aquellas leyes y actos administrativos que acogen la reserva legal relativa, de acuerdo a la clasificación introducida respecto a la transividad de la ley, se puede ver que existe una mayor uniformidad hacia la dictación de leyes de carácter transitivo. Esto con el fin de no dejar en estado de inseguridad a la población.

⁶³ Cárcamo (2018)

PROPUESTA PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Nuestra propuesta comienza con una redefinición de la reserva legal respecto a las limitaciones que afecten al derecho de propiedad, con el fin de lograr un criterio más uniforme que permita orientar tanto al legislador como al Tribunal Constitucional.

De acuerdo a lo indicado por Guiloff⁶⁴, la reserva de ley debería apostar hacia un trabajo en conjunto entre la ley y el reglamento, con el fin de adecuarse a las exigencias de un Estado moderno que escucha y responde de forma eficiente a la población. De esta forma, en materias que involucre derechos fundamentales tan importantes como lo es la propiedad, se debería mantener una reserva legal, pero de forma relativa, que se abra a la posibilidad, de que la Administración pueda tomar decisiones oportunas, que limiten derechos, pero resguardando los derechos fundamentales del administrado⁶⁵.

La propuesta radica en modificar lo que tenemos hoy, transparentar que a pesar de que la Constitución de 1980 contempla una reserva legal respecto a las afectaciones al derecho de propiedad, su aplicación se ha visto atenuada y ha sido interpretada en distinto sentido por el Tribunal Constitucional. La modificación consiste en mantener la reserva legal, pero a la vez modificar la Constitución e indicar en forma expresa en su redacción que el legislador podrá remitir en forma expresa a la Administración la complementación y ejecución de las leyes, en aquellos casos que, por eficiencia o frecuente variabilidad de las circunstancias, sea ineficaz si se aplicará la reserva legal

⁶⁴ Guiloff-1 (2012)

⁶⁵ De interés resulta el artículo 23 del ante proyecto de la Constitución Política de la República que entrego la comisión de experto entregado en junio de 2023, que entrega la potestad al legislador a regular, limitar o complementar el ejercicio de los derechos fundamentales, teniendo como único límite, i) que sean razonables y ii) sean justificados en una sociedad democrática. A la vez, también indica que no podrá afectar la esencia del derecho fundamental, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Este artículo presenta una novedad en relación a la constitución vigente, y en particular en relación a la reserva legal, pues permitiría entregar a la Administración del Estado la posibilidad de limitar derechos fundamentales, siempre y cuando sea mediante una remisión normativa, sea razonable y socialmente justificado. Salvaguardando siempre no afectar la esencial del derecho afectado.

Esta norma se concilia en parte con nuestra propuesta, provocando un cambio en la reserva legal, buscando entregar mayor dinamismo al legislador como a la Administración del Estado en la toma de medidas que puedan implicar limitaciones al derecho de propiedad, pero siempre respetando la esencia del derecho limitado.

absoluta. Esto permite despejar las dudas respecto a la factibilidad de esta remisión de potestades.

La razón detrás de esta propuesta se encuentra en entregar la posibilidad que la Administración pueda colaborar con el legislador, respondiendo y satisfaciendo las necesidades de la población, pero a la vez no dejar a los ciudadanos vulnerables frente al actuar del Estado. Esto permite al legislador conservar el monopolio normativo, de interpretar, limitar, o modificar el derecho de propiedad, pero a la vez, transparenta, que, a través de una, y solo por medio de una ley habilitante pueda remitir autonomía a la potestad reglamentaria en su complementación o ejecución.

En consecuencia, la función de la Administración, al menos respecto a materias que afecten el derecho de propiedad se vería limitada a la ejecución y complementación de una ley habilitante. Salvo, que de manera expresa y cuando por eficiencia o frecuente variabilidad de las circunstancias, el legislador contemple la entrega de facultades limitativas de derechos fundamentales. Cabe señalar que esta reducción de la potestad reglamentaria no deviene en una paralización de la actividad administrativa, sino lo que busca es ponderar tanto los derechos de propiedad de los titulares con la función social que cumple la propiedad.

Esta propuesta implicaría contener dentro del contenido mínimo que debiese considerar la delegación de facultades que remite a la Administración, mención expresa que autoriza a limitar el derecho de propiedad, el procedimiento, y eventualmente, los recursos a interponer por el afectado y compensación a la que pudiese optar.

El mejor ejemplo para graficar nuestra propuesta se ve en la declaración de monumentos nacionales. Esto porque es la ley quien contempla el procedimiento para declarar un bien como monumento nacional, quien es el encargado de suscribir el acto administrativo, y también, tiene como requisito previo, el informe previo del Consejo de Monumentos Nacionales, organismo cuya composición es técnica, diversa y

colegiada, lo que permite a que este tipo de decisiones tengan un sustrato de razonabilidad, que permite equilibrar el derecho de la sociedad, que toma cuerpo a través de la función social de la propiedad por un lado, y por el otro, el derecho de propiedad del particular afectado por la limitación.

Por lo tanto, esta propuesta, sí permitiría que se pudiera limitar un derecho de propiedad por la Administración en razón de la función social y ecológica de la propiedad, siempre y cuando esta facultad devenga de una ley especial, que previamente haya definido en su redacción el procedimientos, la afectación al derecho de propiedad, los recursos que procederían, y entregara a la Administración la discrecionalidad, razonable obviamente, de afectar el derecho de propiedad de un particular con el fin que la ley tenga.

CAPÍTULO 3: Obligación de reparar actos lícitos

En este capítulo debemos abordar la responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos y de actos lícitos realizados por la Administración del Estado que implican limitaciones al derecho de propiedad. Revisaremos estos tipos de responsabilidad desde la doctrina y jurisprudencia para luego analizar y analizar como operaría respecto a limitaciones *ex novo* del derecho de propiedad.

Es un tema casi zanjado en doctrina y jurisprudencia que el Estado es responsable por los actos que realice y provoquen daños a particulares. Para introducirnos en materia, resulta necesario distinguir entre el principio y la regla de responsabilidad. Se ha indicado que la responsabilidad del Estado como principio, importaría el reconocimiento de que éste, al igual que cualquier individuo del tráfico jurídico, puede comprometer su responsabilidad patrimonial⁶⁶. En otras palabras, que no tiene reservada para sí un ámbito o parcela de inmunidad –irresponsabilidad- total o parcial. Por otro lado, la responsabilidad del Estado como regla, exige previamente aceptar el principio de la responsabilidad del Estado, siendo necesario determinar bajo la ocurrencia de qué supuestos se compromete dicha responsabilidad⁶⁷.

La responsabilidad patrimonial del Estado se ha desprendido de normas constitucionales y legales. Vemos como el Constituyente ha regulado la responsabilidad del Estado en ciertas materias que revisten importancia. Por ejemplo, nos encontramos con los artículos 6 y 7, la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez consagrada en la letra i del el artículo 19 N°7, en los casos de excepción constitucional del inciso 2 del artículo 45, y también, aunque discutido, en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución.

En este mismo sentido, el legislador ha regulado hipótesis en la cual se ve comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado ya sea por culpa, a través de

⁶⁶ Román-1 (2018) P. 4

⁶⁷ **ibíd.**

la falta de servicio y de manera objetiva, por actuaciones lícitas de la Administración, como por ejemplo en el caso de la Ley N°18.755, Orgánica del Servicio Agrícola y Ganadero⁶⁸.

A continuación, analizaremos la responsabilidad patrimonial que puede tener el Estado a consecuencia de actos lícitos realizados por la Administración y por actos del legislador.

Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos lícitos de la Administración del Estado

En la actualidad existe consenso en la doctrina sobre la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de la Administración del Estado, siendo la consagración de la falta de servicio como el criterio de imputación general frente a las actuaciones ilícitas de la Administración. Sin embargo, dicho consenso no ocurre en los actos administrativos lícitos que provocan la lesión de un derecho del administrado.

