

Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales:

hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile

Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile.

Inaplicabilidad, Rol 4309-2002, 18 de junio de 2002



ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER
*Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica de Chile*

RESUMEN EJECUTIVO

En este comentario, el autor afirma que el fallo que declara la inaplicabilidad de la Ley N° 17.288, pronunciado por el Pleno de la Corte Suprema, ha sido uno de los más decisivos del máximo tribunal ordinario en el ámbito del derecho de propiedad y constituye un hito jurisprudencial de magnífica relevancia. Con ocasión de ello, el comentario se interna en el concepto constitucional de función social de la propiedad, su llegada a la Constitución de 1925 en el año 1967 –misma época de la ley impugnada–, en sus influjos doctrinarios de aquella época y en su posterior readecuación para la Constitución de 1980. El autor sugiere que entender la función social en su sentido de 1967, como lo hizo la Ley de Monumentos Nacionales, daría pie para una contradicción en la Constitución, con serio daño para una sociedad libre. Al declarar la inconstitucionalidad de la ley, la Corte ha asignado correctamente los costos de una política de monumentos que beneficia a la comunidad toda: el Estado deberá soportarlo y no exclusivamente el propietario, lo que si así fuera vulneraría el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Así, la ley que obliga conservar un inmueble declarado monumento nacional por el Estado e impide destruirlo, transformarlo o repararlo libremente, constituye una privación de las facultades de uso, goce y disposición, y pugna con la garantía constitucional de la propiedad.

En el curso del artículo, el autor repasa el problema doctrinario de las expropiaciones regulatorias, ya tratado en el derecho comparado –particularmente Alemania y Estados Unidos– pero de escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial en Chile. Analiza también los elementos económicos y de hecho que deben considerarse para estimar que una regulación ha llegado a privar la esencia de la propiedad o uno de sus atributos. Concluye que el fallo comentado –Maullín con Fisco– es un positivo avance para una correcta aproximación del problema en Chile.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las contradicciones del Estatuto Constitucional de la Propiedad. Contexto histórico. 2.1 Una primera contradicción: la propiedad minera; 2.2 Una segunda contradicción. La función social, la intangibilidad de la esencia de la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas. 2.2.1 Origen y trayectoria de la

función social en la Constitución. 2.2.2 Función social y su cambio entre los textos constitucionales de 1967 y 1980. 2.2.3 Bases para una incompatibilidad entre función social y derecho de propiedad. 2.3 Breve historia de la Ley 17.288. Artículos 11º y 12º. 3. La expropiación regulatoria en la doctrina nacional. Escasa jurisprudencia. 3.1 Las normas y categorías que confluyen. ¿Por qué tan complejo? 3.2 Expropiación por vía regulatoria. Criterios de la jurisprudencia comparada. Alemania y Estados Unidos. 4. Expropiación regulatoria en Estados Unidos: Introducción y casos básicos: *Penn Coal*, *Penn Central* y *Lucas*. 5. Los últimos fallos de la Corte Suprema norteamericana. 6. Los avances constitucionales de *Maullín con Fisco*. 7. Voto disidente en el pleno de la Corte Suprema. Tesis de la *imposibilidad de la distribución equitativa de las cargas*. ¿Absurdo constitucional? 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del comentario sobre este notable fallo que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Monumentos Nacionales (17.288), exige una reflexión previa sobre el derecho de propiedad. La propiedad constituye un eje central del desarrollo jurídico desde los albores del Estado de Derecho¹. Cruzando etapas de evolución e involución, la historia ha demostrado que ningún proyecto social que niegue este derecho es realmente viable². Empero, agresivas doctrinas progresistas recepcionadas por el derecho a mediados del siglo XX, pese a reconocer expresamente el dominio como una garantía constitucional, terminaron desfigurándolo y desnaturalizándolo por vía indirecta, hasta llegar a extinguirlo en los hechos.

Hoy, en 2005, la doctrina comparada ha llegado a un consenso cada vez menos disputado: una sociedad próspera y libre exige al Derecho definir con precisión los derechos de propiedad, y protegerlos con el vigor que merece un derecho fundamental. Como dice Conant, "*el derecho a gozar de la propiedad sin ilegítima privación, es no menos que la libertad de expresión o de movimiento personal, un derecho fundamental*"³. Los estudios más completos sobre la materia demuestran que el siglo XX falló en este punto, porque se pensó que las limitaciones a la propiedad permitirían su mejor redistribución de los bienes sin generar costo alguno a la sociedad. Esa premisa resultó

¹ El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, dispuso: "Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa".

² Véase Richard Pipes, *Property and Freedom*, First Vintage Book Edition, 1999, p. 4. Afirma este académico de Harvard que la historia de todas las sociedades, desde las más primitivas a las más avanzadas "reclaman el fracaso de cada intento para encontrar una comunidad sin propiedad, establecida sea voluntaria o forzosamente".

³ Michael Conant, *The Constitution and the Economy*, University of Oklahoma Press, Norman and London, 1991, p. 70.

dramáticamente falsa, puesto que estas políticas legislativas, junto con conculcar derechos fundamentales en plena democracia, “incrementaron la pobreza”, como demuestra el mismo Pipes en su estudio⁴.(*uuv).

En este escenario se encuentra la ley de monumentos nacionales en Chile, N° 17.288 de 1967. Se trata de un ejemplo de pieza legislativa casi irrelevante –por su reducido ámbito de aplicación práctica– pero que constituye una muestra perfecta de regulaciones extremas surgidas al calor de doctrinas que influyeron en Chile, tensionaron el sistema constitucional y fracasaron en lo económico.

¿Por qué esta sentencia?

Hemos seleccionado, pues, esta sentencia de inaplicabilidad, que llamaremos en adelante “Mauullín con Fisco”, por profundas razones. En primer lugar, con ocasión de esta Ley N° 17.288, la Corte Suprema aborda aquí uno de los problemas más complejos en el derecho constitucional comparado, aquel llamado de las *regulatory takings* o expropiaciones regulatorias, también conocido como de la privación de la esencia de los atributos esenciales del derecho de propiedad por vía de una regulación legal o administrativa. En segundo lugar, porque pese a que se trata este de un antiguo problema del derecho público, se encuentra en estado doctrinariamente virgen en Chile, con la academia iuspublicista nacional en profunda deuda,⁵ salvo escasas excepciones⁶. En tercer lugar, la sentencia

⁴ Véase ALLEN, TOM. *The Right to Property in Commonwealth Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2000, p. 1. La idea de límites a las restricciones del derecho de propiedad es hoy acogida hasta en aquellos autores que favorecen una idea flexible de la propiedad. Allen es un ejemplo de ello: “...the state must have the power to take an regulate property without the consent of individual property owners, but the exercise of these powers must be subject to some sort of restraint”. Allen, “The Right to property...”, p. 1.