Estas situación se configuran cuando la Administración, ya sea a través del ejecutivo, mediante la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución, o por un órgano administrativo, que, por una ley habilitante, realiza o emite un acto administrativo lícito, pero lesiona un derecho del administrado y provoca un menoscabo a este. No es anormal ver situaciones en las que la Administración, en el desarrollo de sus funciones, impone limitaciones al derecho de propiedad de los administrados. El problema se genera respecto a la situación en la que se deja al administrado afectado por la

⁶⁸Artículo 7° Ley N°18.755: Corresponderán al Director Nacional las siguientes funciones y atribuciones:

j) Disponer el pago de indemnizaciones a propietarios de bienes o productos no contaminados o sanos, que haya sido necesario sacrificar, beneficiar o destruir, como asimismo por las restricciones de uso de predios rústicos dispuestas por el Servicio, para prevenir, controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga, previa autorización otorgada mediante decreto supremo del Ministerio de Agricultura, el que llevará además la firma del Ministro de Hacienda. Las indemnizaciones comprenderán sólo el daño patrimonial efectivamente causado.

limitación, pues no existe un procedimiento o norma que regule la procedencia de alguna indemnización o restauración por el menoscabo económico que sufre.

Esto ha sido abordado por la doctrina como por la jurisprudencia. Siendo necesario detenerse en la discusión sobre si nuestro ordenamiento jurídico contempla un sistema de responsabilidad objetiva o subjetiva por los actos realizados por el Estado.

Responsabilidad objetiva

El sistema de responsabilidad objetiva es aquel que prescinde de elementos de imputación como la culpa y el dolo, siendo solo necesarios los otros elementos de la responsabilidad. El fundamento último de la responsabilidad del Estado sería que el administrado no tiene por qué soportar el daño que la Administración causa con su actividad, aunque sea lícita⁶⁹. Ha sido defendido en la doctrina nacional Soto Kloss⁷⁰, Fiamma⁷¹ y Oelckers⁷².

Este sistema de responsabilidad se ha fundado en los siguientes argumentos y normas jurídicas. Es necesario prevenir que la mayoría de estos argumentos no se sostienen por si solos, sino que concurren en conjunto:

- **Artículos 6 y 7 de la Constitución**

Conforme a estos artículos los órganos del Estado, cualesquiera sean sus funciones o actividades, responden o son responsables por acciones que infrinjan la Constitución o las normas dictadas en conformidad a ella⁷³. De esta manera, frente a una norma o acto administrativo que menoscabe un derecho garantizado sería suficiente para imputar responsabilidad.

- **Artículo 38 inc. 2 de la Constitución**

⁶⁹Quintanilla-1 (2001) P. 46

⁷⁰ Soto Kloss-2(1996) P.293-303

⁷¹ Fiamma (1989) P. 434-435

⁷² Oelckers (1984) P.365-366

⁷³ Quintanilla-1 (2001) P. 44

Se ha señalado, por cierta parte de la doctrina, que este artículo establece 2 principios en relación a la administración. Por un lado, un principio de competencia y por otro lado, el principio de responsabilidad patrimonial del Estado en el actuar administrativo de su organización, cuando en ella hubiese causado una lesión a los derechos de los administrados⁷⁴, interpretándose, para hacer procedente la responsabilidad patrimonial, que tiene como requisito único la lesión de un derecho fundamental del administrado, que se generaría incidentalmente en relación a la finalidad del acto administrativo⁷⁵, al tratarse de un acto lícito, pero que de igual forma, el Estado vería comprometida su responsabilidad.

Es así, que pese a que la posibilidad de la producción del daño está contenida dentro del ejercicio del comportamiento autorizado por el ordenamiento y que este considera útil a la comunidad⁷⁶, el menoscabo sí podría dar derecho a ser reparado por la Administración.

- **Garantías fundamentales**

Este argumento descansa en los artículos 19 N°20 y 24 de la Constitución. El primero descansa en que la constitución asegura la igual repartición de las cargas públicas entre los individuos, por lo que cualquier acto de la Administración que introduzca alguna carga a uno o algunos sujetos⁷⁷ sería una infracción a esta garantía, provocando un daño antijurídico. Daño que implicaría una desigualdad en su repartición, que solo el afectado soporta⁷⁸, lo que la habilitaría para ser restituida o compensada en aquello que fue privada, lesionada, menoscabada, integra y cabalmente⁷⁹.

⁷⁴ Oelckers (1984) P. 365

⁷⁵ Oelckers (1984) P. 369

⁷⁶ Céspedes-1 (2018) P.132.

⁷⁷ Soto Kloss-2 (1996) P. 301

⁷⁸ Soto Kloss-2 (1996) P. 301.

⁷⁹ Soto Kloss-2 (1996) P. 301.

El segundo se funda en que sus limitaciones solo la ley puede establecer sus “limitaciones y obligaciones” que deriven de la función social de la propiedad. Ley que, en caso alguno, podrá afectar el derecho de propiedad en su esencia ni imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio⁸⁰.

- **Principio de justicia y equidad natural**

Muy vinculado a la igualdad ante las cargas públicas, y frente a la inexistencia de norma expresa que establezca la responsabilidad objetiva del Estado, tenemos esta solución que ha sido utilizada por la jurisprudencia, que encuentra el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 inciso segundo de la Constitución, conforme al cual los tribunales están obligados a solucionar la controversia sometida a su conocimiento aunque falte norma que resuelva el conflicto(...), debiendo en dicho caso recurrir a la equidad (art. 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil, sobre requisitos que deben cumplir las sentencias definitivas)⁸¹.

- **Enriquecimiento sin causa**

Esta opción ha surgido como opción frente a la negativa de responsabilizar al Estado por actos lícitos de la Administración y en opinión de algunos autores para distinguir de la responsabilidad civil, que trae por causa la existencia de un delito o cuasidelito civil o de un contrato, por medio de su incumplimiento.

De esta manera, el titular del interés sacrificado no soporta en forma exclusiva los efectos adverso causados⁸² por el ejercicio de la labor administrativa, cuyo fundamento u obligación de reparar se encontraría a través del principio del

⁸⁰ Soto Kloss-2(1996) P.298

⁸¹ Peñailillo -1 (1996) P. 12

⁸² Céspedes-2 (2021) P. 128

enriquecimiento injustificado⁸³, cuya fuente legal ha sido reconocida tanto por la jurisprudencia y doctrina a raíz de los artículos 578 y 1437 del Código Civil⁸⁴.

Responsabilidad subjetiva

Por otro lado, el sistema de responsabilidad subjetiva o también conocido por responsabilidad por culpa o negligencia, que en derecho público toma el nombre de falta de servicio, es la regla general en criterio de atribución de responsabilidad del Estado. Esta supone un juicio de valor objetivo de la conducta de la Administración⁸⁵, en el que se hace necesario calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público⁸⁶. Entre los juristas que indican que este sistema de responsabilidad del Estado nos encontramos a Pierry⁸⁷ y Barros⁸⁸.

Los principales argumentos que se han esgrimido son:

- **Art. 38 CPR**

Por otro lado, se interpretó este artículo con resultados distintos, llevando al profesor Pierry a afirmar que es una norma de competencia, pero no para consagrar la responsabilidad extracontractual del Estado, y mucho menos un determinado tipo de la misma⁸⁹.

Asimismo, señala Bermúdez, que es posible desprender el principio de responsabilidad, frente a la vulneración de la legalidad y la posibilidad de recurrir ante los tribunales, en virtud de la norma constitucional al que confiere la tutela judicial frente a los daños que ocasiona la Administración del Estado. Sin embargo, de los preceptos constitucionales no se desprende ni se establece bajo qué sistema de responsabilidad responderá la misma, quedando su

⁸³ Céspedes-2 (2021) P. 128

⁸⁴ Céspedes-2 (2021) P. 128

⁸⁵ Barros (2020) P. 509

⁸⁶ Barros (2020) P. 509

⁸⁷ Pierry (1996) P. 299

⁸⁸ Barros (2020) P.516

⁸⁹ Pierry (1996) P.298

determinación a la labor del legislador⁹⁰. Asimismo, Barros indica que los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución son demasiado generales (...) para inferir de ellos un sistema concreto de responsabilidad⁹¹.