⁵ Véase los únicos trabajos recaídos directamente en este tópico: Crispulo Marmolejo González, *El problema de las Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus implicancias en los sistemas de Inversión Extranjera*, 2004, y Rodrigo Delaveau Swett, *Regulatory takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano*, Memoria de Grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

⁶ Varios autores nacionales abordan, sin embargo, el tema más amplio del derecho de propiedad y de sus limitaciones por causa de su función social. Véase especialmente para el problema de los monumentos nacionales, Mafalda Revetria Beltrán, “El Régimen Jurídico de la Propiedad Monumental en Chile”, en *Revista de Derecho Público* N° 28, 1977, p. 85-148. También Guillermo Bruna Contreras, “Derecho Urbanístico y Limitaciones a la Propiedad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 6, 2002, p. 347-365, y también Uso y Goce de la Propiedad Urbana, en *Revista de Derecho Público*, N° 60, p. 59-70. Un artículo clásico es

permite otorgar mayor precisión a un concepto complejo dotado de elementos contradictorios en la Carta Fundamental, cual es el de la función social de la propiedad. En el curso de este artículo explicaremos el origen histórico de esta contradicción constitucional, cómo se resuelve y por qué comienza a desvanecerse. En cuarto lugar, el fallo enjuicia constitucionalmente una ley anterior a la Carta de 1980, la Ley N° 17.288, de 1970,⁷ y al hacerlo derechamente así, comienza a dejar atrás para siempre la vieja doctrina de la derogación tácita, que impidió al Pleno durante décadas conocer el fondo de los recursos de inaplicabilidad.

Las razones quinta y sexta son de valoración jurídica: por un lado el Pleno de nuestro máximo tribunal ordinario de justicia acierta en el fondo de la defensa del derecho de propiedad, y lo hace allí donde más oculta se encuentra su esencia: en la disminución de sus facultades jurídicas por vía de limitaciones autorizadas por la ley. Aquí, el propietario de un inmueble declarado monumento nacional quedaba privado prácticamente de "todo el valor económico" de su propiedad, en el lenguaje del juez norteamericano Antonin Scalia⁷. Y por otra, se trata de una decisión fuertemente mayoritaria del Pleno, con apenas cuatro votos disidentes en un total de 21 ministros. Esto presupone un criterio judicial estable en el cuerpo del máximo tribunal, una madurez y sensibilidad consolidada en la materia; por tanto, una menor volatilidad jurisprudencial en este trascendental tópico, algo que la ciudadanía ha venido solicitando reiteradamente del sistema judicial en su totalidad.

Enrique Rajevic Mosler, "Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 23 N° 1, p. 23-97, 1996. Mas antiguo, en relación directa con la función social del derecho de propiedad, véase Wilma Arrué Vivanco, "Relaciones entre el principio de la autonomía de la voluntad y el orden público económico con la función social de la propiedad", en *Revista de la Academia de Derecho*, Universidad Diego Portales, N° 2, 1993, p. 79-86, y Lautaro Ríos Álvarez, "El principio constitucional de la función social de la propiedad", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 6, 1998, p. 185-216. Entre los artículos más actuales y que mejor aportan al avance doctrinario, léase José Joaquín Ugarte Godoy, "Limitaciones al Dominio: de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 28 N° 2, p. 425-440. En Latinoamérica, véase Dieter Schmidtten, "Funciones y Garantías legales de los derechos de propiedad", en el compendio disponible en Chile, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Adenauer, Medellín, Colombia, 1998, p. 511-537.

⁷ Antonin Scalia, redactor del voto de mayoría en el caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 112 S. Ct. 2886, 120 L. Ed. 2d. 798 (1992). La Corte Suprema norteamericana declaró en este caso inconstitucional una ley del estado de South Carolina que prohibió a Lucas toda construcción en su propiedad costera, adquirida con anterioridad a la ley.

Un hito jurisprudencial

Creemos que este caso será efectivamente un hito en la jurisprudencia constitucional. Tal como la justicia tributaria en sede administrativa no será nunca más la misma luego de la sentencia de inaplicabilidad *Verdugo con Fisco*,⁸ de diciembre de 2002, las cargas legislativas al derecho de propiedad por vía regulatoria no serán en el futuro las mismas luego de *Maullín*. Los derechos de propiedad avanzan en su definición con este dictamen, lo que produce consecuencias preciosas en el campo de las contrataciones individuales y beneficios sociales.

En efecto, se hará evidente durante el curso de este trabajo que la *función social de la propiedad* tiene hoy una dimensión muy distinta a la que se invocó para ella durante la década de 1960. El ingreso de este concepto en 1967 al artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925 –con el objeto deliberado de profundizar un proceso de reforma agraria– terminó comprometiendo las bases más profundas del derecho de propiedad y para algunos del orden constitucional mismo.

Así, la reformulación de la función social en el artículo 19 N° 24 de la Ley Suprema de 1980 debe necesariamente interpretarse hacia un reforzamiento, y no hacia el debilitamiento, del derecho de propiedad. Como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional de Alemania al referirse al derecho de propiedad, su *“función es asegurar a su titular una esfera de libertad en el campo económico y de esa forma habilitarlo para conducir su vida con autonomía”*⁹.

La propiedad admite limitaciones como todo derecho fundamental y así lo ha explicado ya Alexy¹⁰. Pero la función social del dominio no son esas limitaciones, como se entendió en la década de 1960 y se pretendió por Duguit en 1919. Hoy, bajo la Carta de 1980, la función social consiste en otorgar a la persona un espacio para su autonomía y su realización personal. Y dentro de ella, habrá de afrontar limitaciones, las que serán aceptables para la Constitución en la medida que no infrinjan el derecho de igualdad ante las car-

⁸ Corte Suprema, fallo en recurso de inaplicabilidad Guillermo Verdugo P. y Cía. Ltda. con Servicio de Impuestos Internos, rol N° 3.419-2.001

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, 24 BVerfGE 367. En esta sentencia, el Tribunal alemán declaró constitucional cierta legislación que expropió –con pleno pago de indemnización– terrenos declarados inundables en Hamburgo. Lo interesante del caso es el marco valórico en que situó al derecho de propiedad, considerado por estas razones una decisión trascendental en la doctrina.

¹⁰ ROBERT ALEXY, *The Limits of Constitutional Rights*, Capítulo 6 en *“A Theory of Constitutional Rights”*, Oxford University Press, 2004, p. 178.

gas públicas y sean proporcionadas y razonables. Bajo estos parámetros, la Ley 17.288 falló el examen de constitucionalidad.

Como se viene adelantando y demostrará en este comentario, creemos consiguientemente que en *Maullín* la Corte Suprema aplicó correctamente el Texto Fundamental, declarando inconstitucional una ley vigente por vez primera en el área de la expropiación regulatoria por vía legal. Este hecho está dotado de suficiente relevancia como para merecer amplia cobertura en nuestro Anuario que, tal como acoge fervientemente la crítica, destaca también los aciertos.