- **Artículo 42 de la ley de bases**

Este artículo lo que hace es establecer la falta de servicio como supuesto de responsabilidad⁹², que, como se ha señalado, es la anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos⁹³.

Este argumento se ha sostenido en razón de que sería el sistema de responsabilidad que habría elegido el legislador para la Administración del Estado, considerando que en toda hipótesis de responsabilidad estaríamos frente a una actuación ineficiente o en desapego a la normativa. Requisito imprescindible para comprometer la responsabilidad del Estado.

- **Inexistencia de norma jurídica**

Se ha planteado que al no existir norma jurídica que regule de manera expresa la responsabilidad del Estado Administración por actos lícitos y al ser la responsabilidad objetiva de carácter excepcional, no cabe más que rechazar la postura sobre una eventual responsabilidad objetiva⁹⁴, no siendo factible reconocer responsabilidad patrimonial por actos lícitos de la administración⁹⁵.

Nuestros tribunales:

⁹⁰ Bermúdez (2014)

⁹¹ Barros (2020) P. 517

⁹² Bermúdez (2014)

⁹³ Bermúdez (2014)

⁹⁴ Román- 2 (2018) P. 8

⁹⁵ Este ha sido el principal argumento que ha sostenido en los últimos 20 años la Corte Suprema para rechazar la responsabilidad patrimonial del Estado por actos lícitos de la Administración.

Debido a la inexistencia de norma son importante los casos que ha llevado a que los tribunales se pronuncien sobre esta materia, tomando un rol importante en su evolución. Cabe señalar que la Corte Suprema en los últimos 40 años se ha inclinado por ambas posturas, consolidándose en los últimos años la tesis de la responsabilidad subjetiva.

Postura a favor de responsabilidad objetiva

Esta postura influenciada por los autores señalados más arriba se consagró en el caso conocido como Galletué (1984), en la que la Corte conociendo de una demanda en contra del Fisco de Chile por la dictación de un decreto que prohibía la tala de araucarias, acogió dicha postura señalando:

11° (...) la prohibición del Decreto Supremo N° 29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción y aunque basada en la ley, redundaba en graves daños para los propietarios de Galletué que han acatado la decisión de la autoridad, **no siendo equitativo que los soporten en tan gran medida sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia:**

12) Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política, junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; así, el artículo 19 N° 7 letra i) de la Carta

dispone que una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente erróneo o arbitrario el acto de procesamiento o condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su N° 8° prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en esos estados y que sean permitidas, darán lugar a indemnización en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización 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, y si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción.

Entre otros, los artículos 1°, 5°, 7° y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado⁹⁶(lo destacado con negrita es nuestro).

Postura a favor de la responsabilidad subjetiva

Sin embargo, esta postura de la Corte Suprema cambió drásticamente, a principios de los años 2000, con el fallo caratulados “Agrícola Lolco con Fisco de Chile”, en la que fundamentó su rechazo a la indemnización en la inexistencia de norma que la

⁹⁶ Corte Suprema, rol N°16743-1983, considerando 11 y 12, de fecha 07 de agosto de 1984. También en Roman-2 (2018) P.16.

contemple la procedencia de la responsabilidad del Estado por actos lícitos. En concreto señaló:

51° “(...) lo que completa un panorama en el que se advierte la ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado a responder en un caso como el planteado, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia, ya que deriva de la circunstancia de que, sencillamente, no existe dicha normativa”⁹⁷.

En otro caso, conocido como “Vacas Locas” conociendo sobre una decreto que ordenó la destrucción de carne posiblemente contaminada con el virus denominado “vacas locas”, reiteró el argumento de la inexistencia de consagración en nuestro ordenamiento jurídico:

14° Que no hay norma sustantiva en la Carta Fundamental sobre una obligación indemnizatoria como la pretendida en autos (...).

15° Que, por otra parte, el sentenciador de primera instancia invoca como disposiciones fundantes de la responsabilidad del Estado el artículo 19 numerales 20 y 24 de la Constitución Política. Sin embargo, el juez yerra pues no advierte que se trata de garantías que se refieren a determinados derechos, pero en ningún caso a la consagración de algún tipo de responsabilidad extracontractual del Estado. Aparte de lo anterior, es pertinente considerar que cuando el constituyente quiso conceder derecho a una indemnización en relación a alguno de los numerales del artículo 19 lo señaló expresamente, como en el caso del artículo 19 N° 7 letra i), en el mismo N° 24 y en el artículo 45.

16° Que, en este sentido, la circunstancia que determinadas leyes especiales hayan consagrado excepcionalmente un régimen especial indemnizatorio demuestra que el derecho a indemnización por actos lícitos a favor de las

⁹⁷ Corte Suprema, rol N°381-2004, considerando 37, de fecha 30 de diciembre de 2004. También en Roman-2 (2018) P.24.

personas afectadas sólo opera en virtud de un texto legal expreso y no porque la Constitución Política establezca una regla especial de responsabilidad⁹⁸(lo destacado con negrita es nuestro).

De este modo, el máximo tribunal en los últimos 20 años ha reducido el debate a que la responsabilidad del Estado Administrador por actos lícitos no se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico, ergo, no podría prosperar una acción de esta índole. Rechazando cualquier posibilidad de responsabilidad patrimonial del Estado-Administrador por actos lícitos⁹⁹, y que la desigualdad ante las cargas públicas no termina de constituirse en un título válido de responsabilidad estatal, no obstante, la existencia y reconocimiento de este derecho fundamental en el texto constitucional vigente. por actuaciones lícitas, llevando a la jurisprudencia actual a 3 conclusiones¹⁰⁰: I) En primer lugar, que se reconoce el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, pero esta debe encontrarse regulada en la ley; II) En segundo lugar, que el derecho fundamental de propiedad y de igualdad en las cargas públicas no dan derecho a indemnización, pues cuando el constituyente así lo ha querido, lo ha consagrado expresamente¹⁰¹; 3) En tercer lugar, la responsabilidad del Estado por acto lícito se encuentra en el contexto de la responsabilidad objetiva, por ende, excepcional. Necesita ser consagrada expresamente en la ley (o constitución) para su vigencia en el ordenamiento jurídico.

La función social de la propiedad y la responsabilidad patrimonial del Estado: Nuevas postura

Desde luego, resulta complejo armonizar un derecho individual tan importante como lo es el derecho propiedad con una pretensión social. En el capítulo I de este trabajo

⁹⁸ Corte Suprema, Sentencia ROL N°9924-2010, en autos caratulados “Productos Fernandez S.A. con Ministerio de Salud.”, considerandos 14, 15 y 16, de fecha 20 de noviembre de 2012. También en Román-2 (2018) P. 28

⁹⁹ Ferrada (2020) P. 396

¹⁰⁰ Román- 2 (2018) P. 35

¹⁰¹ Román- 2 (2018) P. 35

podimos revisar varias situaciones que implican limitaciones intrínsecas y extrínsecas al derecho de propiedad. Siendo ahora necesario determinar si dichas limitaciones pueden dar lugar a una compensación o, en su caso, una indemnización por parte del Estado.

Como vimos la responsabilidad del Estado-Administrador por actos lícitos es algo discutible en nuestro ordenamiento jurídico al no disponer de normativa expresa que la contemple, sumado a que algunos juristas planteen que en el derecho chileno no existe discusión sobre cuál es el régimen general de responsabilidad del Estado¹⁰². Esto ha llevado el cuestionamiento por cierta parte de la doctrina. Es así como Cordero, ha señalado que basar el fundamento del rechazo de la Corte en la existencia o no de una acción específica para resolver la procedencia del sistema de responsabilidad y no en la entidad del daño y sus consecuencias¹⁰³, nos mantendrán tolerando, la existencia de daños singulares y extraordinarios, a consecuencia de medidas que benefician a la comunidad (...) y nunca serán indemnizables¹⁰⁴. Asimismo, se ha propuesto replantear el enfoque que se le ha dado a las pretensiones de responsabilidad del Estado por hechos lícitos.

Para esto es necesario irnos al concepto y fines de responsabilidad civil, que se ha entendido como la imputación a una persona de la obligación de reparar un perjuicio¹⁰⁵, cuyo fin tradicional sería reparar el daño causado y dejar a la víctima indemne¹⁰⁶.

Céspedes, ha propuesto que no estaríamos frente a una hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado en atención a que la responsabilidad civil surge como consecuencia de un comportamiento reprochado por el sistema a causa de un daño ilícito o antijurídico¹⁰⁷, situación que no ocurriría cuando el acto que origina el menoscabo económico es lícito, pues no puede ser merecedor de reproche o

¹⁰² Ferrada (2020) P. 376

¹⁰³ Cordero (2012)

¹⁰⁴ Cordero (2012)

¹⁰⁵ Corral (2013)

¹⁰⁶ Corral (2013)

¹⁰⁷ Céspedes-2 (2021) P.122

imputable en virtud de que realiza algo que la misma ley ordena directa o indirectamente.

Ante esto, se ha planteado, que en situaciones que sean excesivas o superan cierto margen de tolerabilidad, se podría dar origen a obligaciones restitutorias, en cuya virtud el Estado tiene que compensar ciertas cargas que impone a los particulares en razón del interés general¹⁰⁸. Este argumento también lo podemos encontrar en Barros, quien no señala que el sustento normativo se encontraría en el principio de igual distribución de las cargas públicas, que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 19 N°20¹⁰⁹. pero, a nuestro entender, ese principio, así como el del enriquecimiento sin causa, funcionan de modo autónomo y no como supuestos de responsabilidad¹¹⁰, sumado a la imposibilidad de configurar responsabilidad sin la concurrencia de la antijuricidad.

POSTURA FRENTE A MENOSCABOS PATRIMONIALES POR ACTOS LÍCITOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Coincidimos que frente a un menoscabo económico por el actual lícito de la Administración no estaríamos frente a una hipótesis de responsabilidad civil, sin embargo, como veremos, en ciertos casos si debiese compensarse al afectado con la limitación al derecho de propiedad por actos administrativos que imponen una limitación *ex novo*.

Es plausible la postura de que la obligación de compensar viene de ciertos principios y normas consagradas en la Constitución, entendemos las críticas que se han realizado respecto a la aplicación directa que pudiese tener. Por otro lado, descartamos poder atribuir o fundamentar la compensación en un enriquecimiento

¹⁰⁸ Barros (2020) P. 540

¹⁰⁹ Barros (2020) P. 540

¹¹⁰ Corral (2013)

injustificado dada la naturaleza de los intereses regulados en materia civil y la autonomía que tiene el Derecho Público.

Aparte del sustento que nos entrega la Constitución, encontramos respaldo al deber de compensar o restablecer económicamente al particular afectado por las normas *ex novo* que limita su derecho de propiedad, en los artículos 21 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación a la protección a la propiedad privada e igualdad ante la ley que obliga a los Estados a observar, teniendo estos artículos aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico en función del artículo 5 de la Constitución.

En concordancia con lo anterior, el pago o prestación que se reclama por la afectación económica del acto lícito no debiese ser a título de indemnización de perjuicios por las críticas ya expuesta en los párrafos precedentes. Teniendo mayor pertinencia hablar de compensación o restitución, siendo aquella que busca restablecer la situación patrimonial en la que se encuentra el privado afectado por la limitación.

Este concepto no es nuevo en el ordenamiento jurídico, ha sido utilizada en materia de saneamiento de propiedad raíz y compensación económica en materia de familia¹¹¹. Especial relevancia tiene esta última, pues su consagración no pretende entregar una indemnización al otro cónyuge, si no dejarlo en condiciones de enfrentar dignamente una vida futura¹¹² y cuyo fundamento se encuentra en razones de equidad¹¹³. Concordamos con este autor, pues se adecua al espíritu del menoscabo sufrido por el titular del derecho de propiedad limitada, en atención que cumple la función de “restituir, restaurar o reintegrar el valor del bien o interés sacrificado¹¹⁴.”

Finalmente, para no caer en el riesgo de que toda decisión que tome la Administración y provoque menoscabo o lesione intereses del administrado, deba ser compensado,

¹¹¹ Céspedes-2 (2021) P. 124.

¹¹² Céspedes-2 (2021) P.124.

¹¹³ Lepin (2016)

¹¹⁴ Céspedes-2 (2021) P.125.

es que acogemos los requisitos de sacrificio especial, que se traduce que sólo deberán ser compensados aquellos daños que sean I) excepcionales y II) graves. “excepcional” en el sentido que el detrimento o menoscabo económico lo debe sufrir un conjunto limitado de personas¹¹⁵. Por otro lado, “grave” que se afecte en un nivel alto los derechos del administrado más allá de lo que vivir en sociedad nos exige tolerar¹¹⁶.

Limitaciones en materia sanitaria

Respecto a las limitaciones en materia sanitaria revisada en el capítulo I, como señalamos se enmarcaban en el contexto de la pandemia del Covid-19 que ha afectado al mundo durante el año 2020 y 2023. Dentro de las medidas que se tomaron para enfrentar el problema sanitario se encuentra el Decreto Supremo N°4 de 2020 y el Decreto Supremo N°104 de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Es así que se tomaron medidas que introducían afectaciones al derecho de propiedad de particulares, como lo eran la regulación de precios de ciertos productos. Dado que estas limitaciones al derecho de propiedad se tomaron en un periodo de excepción constitucional, se encuentran reguladas y sometidas al el inciso segundo del artículo 45 de la Constitución. De esta forma, menciona que las requisiciones y limitaciones que se hayan realizado tienen derecho a ser indemnizadas.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-LEGISLADOR

En las últimas 2 décadas han existido pronunciamientos por parte de la doctrina respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones u omisiones en las que pueda incurrir el legislador. A continuación, revisaremos las principales argumentos que se dan a favor y en contra de este tipo de responsabilidad patrimonial.

Para analizar la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator, debemos dividir en 2 formas en que esa se puede clasificar. i) en primer lugar, la responsabilidad por la

¹¹⁵ Barros (2020) P. 542

¹¹⁶ Barros (2020) P. 542

actividad legislativa, y ii) en segundo lugar, la responsabilidad por declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente.

RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD LEGISLATIVA

En los siguientes párrafo revisaremos los argumentos que han nacido desde la doctrina para cuestionar la construcción de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, como también aquellos que permiten impugnarlos.

I. Presunción de Constitucionalidad

Se niega la responsabilidad del Estado por actos del legislador, en función de que es un principio de nuestro ordenamiento jurídico que la ley se presume lícita (y constitucional), al ser generada por los órganos legitimados dentro del Estado. El Tribunal Constitucional ha señalado que se declare la inaplicabilidad de una norma no es nada lesivo, sino que, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley¹¹⁷.

Por el contrario, desde la otra vereda, no resultaría descabellado proponer que si una norma logra traspasar todas estas vallas institucionales de control y con posterioridad es declarada inconstitucional, lesionando derechos de una o más personas, el Estado debiese responder por dicha ablación de derechos, ya que, si no se advierte en la instancia adecuada la infracción y se lesiona un derecho de un particular, no resulta ilógico que la persona pueda perseguir la responsabilidad de una ley legítima que le irroga un perjuicio. Más abajo ahondaremos en la necesidad de que el legislador responda por los daños provocados por leyes declaradas inconstitucionales.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia ROL N°681-06-INC, de fecha 26 de marzo de 2007, considerando 7.