2. LAS CONTRADICCIONES DEL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD. CONTEXTO HISTÓRICO

A más de 22 años de promulgada la Ley Suprema, debe perderse el temor a admitir que el Estatuto Constitucional de la Propiedad tiene algunas zonas plausiblemente contradictorias. En concreto, existen al menos dos áreas en que el texto refleja la contradicción propia de sus varios redactores sucesivos, que a sabiendas de promover valores opuestos e inconciliables, resuelven no dirimir sus disputas y sencillamente las estampan en el cuerpo escrito de la Carta Magna.

Estas contradicciones no alcanzan niveles de gravedad, porque en definitiva deben resolverse recurriendo a los principios filosófico-jurídicos de las Bases de la Institucionalidad, que colaboran a seleccionar la solución que mejor compatibiliza con la Constitución en su integridad. Eso es lo que sucede también con la función social de la propiedad, tema central en nuestro comentario de *Maullín*.

Empero, es útil conocer el origen de estos conceptos antagónicos en la Constitución, porque solo así nuestra jurisprudencia podrá evaluar en su real mérito temas recurrentes, como aquel de la función social de la propiedad.

2.1 Una primera contradicción: la propiedad minera

Una primera zona contradictoria es aquella de la propiedad minera. Con el caso del proyecto llamado *Royalty a la Minería*, afloró en toda su extensión la potencia de un estatuto incomprensible en su primera lectura. La norma del "dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible" del Estado sobre las minas –el pretendido dominio patrimonial, artículo 19 N° 24 inciso 6°– debe armoni-

zarse con la facultad delegada a la ley para determinar los derechos de las concesiones de explotación, las que tendrán "los derechos que la ley exprese". Estas concesiones obligan al dueño a "desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público", pero mientras lo hagan, no podrán terminar, admitiéndose en la Carta solo la caducidad para el caso de incumplimiento de esas obligaciones (Nº 24, inciso 7º).

Así, "el dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional del mismo derecho de propiedad". Por último, la ley orgánica de concesiones mineras, Nº 18.097, declarada ajustada a la Carta Magna por el Tribunal Constitucional, estableció el plazo de duración indefinida para la concesión de explotación.

La lógica obliga a compatibilizar entonces el dominio estatal sobre las minas –patrimonial para algunos y eminente o tutelar para otros– con el derecho particular vitalicio para explotar los yacimientos mediante una concesión¹¹. La situación es insoportablemente contradictoria, lo que no quiere decir que no tenga una solución y que ella pasa por reconocer el derecho particular así constituido. En definitiva, solo acudiendo a los valores fundantes de nuestra Carta, el principio de primacía del hombre sobre el Estado, de servicialidad del Estado y su subsidiariedad, queda definitivamente despejada una contradicción que en el texto es inconfundible.

Como demuestra Navarro Beltrán en su estudio sobre la historia fidedigna del Estatuto del Derecho de Propiedad, las contradicciones en el constituyente no fueron nunca despejadas en relación a la propiedad minera. Afirma Navarro que consta de las Actas que el asesor señor Carlos Ruiz B.¹² entiende que "la expresión [tiene], utilizada al inciso del inciso sexto (Nº 24 del art. 19 CPR), al referirse que el Estado tiene el dominio de todas las sustancias mineras, al ser presente indicativo, debe interpretarse en el sentido que el Estado es, ha sido y será dueño de todas las minas"¹³. Así, Ruiz habría

¹¹ En sentido del dominio "tutelar", véase OSSA BULNES, JUAN LUIS, "El Royalty a la Minería", en Revista del Abogado Nº 30, 2004, p. 5-6. En sentido de dominio patrimonial, especial HERNÁNDEZ, SERGIO, Ex subsecretario de Minería, "El Royalty a la Minería" en misma publicación y número, p. 4.

¹² Abogado experto comisionado por la Junta de Gobierno para proponer el texto con las normas de la propiedad minera, que fuera presentado y aprobado por la Junta y que aún nos rige.

¹³ ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, "Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la Constitución de 1980", en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Nº 1, 1997, p. 117. Destaca

afirmado que "la duración indefinida de la concesión no pugna de forma alguna con el texto constitucional". Por su parte, el auditor general del Ejército y presente en las sesiones de la Junta, estima que el criterio de la Ley 18.097 de optar por la duración indefinida de la concesión "nunca se habría concebido en el seno de la Comisión de Estudios de la Junta de Gobierno"¹⁴.

La Junta, en realidad, tuvo muchísimos reparos a la concesión indefinida de explotación. Al requerir al Tribunal Constitucional su pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley, llegó a decir que "...es forzoso concluir que una concesión de duración ilimitada es absolutamente opuesta a la idea de un dominio exclusivo e inalienable del Estado sobre el yacimiento"¹⁵.

Puede agregarse que el consiguiente fallo del Tribunal Constitucional entregó pocas luces y muchas sombras al declarar la constitucionalidad de la Ley 18.097. Es decir, si bien rechazó la impugnación, en lo conceptual prorrogó las contradicciones, por la ausencia de argumentos en un fallo breve y liviano¹⁶.

2.2 Una segunda contradicción. La función social, la intangibilidad de la esencia de la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas

Encontrándonos en el año 2004, el conflicto que se trajo a colación en la sentencia *Maullín* corresponde a las réplicas finales de una segunda zona de contradicción constitucional, incubada desde mucho antes que la CENC se sentara a trabajar en su primera sesión de 20 de octubre de 1973.

Navarro Beltrán que esta fórmula habría tenido el principal propósito de evitar exponer a Chile a mayores indemnizaciones en los juicios internacionales que se estaban a la sazón sustanciando en su contra como resultado de la nacionalización de la gran minería del cobre.

¹⁴ Ambas citas, Navarro Beltrán, ob. cit., p. 139.

¹⁵ Reseñado en sentencia rol N° 5, del Tribunal Constitucional, de 9 de noviembre de 1981.

¹⁶ Fallo rol N° 5, de 9 de noviembre de 1981, que expresó: "Que, en consecuencia, no puede sostenerse que el citado precepto del artículo 17 sea inconstitucional y que atente contra las características del dominio del Estado sobre todas las minas y especialmente, la de su inalienabilidad, porque ha sido la propia Constitución la que, por razones de interés público, establece el derecho de explorar y explotar las sustancias mineras que, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, pueden ser objeto de concesión, y la que, además, determina la duración de este derecho, vinculándola al cumplimiento del régimen de amparo que, por mandato de aquella, dicha ley establece".

2.2.1 Origen y trayectoria de la función social en la Constitución

La contradicción a que nos referimos tiene su origen en las reformas al Estatuto Constitucional de la Propiedad introducidas a la Constitución de 1925. Como se sabe, la CENC reformuló completamente el derecho de propiedad al redactar la nueva Carta, pero estimó procedente mantener algunas de las instituciones añadidas durante la década de 1960, entre ellas, la de la función social de la propiedad. Al usar esta técnica sin profundizar en la real compatibilidad constitucional de las categorías que crea y mantiene, el constituyente da lugar a severas contradicciones en el texto definitivo.

Notablemente, la Corte Suprema en el fallo *Mauullín* advierte este proceso sin saberlo, al observar que el antecedente legislativo de la actual Ley de Monumentos Nacionales –el DL N° 651, de 1925– no adolecía de defectos constitucionales. Afirmó “...lo que demuestra que para el legislador de 1925 resultaba evidente que al propietario del inmueble no se le podía agregar la carga de la restauración-reparación y conservación de un monumento histórico”¹⁷.

En efecto, el texto original del artículo 10 N° 10 de la Carta de 1925 no contenía referencias a las limitaciones que autoriza la función social sobre el derecho de propiedad. Solo en la década de 1960, fruto de la efervescencia de un pensamiento social que posteriormente se demostrara utópico en sus medios jurídicos, se introduce la “función social” como categoría constitucional. Recuerda Evans que “la reforma del año 1967 facultó a la ley para imponer a la propiedad limitaciones y obligaciones destinadas a asegurar su función social y hacer el dominio accesible a todos”¹⁸. A su vez, los valores y conceptos que contenía la función social eran especialmente amplios, comprensivos incluso de “la elevación del nivel de vida del común de los habitantes”¹⁹.

Es decir, desde 1967, el derecho de propiedad queda en situación constitucional de ser gravado por ley con las obligaciones y limitaciones que provengan de esta gama de conceptos jurídicos indeterminados.

¹⁷ *Mauullín con Fisco*, fallo citado, considerando décimo.

¹⁸ ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II, p. 234.

¹⁹ El texto introducido por la reforma de 1967, en lo referido al contenido de la función social era el siguiente: “La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas al servicio de la colectividad y la elevación del nivel de vida del común de los habitantes”.

Cuando la CENC comenzó el estudio del derecho de propiedad, apoyada por la Subcomisión de Derecho de Propiedad que presidió el profesor José María Eyzaguirre G., se propuso reformular, repotenciar y hasta "acorazar" el derecho de propiedad, en expresión del comisionado Guzmán. No se discute en doctrina que uno de los objetivos más precisos del nuevo constituyente y del nuevo régimen en su totalidad, fue fortalecer jurídicamente el derecho de propiedad privada, alicaído y menospreciado durante el régimen que le precedió²⁰.

Así, se aprueban en la CENC una serie de notables avances en técnica constitucional de amparo del dominio, siendo el más notable el referido a la *protección de la esencia* del derecho (que luego fuera aprobado con carácter general en el N° 26 del artículo 19), y el de la *reserva legal* de las restricciones al dominio²¹.

No obstante, tanto la CENC como el Consejo de Estado y finalmente la Junta de Gobierno mantienen en el texto a la función social como justificante para imponer obligaciones y limitaciones al dominio, con solo leves variaciones. El cambio más perceptible consistió en el introducido por el Consejo de Estado, que redujo un tanto la vaguedad de los conceptos del borrador de la CENC. Así, "los intereses generales del Estado" se transforman en "los intereses generales de la Nación", concepto menos personificado, axiológicamente más rico y menos institucional. También desaparece por obra del Consejo de Estado la causal limitante la referida al "mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas al servicio de la colectividad y la elevación del nivel de vida del común de los

²⁰ Enrique Evans recuerda que el comisionado Sergio Diez planteó ya en las primeras sesiones de la CENC "su gran interés para que en el texto de la futura Constitución se contemplara un conjunto de normas destinadas a regular la vida económica de los chilenos en un marco de libertad y robustecimiento del derecho de propiedad que impidiera la socialización de las actividades productoras o la excesiva intervención estatal en ellas". EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, ob. cit., Tomo II, p. 135. (Subrayado es nuestro).

²¹ La idea de introducir una protección constitucional a la esencia de la propiedad como defensa ante las facultades regulatorias y limitativas del legislador, fue de don Julio Phillipi Izquierdo, miembro de la Subcomisión de Derecho de Propiedad. De ello se da cuenta en la sesión N° 149 de la CENC, de 2 de septiembre de 1975, en el que Subcomisión de Derecho de Propiedad reporta su informe a la Comisión Central. Aparentemente, don Julio Phillipi tomó la idea de la Constitución Alemana: "...Por eso, el profesor Phillipi planteó la idea, que está en la Constitución alemana, de la esencia del derecho de propiedad...". Véase transcripciones en Evans de la Cuadra, ob. cit., p. 266.

habitantes"²². Como se comprende, este componente no solo era amplio, sino ambiguo. La Junta de Gobierno mantuvo el texto del Consejo de Estado.

2.2.2 Función social y su cambio entre los textos constitucionales de 1967 y 1980

Para los comisionados de la CENC, y para muchos autores, estos cambios al texto de la Constitución de 1925 en materia de función social fueron suficientemente trascendentes. Para ellos, estos toques quirúrgicos a su texto tuvieron la virtud de acomodar el concepto al nuevo esquema filosófico-jurídico que se inauguraba, mejorando sustantivamente la garantía a los titulares del dominio.

Por ejemplo, Verdugo afirma que "la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones por las muy determinadas expresiones de la función social del dominio y toda otra restricción es inconstitucional"²³. Evans se ubica en la misma línea. Recuerda que "la Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello solo procede cuando estén en juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental"²⁴.

Aun frente a estas autorizadas opiniones, es claro que el texto de las causales de la función social permaneció inaceptablemente vago en la nueva Ley Suprema, impreciso y elástico, incompatible con las normas que velan por el derecho mismo.

Es claro que la intención del constituyente fue reducir el ámbito de la función social así entendida en la Carta anterior, pero no se estimó procedente eliminarla del todo. Sospechamos que no se eliminó del texto en parte porque la persona que en su oportunidad defendió ante el Senado el texto de la reforma constitucional de 1967, don Pedro Jesús Rodríguez González, tuvo activa participa-

²² El Consejo de Estado trata este tema en sus sesiones N° 64 y 102.

²³ MARIO VERDUGO, EMILIO PFEFFER y HUMBERTO NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 1994, p. 305.

²⁴ ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, ob. cit., Tomo II, p. 234.

ción en la Subcomisión de Derecho de Propiedad²⁵. No obstante, como expresó el presidente de la Subcomisión, se quiso dar a la función social un enfoque completamente distinto. Dijo al respecto:

"Hubo, eso sí, un cambio sustancial en cuanto a la forma de pensar en qué consiste esa *función social*. (...) La mayoría de la Subcomisión estimó que este enunciado acerca de la función social era, en realidad, una especie de texto refundido demasiado general que no representaba lo que la Subcomisión entendía que era propiamente la función social. Ella entiende que algo bastante preciso y restringido, que mira fundamentalmente a la obligación del titular del derecho de dominio a ejercer ese derecho en armonía con los intereses colectivos"²⁶.