II. Falta de Daño Especial

Este argumento se da en función de la creencia de que la ley tiene por objetivo una aplicación generalizada, lo que no provocaría una afectación de carácter especial a un individuo, ergo, no se genera el deber de indemnizar¹¹⁸. Esta falta de daño individualizable sería motivo suficiente para rechazar la posible responsabilidad patrimonial.

Sin embargo, como ha señalado Ignacio Núñez, dicho argumento descansa en una premisa errónea, pues en un Estado Constitucional de Derecho, la antijuricidad de la ley puede provenir de la vulneración a cualquier disposición de la Carta Fundamental o tratados internacionales, sea que afecte los derechos constitucionales de un solo individuo o a todos por igual¹¹⁹.

Además, que las normas tengan una aplicación general no es del todo cierto, pues no es poco frecuente que el legislador, en las últimas décadas, ha ido mutando desde la creación de leyes con un enfoque general hacia la creación de leyes para dar soluciones a problemas específicos. Esto se puede observar al ver el nombre y contenido con el que son promulgada, lo que podría afectar directamente al principio de la igual repartición de cargas públicas que consagra la Constitución y que revisamos al analizar la responsabilidad del Estado-Administrador.

III. Falta de regulación en la Constitución

Al igual que frente a la responsabilidad objetiva, con mayor razón en esta materia se ha sostenido que no sería procedente la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislador, pues el constituyente no regulado de forma especial la responsabilidad de este órgano— a diferencia- como lo hizo respecto a la responsabilidad del Estado-Juez y del Estado-Administrador.

¹¹⁸ Nuñez-1(2010) P.190

¹¹⁹ Nuñez-1(2010) P.194

La respuesta a este argumento por parte de la doctrina sería similar a la que se ha dado frente a la discusión de la responsabilidad o irresponsabilidad patrimonial del Estado, en la que se entiende que esta deriva -principalmente- del principio de responsabilidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución¹²⁰. En este mismo sentido, se ha dicho que existen normas que regulan de manera expresa la procedencia y alcance de la responsabilidad por hechos del juzgador y administrador, no significa en caso alguno la negación de otras formas de responsabilidad patrimonial del Estado¹²¹.

IV. Mérito e Innovación legislativa

Este argumento de índole más práctico ve que de aceptar un régimen de este tipo se constituya, en los hechos, en un obstáculo a la innovación legislativa¹²². Aceptar este tipo de responsabilidad, nos acerca al riesgo de paralizar la actividad legislativa por las consecuencias patrimoniales que podría generar su actuar, lo que la vuelve una medida insostenible en una república democrática como la chilena. Por tal motivo, ningún control jurisdiccional podría analizar el “mérito” de la medida adoptada¹²³. Sin perjuicio de que a veces ocurre.

Dado que es el legislador quien, conforme a la Constitución, es el órgano encargado de la creación de leyes, inclusive en algunas de conocimiento exclusivo, resulta complejo entrometerse en el mérito de sus decisiones. Asimismo, la Constitución ya cuenta con un mecanismo de control, con lo es posible recurrir al Tribunal de Constitucional durante y posteriormente a la tramitación del proyecto de ley para su ajuste a las normas constitucionales.

V. Contenido esencial de los derecho fundamental

¹²⁰ Cannoni y Corvalán (2015). P.269

¹²¹ Nuñez-1(2010) P. 192

¹²² Román- 2 (2018) P. 12

¹²³ Román- 2(2018) P. 10

Por último, a favor de la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator se puede sostener que comete un daño cuando la limitación al derecho de propiedad afecta al contenido esencial de derecho. De esta forma se afecta el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N°26 de la Constitución, que establece un límite a los preceptos legales que regulen o complementen garantías constitucionales, señalando que “no podrán afectar los derechos en su esencia (...) o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Si bien no es el objetivo de este trabajo, debemos realizar una somera aclaración sobre lo que la doctrina y jurisprudencia ha señalado sobre la esencialidad de este derecho. En este sentido, el Tribunal Constitucional conociendo de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucional, ha señalado:

22°. Que, es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27.03.1983, Rev. 80, sección 5ª, pág. 244).

Limitar, en cambio importa “acortar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, pág. 1258).

De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales¹²⁴(lo subrayado en nuestro).

De tal fallo, se puede desprender que el límite de las limitaciones - en relación a las afectaciones del derecho de propiedad- es el contenido esencial de los derechos¹²⁵. La diferencia es que en la limitación no se afecta en su totalidad las funciones esenciales del derecho de propiedad. Sin embargo, en un Estado de Derecho la sola limitación de uno de los atributos esenciales deviene en un daño injusto que debe soportar la persona afectada. De este modo, esta afectación no se encuentra garantizada por la indemnización que sí procede respecto a la expropiaciones.

Este argumento, sostenido por la doctrina en base al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, que constituye una super garantía, que busca proteger a los derechos en su esencia. Entendiendo por esencia del derecho de propiedad sus atributos esenciales. En consecuencia, el límite de las limitaciones - en relación a las afectaciones del derecho de propiedad- es el contenido esencial de los derechos¹²⁶.

En razón de lo dicho en los párrafos precedentes, en el eventual caso que una ley que establezca una limitación tan intensa a los atributos que afecta el contenido esencial del derecho de propiedad, y no es desarrollada como expropiación por el legislador, no sería procedente en principio la indemnización por responsabilidad del Estado Legislador, sino la garantía que puso a disposición el constituyente es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se debe interponer ante el TC.

Es complejo establecer de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente una responsabilidad del Estado Legislador por la sola lesión de un derecho fundamental,

¹²⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 245-96-CDS, considerando 22, de fecha 02 de diciembre de 1996.

¹²⁵ Román- 2 (2018) P. 37

¹²⁶ Román- 2 (2018) P. 37

en nuestro caso por una limitación *ex novo* al derecho de propiedad, debido a que es la misma constitución quien entrega dicha facultad de regular o limitar el derecho de propiedad de las personas, sin que se contemple un mecanismo de pago o compensación que si consideró para las expropiaciones propiamente tal. Tampoco resulta aplicable en esta materia recurrir a la solución propuesta para los actos administrativos lícitos y la procedencia de su compensación, en virtud de que son 2 normas de rangos legales distintos.

Por todo lo anterior, solo una vez que una ley o precepto es declarado inconstitucional, la persona afectada tendrá la facultad de solicitar la indemnización de perjuicios. Como veremos más abajo, la declaración de inconstitucionalidad es uno de los requisitos para la construcción de la responsabilidad del Estado por actuaciones del legislador.

Garantía reparatoria frente a leyes declaradas inconstitucionales

A continuación, pasaremos a revisar la forma que la doctrina ha abordado la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator por leyes declaradas inconstitucionales, luego de haberse encontrado vigentes.

Es de público conocimiento que la reforma constitucional del año 2005 introdujo el control abstracto de constitucionalidad a posteriori de una ley, que es ejercido por el Tribunal Constitucional. Esta declaración, puede ser aplicada de oficio o a requerimiento de un particular legitimado y la resolución que declare la inconstitucionalidad, tendrá vigencia desde que se publique en el Diario Oficial¹²⁷.

Lo anterior, puede provocar que un particular que ve afectado su derecho por una norma válida y vigente, que tiempo después, días o meses, es declarada inconstitucional. Esto nos lleva a preguntarnos a cómo enfrenta la constitución estos casos. La respuesta la entrega el artículo 94 de la Constitución, que señala que, la

¹²⁷ Art. 94 Inc.3 de la Constitución Política de la República de Chile.

declaración de inconstitucionalidad no afectará a los actos anteriores regidos por la norma declarada inconstitucional, de este modo los actos regulados por la norma declarada inconstitucional se mantendrán inalterados.

Ante lo anterior, parte de la doctrina ha señalado que el legislador si comprometería su responsabilidad frente a leyes declaradas inconstitucionales, otorgando garantía para su cumplimiento, que consiste en que los actos fundados en normas legales inválidas sean sometidos al estatuto general dispuesto para los actos antijurídicos que causan daño o perjuicios a particulares, si es que efectivamente estos se han producido¹²⁸, haciendo clara alusión directa al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

Uno de los requisitos más importante para la procedencia de esta indemnización es que estemos frente a una ley declarada inconstitucional, ya que sería la causa o “título de imputabilidad” de la indemnización por daño o lesión injusto a la que deberá ser condenado el Estado-Legislator¹²⁹. Al igual que frente a la responsabilidad del Estado-Administrador por actos lícitos, atendiendo a la importancia que tiene la institución legislativa, la procedencia de la indemnización deberá ser excepcional, y nos resultan de utilidad los criterios utilizados en el análisis del sacrificio especial: I) en primer lugar, que sean excepcionales, y; II) en segundo lugar, que sean graves.

La justificación de esta medida se encontraría en el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, pero también, que su omisión haría incurrir en una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley, regulada en el artículo 19 N°2 y 20 de la Constitución, pues esta distinción provoca una discriminación arbitrarias entre personas ex ante y ex post a la declaración de inconstitucionalidad.

Esta postura se hace cargo de las objeción de que la responsabilidad patrimonial del Estado-Legislator inhibiría la iniciativa legislativa. Esta solución pasa porque

¹²⁸ Nuñez-1(2010) P. 186

¹²⁹ Zúñiga (2007) P.23

hablamos de una responsabilidad con posterioridad a la declaración de infracción a la Constitución, que, a la vez, si la persona afectada llega a accionar para obtener una reparación, esto será con posterioridad a la discusión legislativa, pero también, posterior a los controles realizados por el órgano encargado por salvaguardar por la supremacía constitucional. De este modo, no se inhibiría el actuar del legislador. Esto viene a resarcir el detrimento patrimonial de la persona, pues la Constitución es clara respecto a que el acto no puede ser revocado, pese a que el vicio de constitucionalidad ya existía, dejando a las personas en una situación de igualdad. Resultando racional que si a la institucionalidad encargada de crear las leyes (legislador) y de fiscalizar su constitucionalidad (Tribunal Constitucional), falla y lesiona un derecho de un individuo, debe el Estado reparar este daño restableciendo el desequilibrio en la repartición de la carga pública.

En consecuencia, en la constitución vigente, que consagra un Estado de Derecho, resulta plausible sostener que el Estado sea responsable patrimonialmente frente a leyes declaradas inconstitucionales, pero adecuándose a las condiciones y requisitos que revisamos en los párrafos precedentes.

Nueva Constitución y responsabilidad patrimonial del Estado Administrador y Legislador.

Luego de haber analizado las posturas respecto a las responsabilidades patrimoniales del Estado por actuaciones lícitas de la administración y por actuaciones del Legislador, nos proponemos buscar un camino que pueda destrabar el debate respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado, pero en particular en materia de leyes *ex novo* que impliquen limitaciones al derecho de propiedad en razón de la función social y ecológica de la propiedad.

Si bien propusimos el fundamento normativo que justificaría el deber de compensar a particulares por leyes *ex novo* que impliquen limitaciones al derecho de propiedad, creemos necesario proponer que esta materia pueda ser tratada por una nueva

Constitución. Esta debería consagrar de manera expresa un principio de responsabilidad patrimonial del Estado, comprendiendo la actuación de la Administración y del Legislador, como ha ocurrido en España¹³⁰. Sin embargo, dicha propuesta no haría procedente la compensación por todo tipo de acto limitativo al derecho de propiedad, por lo que se debiesen introducir criterios que hagan excepcional la procedencia de esta compensación, contando con contenido mínimo que considere el procedimiento al que se deba someter la parte afectada por la limitación y pueda reclamar la respectiva compensación.

Esta tarea se ajustaría mucho mejor a sus objetivos si junto a la consagración de este principio, es acompañada de la creación de tribunales contencioso-administrativos, pues se ajustarían de mejor modo a los intereses y relación que es necesario sopesar entre el derecho público y los intereses particulares.

Por otro lado, la dualidad entre limitación y privación al derecho de propiedad se debiese mantener, pero de acuerdo al principio de responsabilidad que pretendemos que se consagre, postulamos que la limitaciones al derecho de propiedad sean compensadas económicamente por el Estado solo en aquellos casos que se cumpla con los requisitos del sacrificio especial, esto es que sean excepcionales y graves.

En caso contrario, la parte afectada deberá soportar la limitación al derecho de propiedad, en razón de los costos y limitaciones que debe soportar un individuo al vivir en comunidad. De modo que la compensación pondría en equilibrio los intereses de la sociedad y el de los particulares.

¹³⁰ Art 9.3 Constitución Española “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”.

CONCLUSIONES

Nuestra investigación se propuso revisar cual ha sido el comportamiento del Estado respecto a las limitaciones al derecho de propiedad por la función social y ecológica de la propiedad haciendo una revisión de leyes y actos administrativos que implicaran limitaciones. Esto nos llevó a ver que tanto el legislador como la Administración establecen limitaciones intrínsecas y extrínsecas al derecho de propiedad. En ambas situaciones, por regla general, no se hace mención expresa a la función social y ecológica de la propiedad, por lo que debemos interpretar de acuerdo a la naturaleza de la norma o el acto administrativo que se trata de una limitación fundada en alguna de las causales.

Asimismo, revisamos que postura tomó el ordenamiento jurídico respecto a la reserva legal en materia de limitaciones al derecho de propiedad, en atención a que la Constitución indicaría en principio que sería de conocimiento exclusivo del legislador. Es así, que a priori pudimos ver que no ha tomado un criterio uniforme respecto a alguna de la tesis, lo que ha llevado a que la doctrina tenga un rol relevante en esta materia. Sin embargo, a raíz de la normativa analizada, sumado a los diferentes fallos del Tribunal Constitucional podemos llegar a la conclusión que tiende a tener mayor recepción la reserva legal relativa, por lo que sería aceptable que la Administración tome medidas que impliquen limitaciones al derecho de propiedad por un criterio de eficiencia. También, cabe señalar que en aquellas que se acoge la reserva legal relativa, de acuerdo a la clasificación utilizada respecto a la transitividad de la ley, se entiende que hay mayor cercanía en nuestra normativa con las leyes transitivas, es decir, con aquellas que el legislador establece límites e indica en detalle las facultades que tendrá la Administración respecto a limitaciones al derecho de propiedad.

En una eventual nueva constitución, creemos que es necesario se permitir al legislador remitir en forma expresa a la Administración la complementación y ejecución de las leyes, en aquellos casos, que por eficiencia o frecuente variabilidad de las

circunstancia, sea ineficaz, si se aplicare la reserva legal absoluta. Esto pretende que sea el legislador quien prevea estas situaciones de necesidad de rapidez en la respuesta, evitando una autonomía normativa de la Administración.

El artículo 23 del anteproyecto de nueva Constitución Política de la República, otorga mayores potestades al legislador respecto a la limitación de derechos fundamentales, creemos que entrega mayor dinamismo y acelera la respuesta que puede entregar el Estado a los requerimientos o necesidades de la población, siempre que se salvaguarde el respeto a la esencia de los derechos fundamentales. Asimismo, consideramos que, cumplidos los requisitos de razonabilidad y justificación social, se abre la posibilidad de poder remitir la entrega de estas facultades a la Administración del Estado para la toma de decisiones que impliquen limitaciones al derecho de propiedad en razón de la función social y ecológica.

Por otro lado, respecto a la obligación del Estado a responder por las actuaciones lícitas que generan limitaciones al derecho de propiedad, concluimos que el Estado se debe hacer cargo por dicha afectación lícita, pero no a título de indemnización de perjuicio, sino que, a título de compensación por el menoscabo económico, cuyo fundamento lo encontramos en el derecho internacional.

En relación a la responsabilidad del Estado legislador no sería procedente en el ordenamiento jurídico vigente, dado que es el encargado a establecer la función social y ecológica de la propiedad por medio de la Reserva de ley. Además, se correría el riesgo de afectar las funciones legislativas, que nos podría llevar a la judicialización del poder legislativo, yendo en contra de la idea de Estado republicano dispuesto en la Constitución.