Pero del dicho al hecho hay largo trecho. Con la perspectiva histórica que otorga el encontrarnos en el siglo XXI, la tarea que se dejó en esta materia a la jurisprudencia fue excesiva. Resulta imposible entender que un concepto tan amplio como "cuanto exijan los intereses generales de la nación" sea algo mínimamente preciso para efectos operativos, y que por tanto tendrá la virtud de constreñir al legislador o iluminar al juez. No queda en mejor condición la expresión "utilidad pública". Solo pueden entenderse acotadas las ideas de "conservación del patrimonio ambiental" y "salubridad pública", persistiendo la duda en relación a la "seguridad nacional", noción por sí extremadamente polémica.

Quedan sentadas las bases para una contradicción formal en la Constitución, porque si se revisan los fortalecimientos específicos del derecho de propiedad, se verá que resultan en buena parte inconciliables con la categoría misma de la función social, concepto que llega a nuestro mundo constitucional solo en 1967. Y desde luego, incompatible con la visión expansiva de las cargas al dominio que intrínsecamente el concepto sugiere²⁷.

²⁵ El Profesor Pedro Jesús Rodríguez González fue Ministro de Justicia del Presidente don Eduardo Frei Montalva. Véase NAVARRO BELTRÁN, Algunos antecedentes sobre la historia..., ob. cit., p. 132.

José María Eyzaguirre García de la Huerta, en la sesión N° 149 de la CENC, de 2 de septiembre de 1975. Véase transcripción en Evans de la Cuadra, ob. cit., Tomo II, p. 267.

²⁷ Debe reconocerse que la mayoría de los autores o no se han planteado el conflicto, o discrepan de esta perspectiva, estimando que la función social es una simple invocación del deber del propietario de actuar conforme al bien común. Es el caso de Enrique Rajevic Mosler, quien en esta parte plantea el conflicto entre "inviolabilidad" de la propiedad y función social de la misma. Dice este autor: "...pasando a entenderse que esta [la propiedad], en su misma esencia, exige de su titular actuaciones que tiendan al logro del bien común". Rajevic, ob. cit. supra, nota 3, p. 87.

El mérito de *Maullín* es precisamente comprender la que emerge como una incompatibilidad formal, y resolver correctamente aplicando la lógica garantística de la Carta Magna, la única que justifica la existencia de una Constitución.

2.2.3 Bases para una incompatibilidad entre función social y derecho de propiedad

Se ha establecido entonces el origen de la idea constitucional de función social, la que ingresa a la Constitución de 1980 sin cambios sustantivos en su formulación. Decíamos que en lo esencial, el estatuto de la función social se mantiene casi literalmente idéntico desde 1967 en las constituciones chilenas, pese al trascendental cambio filosófico jurídico que se introdujo en la Carta de 1980. ¿Es esto compatible?

Veamos el origen mismo de la idea de función social de la propiedad y su ambigüedad intrínseca. En el extranjero, se ha invocado la función social de la propiedad tanto para profundizar el positivismo jurídico y la estatización de la economía (Duguit, Compte), como para fundar las legislaciones de reforma agraria de las décadas de 1950 y 1960 (Italia, México, Colombia y Chile), y también para respaldar el rol que le cabe a la propiedad en el espacio de libertad, de autonomía y de realización personal que le son innatos a la persona humana (Alemania, caso Ley de Control de Inundaciones, 1968).

En efecto, si bien la función social de la propiedad tiene fuente en la doctrina social de la Iglesia, hay consenso en que su ingreso a los ordenamientos jurídicos europeos proviene de la influencia de la obra de León Duguit, racionalista y positivista que negó el derecho natural. Este y Auguste Comte son considerados los ideólogos de la función social, concibiendo el dominio no como un derecho *dotado* de función social, sino *consistente en una* función social en sí mismo. Comte afirmó:

*"Todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a su vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad; en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y administrar los capitales con los cuales cada generación prepara el trabajo de la siguiente"*²⁸.

²⁸ AUGUSTE COMPTE, *Systeme de Politique Positive*, edición de 1892, p. 152.

La función social de la propiedad, en sus orígenes, negó el derecho mismo subjetivo de propiedad, para proteger únicamente **la función** del propietario. Duguit señaló al respecto:

"Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que ocupe. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que solo él puede realizar. Solo él puede aumentar la riqueza social haciendo valer el capital que posee. Está pues obligado a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario, es la función social del tenedor de la riqueza"²⁹.

Si se concibe a la propiedad *en sí misma* como una función social, entonces hay un poderoso espacio para la planificación económica estatal, y negación de la autonomía individual del propietario que, en ejercicio de un derecho natural, se realiza según su especial vocación. Al propietario ya no se le protege porque ejerce un derecho fundamental que mira a su realización, sino porque interesa únicamente su producto: el impacto de su capital en el bienestar social.

Esta visión parece ser la responsable de una influencia que recorrió las constituciones y legislaciones latinoamericanas en las décadas de 1950 y 1960. Como ejemplo de esas épocas, puede citarse literatura italiana, mexicana y colombiana, plenamente representativa de las aspiraciones intervencionistas para el Estado, asilado jurídicamente en el concepto de función social³⁰.

Inequívocamente, la reforma constitucional de 1967 fue inspirada en estos ideales, provenientes en lo remoto del positivismo jurídico.

²⁹ LEÓN DUGUIT, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Ediciones Edeval, Valparaíso, Chile, 1987, p. 137. Obra original editada en París, 1912. Traducción de Carlos González Posada. Colección Juristas Perennes.

³⁰ Véase JULIO MOYA GARCÍA, en su libro *La Función Social de la Propiedad en Materia Agraria*, México, 1964, p. 86. Se trata de un ejemplo típico de la conexión entre función social de la propiedad y reforma agraria europea en la década de 1950. Refiriéndose a Italia y citando un informe de la OEA de 1960, menciona la Ley Sila, de 15 de mayo de 1950, que permitió la expropiación en Calabria de 80.000 hectáreas, "las cuales fueron entregadas a numerosos propietarios, los cuales habrían de pagarlas a plazo". También se refiere a la Ley Stralcio, de 21 de octubre de 1951, cuyos beneficiados pagarían las tierras en 30 años, con un interés anual del 3,5%. Termina explicando: "La propiedad agraria es en la actualidad (1964) concebida en todos los países del mundo, como una función social; ha sido desplazado de las legislaciones el antiguo concepto individualista de propiedad del Derecho Romano, pues el Estado da al propietario de la tierra solamente con derechos condicionados y sujetos a su estricto control, ya que lo que se pretende procurar es el beneficio de la nación". Subrayado es nuestro.