Sin embargo, frente a leyes declaradas inconstitucionales, el afectado por la norma cuando estuvo vigente, sí tiene derecho a interponer la respectiva acción de indemnización, sirviendo dicha declaración como criterio de imputación. La

procedencia de responsabilidad deberá adecuarse a los criterios de excepcionalidad y gravedad.

Finalmente, proponiendo un cambio a futuro para abordar la situación de las limitaciones lícitas al derecho de propiedad, se propone que se consagre un principio de responsabilidad patrimonial del Estado, con criterios que excepcionalidad y gravedad para la procedencia de compensación, pues existen limitaciones que deben ser toleradas por los individuos al vivir en sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

1. ALDUNATE. Eduardo. -1 Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. [en línea] Revista Chilena de derecho. Vol. 33, N°2, 1996 <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000200005> [Consulta: 29 de octubre 2020].
2. ALDUNATE. Eduardo. - 2 Derechos Fundamentales. [En línea] Santiago: Thomson Reuters <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2018/42494402/v1>> [Consulta: 03 de marzo de 2023]
3. ALDUNATE. Eduardo y FUENTES. Jessica. El concepto del derecho de propiedad en la jurisprudencia constitucional chilena y la teoría de las garantías de instituto [En línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N°18, 1997. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/issue/view/20>> [consulta: 29 de octubre 2020].
4. BARROS, Enrique. 2020. Tratado de responsabilidad extracontractual. Segunda edición. Chile. Editorial Jurídica de Chile.
5. BERMUDEZ. Jorge. 2014. Derecho Administrativo General. Tercera edición actualizada. [En Línea] Chile. Thomson Reuters <<https://proview-thomsonreuters-com.uchile.idm.oclc.org/title.html?redirect=true&titleKey=LALEY%2F2014%2F41686274%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=ia744803f0000015f6073c8ddc1985a17#sl=0&eid=d2ca5efff882de8e756ef586f0c42cf1&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>> [Consulta: 07 de marzo de 2023]

6. CANNONI. Leslie. y CORVALÁN. Pablo. 2012. La Responsabilidad del Estado Legislador. Chile. Thomson Reuters.
7. CÁRCAMO. Alejandro. Límites de las potestades normativas de las Municipalidades. [En línea] Diario Constitucional < <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/limites-de-las-potestades-normativas-de-las-municipalidades/> > [Consulta: 03 de marzo de 2022]
8. CARMONA. Carlos. Un nuevo estadio en la relación Ley-Reglamento: el ámbito del reglamento. [En línea] Revista de Derecho Público, N°63, tomo 2, 2001. < <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/4316> > [Consulta: 25 de septiembre de 2022]
9. CAZOR, Kamel. GUILOFF, Matias. La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el estado constitucional chileno. [En línea] Anuario de Derecho Público N°1, 2011 < https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/22_Cazor_Guiloff.pdf > [Consulta: 03 de marzo de 2022]
10. CESPEDES. Carlos – 1. El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza. Ius et Praxis [En Línea]. vol.24, N°1. 2018. < https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000100129 > [Consulta: 01 de marzo de 2023].
11. CESPEDES. Carlos – 2. Notas sobre la denominada “responsabilidad” por acto lícito en el derecho civil. Reconociendo a las compensaciones por sacrificio. Ius et Praxis [En línea]. vol.27, N°2. 2021. < https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122021000200114 > [Consulta: 06 de marzo de 2023].

12. CORDERO, Eduardo-1. De la propiedad a las propiedades. la evolución de la concepción liberal de la propiedad [En línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Vol. 31, N°2, 2008 <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/686> > [Consulta 25 de diciembre de 2020].
13. CORDERO, Eduardo-2. Declaración de utilidad pública y planes reguladores: Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo [En línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 44, N° 1, 2015 <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1018> > [Consulta: 31 de octubre 2020].
14. CORDERO, Eduardo-3. Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico. 2020 [En línea] Tirant Lo Blanch Online Latam <<https://n9.cl/kbgfm> > [Consulta 01 de enero 2023]
15. CORDERO, Luis. 2012. Las Vacas Locas y la responsabilidad del Estado por acto lícito [En línea]. El Mercurio Legal. 22 de noviembre, 2012. <<https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901587&Path=/0D/C1/> > [Consulta: 08 de marzo de 2023].
16. CORRAL, Hernán. 2013. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. 2° Ed. Actualizada. [En línea] Chile. Thomson Reuters <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/laley/cl2013/le2125/v1> > [Consulta: 20 de febrero de 2023].
17. CRISTI, Renato. La génesis de la Constitución de 1980 y sus claves conceptuales: función social de la propiedad y Bien Común. [En línea] *Derecho y Humanidades* Vol. N°23, 2014

- <<https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/41523> >
[Consulta: 27 de diciembre de 2020].
18. FERNANDOIS. Arturo. La reserva legal: Una garantía sustantiva que desaparece [En línea] Revista Chilena de Derecho. Vol. 28 N°2 <
<https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/14901/000334702.pdf?sequence=1>> [Consulta: 05 de septiembre de 2022].
19. Ferrada. Juan. La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi 20 años de jurisprudencia de la Corte Suprema. [En línea] Revista de Administración Pública. 2020, N°211. <
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/79564> > [Consulta: 27 de febrero de 2023].
20. FIAMMA. Gustavo. La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio [En línea]. En Revista Chilena de Derecho Vol.16 N°2. 1989. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649626>> [Consulta: 27 de mayo de 2023].
21. GUILOFF. Matias-1. Operativizando la relación ley-reglamento: una propuesta de redefinición del rol de la reserva legal [En línea] Revista de Derecho. Vol. 25 N°1, 2012. < <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2053>> [Consulta: 03 de septiembre de 2022].
22. GUILOFF. Matias-2. La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena [En línea] Revista IUS ET PRAXIS. Vol. 24, N°2, 2018 <
<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161> > [consulta: 28 de diciembre de 2020]

23. GUILOFF. Matias-3. La privación de atributos y facultades esenciales del dominio como estándar de control para las intervenciones sobre el Derecho de Propiedad Privada [En línea] Revista de Estudios Constitucionales. Vol. 16 N°2, N°2, 2018. < <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/488>> [Consulta: 30 de noviembre de 2020]
24. LEPIN. Cristián. 2016, Compensación Económica - Doctrinas Esenciales. Segunda edición. [En línea]. Thomson Reuters < <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/LALEY/2016/41967970/v1> > [Consulta: 23 de febrero de 2023].
25. LÓPEZ, Juan. Derecho Constitucional chileno y función social de la propiedad [En línea] *Derecho y Humanidades*. Vol. 24, 2014 <<https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/41543>> [Consulta: 28 de octubre de 2020].
26. MOHOR. Salvador. Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización [En línea]. Revista chilena de derecho Vol. 16, N°2, 1989 < <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/16962> > [consulta: 29 de noviembre de 2020].
27. NUÑEZ. Ignacio – 1. La responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador: Un análisis a propósito de las garantías del contribuyente en el sistema chileno. [En línea]. Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, vol. 8, N°1. 2010. < https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100007 > [Consulta: 03 de marzo de 2023].
28. NUÑEZ. Ignacio – 2. Vigencia del Dogma de la Irresponsabilidad del Estado Legislador en el Estado Constitucional de derecho. Ensayado bases para una teoría sobre la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador. [En línea].

- Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, vol. 9, N°1. 2011. <
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100010 > [Consulta: 01 de marzo de 2023].
29. OELCKERS Osvaldo. Fundamentos indemnizatorio en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado. [En Línea] Revista de Derecho Público Universidad de Chile. N°37/38. 1985. <
<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43713>>
[Consulta: 06 de marzo de 2023].
30. PANTOJA. Rolando. 2010. El artículo 38, inciso 2°, de la Constitución Política de la República. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Doctrinas Esenciales. Derecho Constitucional. Edición Bicentenario: 695- 714.
31. PEÑAILILLO. Daniel-1. El enriquecimiento sin causa. Principio de Derecho y fuente de obligaciones. [En línea] Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°200 (Jul- Dic 1996) < https://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=18 >
[Consulta: 06 de junio de 2023].
32. PEÑAILILLO. Daniel-2. El Derecho de propiedad: Estudios públicos y privados. 2020 [En línea] Tirant Lo Blanch Online Latam < <https://n9.cl/vbitu> > [Consulta 01 de enero 2023]
33. PERALTA, Ximena. YÁÑEZ, Isabel. La función social de la propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno [En línea] *Revista de Derecho Público* N°91, 2019. <
<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/55601> >
[Consulta: 04 de enero de 2021].
34. PIERRY. Pedro. Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio [En línea] Revista De Derecho Público N°59, 1996

<<https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43308>>
[Consulta: 15 de JUNIO de 2023].

35. QUINTANA. Augusto. ¿Se justifica enmendar el estatuto constitucional de la propiedad? Examen de las denominadas “limitaciones” al derecho de propiedad. [En línea] Diario Constitucional < <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/se-justifica-enmendar-el-estatuto-constitucional-de-la-propiedad-examen-de-las-denominadas-limitaciones-al-derecho-de-propiedad/> > [Consulta: 16 de mayo de 2022].
36. QUINTANILLA. Alvaro-1. Responsabilidad del Estado por Actos lícitos [En línea] Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. N°1, 2000. < <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-01.pdf>> [Consulta: 05 de enero de 2022].
37. QUINTANILLA. Alvaro-2. Corte Suprema en caso Lolco: No hay responsabilidad estatal por actos lícitos. el ocaso de la doctrina galletué. [En línea] Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado. N°12, 2004. <<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-12-1.pdf> > [Consulta: 01 de enero de 2020].
38. RAJEVIC. Enrique. Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada. [en línea] Revista Chilena de derecho. Vol. 23, N°1, 1996 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649916> > [Consulta: 05 de septiembre de 2022).
39. ROMÁN, Cristian - 1. Curso derecho administrativo, apuntes de clases 2018, lección N°1: Presentación de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. 2018.

40. ROMÁN, Cristian - 2. Curso derecho administrativo, apuntes de clases 2018, lección N°20: Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador. 2018.
41. RUBIN, Edward. Law and Legislation in the Administrative State [En línea] Columbia Law Review, Vol. 89, N° 3, 1989 <<https://www.jstor.org/stable/1122862?seq=1>> [Consulta: 02 de agosto de 2022]
42. SOTO KLOSS, Eduardo-1. En la forma que prescriba la ley. Notas sobre prácticas legislativas inconstitucionales. [En línea]. Revista Chilena de Derecho, Vol. 20, N°2 y 3, 1991. <http://drevistas.ucv.cl/detalles_numero.php?tituloID=91&numeroID=849> [Consulta: 20 de Agosto de 2022].
43. SOTO KLOSS-2, Eduardo-1. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Primera edición. Chile. Editorial Jurídica de Chile.
44. SOTO KLOSS, Eduardo-3. 2012. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Tercera edición. Chile. Thomson Reuters.
45. ZUÑIGA, Francisco. 2007. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Segunda edición. Chile. Thomson Reuters.

NORMAS CONSULTADAS Y OTROS RECURSOS

1. Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile [En línea] (1977) <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf> [Consulta: 20 de diciembre de 2020].
2. Ley N°20.537, que regula el uso e izamiento del pabellón patrio.

3. Ley N°20.606, Sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad.
4. Ley N°20.660, que modifica Ley N.º 19.419, en materia de ambientes libres de humo de tabaco.
5. Ley N° 20.681, que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales.
6. Ley N°20.724, que modifica el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos.
7. Ley N° 20.756, que regula la venta y arriendo de videojuegos excesivamente violentos a menores de 18 años y exige control parental a consolas.
8. Ley N° 20.791, que modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores.
9. Ley N° 20.869, sobre publicidad de los alimentos.
10. Ley N° 20.927, que establece normas para el acceso de la población con discapacidad auditiva a información proporcionada a través de concesionarias de radiodifusión televisiva de libre recepción y permisionarias de servicios limitados de televisión.
11. Ley N°20.936, que establece nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional.
12. Ley N° 20.967, que regula el cobro de servicios de estacionamiento.
13. Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio.

14. Ley N° 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige a las aguas.

15. Ley N° 21.100, que prohíbe la entrega de bolsas plásticas de comercio en todo el territorio nacional.

16. Ley N° 21.179, que establece normas sobre elaboración, denominación y etiquetado de productos lácteos o derivados de la leche.

JURISPRUDENCIA

1. Sentencia Corte Suprema. Rol N° 16743-1984, de fecha 7 de agosto de 1984.

2. Sentencia Corte Suprema. Rol N°4309-2002, de fecha 18 de junio de 2004.

3. Sentencia Corte Suprema. Rol N°381-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004.

4. Sentencia Corte Suprema. Rol N° 552-2008, de fecha 05 de octubre de 2010.

5. Sentencia Corte Suprema. Rol N°9924-2010, de fecha 20 de noviembre de 2012

6. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°146-92-CDS, de fecha 21 de abril de 1992.

7. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°167-93-CDS, de fecha 06 abril de 1993.

8. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°185-94-CPR, de fecha 28 de febrero de 1994.

9. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°183-94-CDS, de fecha 17 de mayo de 1994.

10. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°245-96-CDS, de fecha 02 de diciembre de 1996.
11. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N° 56-1988-CPR, de fecha 09 de agosto de 1998.
12. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°334-01-CPT, de 21 de agosto de 2001.
13. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°505-06-INA, de fecha 03 de marzo de 2007
14. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°681-06-INC, de fecha 26 de marzo de 2007.
15. Sentencia Tribunal Constitucional. ROL N° 1215-08-INA, de fecha 30 de abril de 2009
16. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°2487-13-CPR, de fecha 21 de junio de 2013
17. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°2659-14-CPR, de fecha 15 de mayo de 2014
18. Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N°2299-12-INA, de 29 de enero de 2014.
19. Sentencia. Tribunal Constitucional, Rol N°2643-14-INA, de fecha 27 de enero de 2015.
20. Sentencia. Tribunal Constitucional. Rol N°2684-14-INA, de fecha 10 de septiembre de 2015.

21. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°2846-15-INA, de fecha 14 de enero de 2016.
22. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 28 de agosto de 2017. Rol: 46570-2017.
23. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°3785-17-CPR, de fecha 07 de octubre de 2017.
24. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°3958-17-CPR, de fecha 26 de diciembre de 2017.
25. Sentencia Corte Suprema. Rol N° 38745-2017, de fecha 19 de febrero de 2018.
26. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N°91.091-2018, de fecha 13 de mayo de 2019
27. Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°5172-18-INA, de fecha 14 de mayo de 2019.
28. Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha 14 de junio de 2019, en autos caratulados “Jaramillo/Estado De Chile” N°1107-2019.
29. Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 19 de noviembre de 2019, ROL N°18.335-2019.
30. Sentencia Corte Suprema, de fecha 10 de diciembre de 2019ROL N°18.150.2019.
31. Sentencia Corte Suprema. Rol N°34.083-2019, de fecha 26 de febrero de 2020.
32. Sentencia Corte Suprema. Rol N°14.584-2019, de fecha 02 de abril de 2020

33. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°9031-20-INA, de fecha 11 de marzo de 2021.
34. Sentencia de Tribunal Constitucional. Rol N°10762-21-CPR, de fecha 27 de mayo de 2021.
35. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°12810-22-CPR, de fecha 15 de marzo de 2022
36. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°11.741-21-INA, de fecha 07 de Septiembre de 2022.
37. Sentencia Tribunal Constitucional. Rol N°12.211-21-INA, de fecha 07 de Septiembre de 2022.