La Constitución de 1980 cambió en dos sentidos revolucionarios el sustrato constitucional en el que se concibió el concepto de "función social". En primer lugar, rompió la neutralidad en materia económica, al otorgar un marco axiológico jurídicamente vinculante al legislador, las "Bases de la Institucionalidad", bajo cuyas orientaciones el derecho de propiedad debe ser interpretado. En este marco, el legislador deberá ser extraordinariamente respetuoso con el dominio privado, por así exigirlo el principio de subsidiariedad y la primacía de la persona humana³¹.

Y en segundo lugar, se profundizó y sofisticó la técnica en la defensa del derecho de propiedad en la Carta Fundamental de 1980. Veamos algunas pinceledas de este fenómeno, en lo que interesa: a) se encuentra protegida la esencia del derecho de propiedad (art. 19 N° 26, N° 24 inciso tercero, artículo 41 N° 8); b) se encuentran protegidas las facultades esenciales y los atributos esenciales del derecho de propiedad (art. 19, N° 24, inciso tercero); c) se consagra la indemnizabilidad de las limitaciones al dominio cuando importen privación de sus atributos o facultades esenciales y se cause daño (art. 41 N° 8)³²; d) se encuentra expresamente consagrada la igualdad ante todas las cargas públicas (art. 19 N° 20).

¿Son plenamente compatibles los propósitos de robustecimiento del derecho de propiedad privada e igualdad en sus cargas, y todos estos mecanismos, con la idea de su limitación no indemnizable por obra amplias causales pertenecientes a la función social?

Y si fuesen en esencia incompatibles, ¿qué criterio debe primar?

2.3 Breve historia de la Ley 17.288. Artículos 11° y 12°

Corresponde ingresar ahora al análisis del derecho vigente que analizó la Corte Suprema en Maullín, y su compatibilidad con la Constitución. El lector observará que la historia de la función social en la Carta de 1925 se encuentra curiosamente sincronizada en el tiempo con surgimiento de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales.

³¹ Véase, EDUARDO SOTO KLOSS, La Primacía de la Persona Humana, principio fundamental del derecho público chileno, en Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. N° 5, 1996.

³² Véase en especial tesis de José Joaquín Ugarte Godoy, en "Limitaciones al dominio..., ob. cit."

Como se sabe, en el recurso de inaplicabilidad que comentamos, fueron impugnados de constitucionalidad los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, cuyo texto se revisará más adelante.

Revetría Beltrán explica en su extenso trabajo que el antecedente de la Ley 18.288 es el Decreto Ley N° 651, de 17 de octubre de 1925. El Presidente de la época, Arturo Alessandri Palma, constituyó una comisión que estudió el tema monumental, redactó y propuso el proyecto materializado en ese decreto ley³³. El cuerpo legal creó el Consejo de Monumentos Nacionales. Recuerda Revetría que más de 40 años más tarde, en 1968, el Ministro de Educación de la época, Máximo Pacheco Gómez, recomendó la formación de una comisión, la que concluyó que debía dictarse “una nueva legislación en relación con los monumentos nacionales, puesto que la existente no estaba de acuerdo con la época”³⁴.

Recuérdese que el año anterior a ese reporte, 1967, se había reformado la Constitución de 1925 a fin de dar paso a la idea de función social de la propiedad³⁵. Había un nuevo marco jurídico, en sintonía con mayores cargas regulatorias al dominio privado. Con razón entonces la Comisión estimó que la nueva ley “debía ser mucho más amplia” y a la vez “establecer con mayor nitidez las atribuciones del Consejo, vigorizarlas”³⁶. Esa ley tendría respaldo constitucional.

Y así se hizo. La nueva Ley 17.288 aumentó fuertemente la carga regulatoria de los particulares que fueren propietarios de un bien que el Consejo declare monumento nacional. En efecto:

- i. El artículo 11° dispone que esos bienes particulares quedan bajo el control y la supervigilancia del Consejo de Monumentos Nacionales, y por tanto, cualquier trabajo que el dueño del bien desee hacer en él debe contar con autorización del Consejo.
- ii. El artículo 12° ordena que “si el monumento histórico fuere de propiedad particular, el propietario deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales”.

³³ MAFALDA REVETRÍA BELTRÁN, ob. cit., p. 85.

³⁴ MAFALDA REVETRÍA BELTRÁN, ob. cit., p. 88.

³⁵ Ley de Reforma Constitucional N° 16.615, de 20 de enero de 1967.

³⁶ REVETRÍA, ob. cit., p. 88.

Desde la perspectiva del derecho de propiedad vigente luego de la reforma de 1967, la ley efectivamente resistía un examen de constitucionalidad. No podría objetársele ante los preceptos vigentes en 1968. Recuerda Verdugo que la reforma de 20 de enero de 1967, Ley N° 16.615, dictada bajo el gobierno de don Eduardo Frei Montalva, "cambió fundamentalmente el estatuto del derecho de propiedad. "No solo agregó la categoría de la función social, sino que además "eliminó la exigencia de indemnización total para el expropiado", autorizando, como sabemos, la indemnización solo del avalúo vigente más las mejoras no incluidas en él, y autorizando plazos de pago de hasta 30 años³⁷.

Este es el espíritu en el que se crea el concepto de función social, y se dicta la nueva Ley de Monumentos Nacionales, N° 17.288. ¿Parece siquiera en algún grado posible imaginar una compatibilidad entre aquel estatuto de la propiedad privada vigente en 1968 y el que inauguró la Constitución de 1980?

La respuesta es tan profundamente negativa que, incluso, permite recordar que buena parte de la doctrina atribuye a esa Ley 16.615 una cuota importante en el quiebre de la institucionalidad que vivió Chile en los años siguientes³⁸.

3. LA EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN LA DOCTRINA NACIONAL. ESCASA JURISPRUDENCIA

En este comentario se viene subrayando la escasez doctrinaria nacional en materia de regulaciones expropiatorias. Esto no significa que la doctrina nacional no se ocupe del derecho de propiedad, de sus limitaciones o de su esencia. A nuestro modo de ver, significa que no alcanza a comprender que la determinación práctica de la

³⁷ VERDUGO, ob. cit., p. 299.

³⁸ Para los autores, la reforma de 1967 es la culminación de un proceso de desintegración del derecho de propiedad. El historiador del derecho ENRIQUE BRAHM GARCÍA comenta que este proceso comienza con la ley de Reforma Agraria N° 15.020 publicada en el Diario Oficial el 27 de noviembre de 1962. "En el proceso que con ella se iniciaba se llegaría a configurar -de manera consciente y completa- un nuevo concepto de propiedad, en el ámbito de los bienes raíces agrícolas, en las antípodas de aquel acuñado por el liberalismo del siglo XIX y que seguía definido en el artículo 582 del Código Civil". Más adelante concluye: "En esencia, lo que ocurrió es que se tendió a hacer desaparecer el contenido de libertad característico del derecho de propiedad en una tradición liberal, de tal manera que, por lo menos en algunos ámbitos, a medida que nos acercamos al año 1970, el titular del derecho de dominio parecía ser poco más que un nudo propietario", en *Propiedad sin Libertad* (Santiago, Universidad de los Andes, 1999) p. 144 y 262, respectivamente.

esencia del dominio o de la esencia de alguno de sus atributos o facultades, es una operación extremadamente compleja, y no simplista, como se sugiere en la teoría. Aún así, es abordable.

Por ello, al no comprender esta problemática, la doctrina nacional no está en condiciones de aportar elementos, criterios o vías de solución, permaneciendo en repeticiones tautológicas inútiles a la hora de colaborar con la jurisprudencia. Normalmente, los autores afirmarían que la privación de la esencia del dominio consiste en imponerle tales restricciones que lo hagan irrealizable, mientras que las limitaciones, no indemnizables, serán para el profesor José Luis Cea E. las limitaciones que "comprimen reducen o restringen los atributos y facultades esenciales del dominio pero dejándolo subsistente"³⁹.

Es así como solo unos pocos autores avanzan en esta senda, así como escasos son los fallos que hacen excepción, a los que nos referiremos. Pero antes debe explicarse el porqué de esta complejidad conceptual que estamos identificando.

3.1 Las normas y categorías que confluyen. ¿Por qué tan complejo?

Estamos entonces enfrentados a la siguiente compleja operación: arribar a criterios precisos y estables para distinguir entre una regulación que afecta la esencia del derecho de propiedad o de sus atributos y facultades esenciales, y aquella regulación que simplemente le impone obligaciones o limitaciones sin tocar su esencia. La dificultad de esta tarea emana de las normas que confluyen en la materia.

En primer lugar, en el plano de la *protección*, el artículo 19 N° 24 asegura a todas las personas "el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clase de cosas corporales e incorpóreas" (inciso primero). Asimismo, dispone que "nadie puede ser privado de su propiedad, del bien sobre el que recae, ni sobre alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio", sino mediante proceso de expropiación y con la debida indemnización (inciso tercero).

Continuando, el artículo 19 N° 26 dispone que los preceptos legales que regulen, complementen o limiten las garantías constitucionales,

³⁹ CEA EGAÑA JOSÉ LUIS, "Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980", 18ª Jornadas de Derecho Público, Concepción Chile, 1988, p. 62.

“no podrán afectar los derechos en su esencia, ni establecer tributos, requisitos o condiciones que afecten su libre ejercicio”.

El artículo 41 N° 8, por su parte, al tratar los estados de excepción constitucional, dispone que las limitaciones al derecho de propiedad, cuando “importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y con ello se cause daño”, darán derecho a indemnización.

Por último, el artículo 19 N° 20, inciso primero, al consagrar la igualdad tributaria, asegura también a todas las personas “...la igual repartición de todas las demás cargas públicas”.

Mientras, en el plano de las restricciones a la propiedad, se ubica el ya revisado precepto del inciso segundo del numeral 24° del artículo 19, que consagra la función social del dominio con sus cuatro categorías justificantes, las que autorizan solo a la ley para imponer “las limitaciones y obligaciones” que deriven de esa función social.

De todas estas normas se puede concluir que:

- a) El derecho de propiedad está garantizado, tanto en sus atributos esenciales –exclusivo, absoluto y perpetuo– como en sus facultades esenciales de usar, gozar y disponer.
- b) El derecho de propiedad puede ser objeto de regulaciones, obligaciones y restricciones, impuestas solo por ley, excepcionalmente y solo amparadas en algunas de las cuatro categorías de la función social.
- c) Las regulaciones o restricciones así promovidas, no pueden afectar la esencia del derecho de propiedad, ni la esencia de sus atributos o facultades esenciales.
- d) Al imponer regulaciones o restricciones por causa de la función social, el legislador debe observar en particular dos requisitos:
 - i. La igualdad en la imposición de cargas, puesto que resultaría atentatorio contra el N° 20, una distribución desigualitaria de las obligaciones o limitaciones que se cargan a la propiedad⁴⁰; y
 - ii. La intangibilidad de la esencia del derecho, esto es, que la restricción legislativa así impuesta no puede llegar a transfor-

⁴⁰ Estamos asumiendo aquí que una limitación al derecho de propiedad, lo mismo que una obligación, es una carga pública en el sentido constitucional, punto sobre el que no hay controversia doctrinaria.

mar el derecho de propiedad o cualquiera de sus atributos o facultades, en otra clase de poder jurídico, irreconocible como una propiedad.

- a) Si las regulaciones o restricciones llegaren en definitiva a afectar la esencia de la propiedad:
 - i. la ley deviene inconstitucional, y
 - ii. el afectado tiene derecho a una indemnización, cuando se le ha causado daño (art. 41 N° 8).

Como se ve, toda la diferencia entre una restricción aceptable al derecho de propiedad, y una que vulnera la Constitución, radica en el concepto de la esencia del derecho. Este debe permanecer intangible. ¿Por qué la doctrina nacional está en deuda en esta materia? Porque del análisis anterior emanan dos preguntas cruciales:

- a) ¿Cuándo, en qué circunstancias o bajo qué criterios debe evaluarse si se encuentra comprometida la esencia de la propiedad o de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales?, y
- b) La indemnización al titular del derecho, ¿solo cabe cuando se le priva completamente de su derecho, atributos o facultades, o también cuando se le reducen apreciablemente sus facultades jurídicas, aun sin afectarse la esencia? Si se opta por la respuesta negativa, ¿cómo se entiende entonces la garantía de la igualdad ante las cargas públicas?

Estas son las dos preguntas centrales para un análisis constitucional. Bajo ellas, la doctrina está en deuda, aún más que la jurisprudencia. En efecto, no ha aportado elementos útiles, sino meramente teóricos y repetitivos, que permitan resolver las dos preguntas anteriores.

3.2 Expropiación por vía regulatoria. Criterios de la jurisprudencia comparada. Alemania y Estados Unidos

En el derecho constitucional comparado, Alemania y Estados Unidos destacan en las soluciones que ofrecen al fenómeno de la expropiación regulatoria.

A diferencia de lo sucedido en Chile, el Tribunal Constitucional de Alemania se ha pronunciado numerosas veces y directamente al corazón de la problemática de la expropiación regulatoria. Ha formulado criterios para el balance de intereses particulares y sociales

en conflicto por el derecho de propiedad, arribando a soluciones convincentes, desideologizadas y jurídicamente atractivas.

Los textos básicos a estudiar sobre la propiedad en el Derecho Constitucional de Alemania son básicamente los de Kommers (segunda edición)⁴¹ y Currie,⁴² que tratan la jurisprudencia general del Tribunal Constitucional federal. A ellos deben agregarse la obra de Michalowski y Woods sobre la protección de las libertades civiles en el derecho constitucional alemán⁴³ y el interesante artículo de 2001 de Tonya Draeger, sobre la comparación de derecho fundamental a la propiedad en Alemania y Estados Unidos⁴⁴. En español, puede verse el trabajo más resumido del profesor Stein⁴⁵.

En el balance entre los intereses sociales y particulares que convergen en el derecho de propiedad frente a la regulación legislativa, el Tribunal Constitucional alemán se ha pronunciado, desde 1949, en favor del derecho de propiedad en los siguientes casos:

- a) Caso Feldmhule (1962), en materia de derecho de accionistas mayoritarios sobre los minoritarios⁴⁶;
- b) Caso Control de Inundaciones de Hamburgo (1968), en materia de derecho del Estado a expropiar⁴⁷;
- c) Caso del Libro Escolar (1971), en materia de derecho de propiedad intelectual⁴⁸;
- d) Caso del Pequeño Patio (1979), en materia de contratos de arrendamiento⁴⁹;

⁴¹ DONALD KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence...*, ob. cit.

⁴² DAVID CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1994.

⁴³ SABINE MICHALOWSKI y LORNA WOODS, *German Constitutional Law. The protection of Civil Liberties*. Ed. Ashgate, Darmouth, 1999.

⁴⁴ TONYA DRAEGER, "Property as Fundamental Right in the United States and Germany: a Comparison of Taking Jurisprudence", en *14 Transnational Lawyer* 363, 2001, p. 363.

⁴⁵ TORSTEIN STEIN, "Garantías Constitucionales en el Derecho de Propiedad Alemán", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1998, pp. 355-385.

⁴⁶ 14 BVerfGE 263, 1962.

⁴⁷ 24 BVerfGE 367, 1968. En el caso de Control de Inundaciones de Hamburgo, 1968, el Tribunal respaldó las expropiaciones por razones de interés social, pero a la vez desarrolló la doctrina básica alemana que considera al derecho de propiedad como un "derecho fundamental", derivado de la Constitución y no de la ley, indispensable para el desarrollo de la autonomía y realización de la persona. En este último sentido se agrega a la lista de sentencias a favor del interés del propietario.

⁴⁸ 31 BVerfGE 229, 1971.

⁴⁹ 52 BVerfGE 1, 1979.

e) Caso de la Copia de Libros Gratuita, propiedad intelectual (1971), en materia de derecho de propiedad intelectual⁵⁰;

f) Caso del Arrendatario (1993), en materia de propiedad sobre los contratos⁵¹;

A favor del interés social, y acogiendo el llamado del artículo 14 N° 2 de la Ley Fundamental en cuanto a que “la propiedad impone deberes”, el Tribunal se pronunció en los siguientes casos:

a) Caso de los Viñedos (1967)⁵²;

b) Caso de las Aguas Subterráneas (1981)⁵³;

c) Caso de la Reducción del Plazo de Protección del Derecho de Autor⁵⁴;

d) Caso de la Talhidomida (1976)⁵⁵.

Lo interesante de Alemania es que el Tribunal Constitucional evita usar el concepto *función social* para aceptar o ponderar las limitaciones a la propiedad. Intuyendo que se trata de una fraseología ideologizada, y al igual que la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal alemán usa el proceso del balance de los intereses individuales de la propiedad –fuertemente garantidos a contar del caso de Control de Inundaciones– con el interés social o deberes sociales. Los dos países tienen ciertas diferencias fundacionales –el énfasis social en Alemania o Sozialstaat y el énfasis individual en Estados Unidos– pero llegan a conclusiones parecidas: un balance en el cual la igualdad ante las cargas públicas y la protección del derecho individual tienen un lugar preferente.

4. EXPROPIACIÓN REGULATORIA EN ESTADOS UNIDOS: INTRODUCCIÓN Y CASOS BÁSICOS: PENN COAL, PENN CENTRAL Y LUCAS

Como decíamos, la privación de la propiedad mediante regulaciones es un fenómeno abordado desde 1922 por la Corte Suprema norteamericana, en el fallo *Pennsylvania Coal v. Mahon*. Podemos

⁵⁰ 31 BVerfGE 229, 1971.

⁵¹ 18 Octubre 1993, BvR 1335/91.

⁵² 21 BVerfGE 150, 1967.

⁵³ 58 BVerfGE 300, 1981.

⁵⁴ 31 BVerfGE 275, 284-85, 291-92, 1971.

⁵⁵ 42 BVerfGE 263, 1976.

decir que la doctrina de la expropiación regulatoria nació de este fallo en el mundo, bajo el nombre de *regulatory takings*, y se desprende de los dos preceptos que garantizan el derecho de propiedad en la Constitución de Estados Unidos. Para los efectos de nuestro comentario del caso "Maullín", resultan muy ilustrativos los criterios usados por estas doctrinas, que de alguna forma iluminan el complejo balance entre regulación y expropiación.

El primero es el texto de la V enmienda, aprobado en 1791, que en medio de derechos de naturaleza procesal-criminal, dispone en la parte pertinente:

"No person...; nor shall private property be taken for public use without just compensation" (nadie será privado de su propiedad para uso público sin una justa compensación).

El segundo precepto es la XIV enmienda, aprobada muchas décadas después y fuente del derecho al debido proceso. Dispone en la parte pertinente:

"...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;.." (y ningún Estado despojará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin un debido proceso).

Un tercer precepto clave para la defensa del derecho de propiedad incorporal es la prohibición al Congreso de dictar leyes que resulten en un *"impairment of contracts"*, o anulación de los contratos. De aquí se ha derivado la doctrina de la intangibilidad de los contratos.

Toda la doctrina constitucional norteamericana está de acuerdo en que la Corte Suprema ha tenido dos períodos bien marcados en su interpretación sobre regulaciones económicas. La era del caso *Lochner v. New York* y la era post-*Lochner*⁵⁶. El primer período data desde 1905 hasta los tiempos post gran depresión de la década de 1930. Y el segundo período comienza en esta década de intervenciones, crisis, estado social y el *New Deal* promovido por el presidente Franklin Roosevelt, hasta nuestros días⁵⁷.

El primer período correspondería a aquel en que la Corte miró con suspicacia las regulaciones económicas provenientes de la legislación de los estados. En ese marco, inició su doctrina declarando inconstitucional la ley del Estado de Nueva York que establecía

⁵⁶ *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45, 25 SCt. 539, 49 L.Ed. 937 (1905).

⁵⁷ Véase Choper *et al.*, *Constitutional Law*, ob. cit., Section 2, "The *Lochner* Era, the Road to *Lochner*", p. 286.

límites horarios a la jornada de trabajo de los empleados de panaderías, rescatando por el contrario el valor de los contratos celebrados por ellos con sus empleadores (Lochner). Estos contratos contenían jornadas superiores a las permitidas por la ley. En el segundo período, la Corte entra a una etapa permisiva y deferente con las regulaciones económicas, resultando más escasas las sentencias en que, sobre base constitucional, anulan legislación estatal o federal.

En el tópico de la expropiación regulatoria, los dos casos centrales reflejan estas etapas interpretativas de la Corte. Curiosamente similares en nombre, las sentencias básicas son la citada *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, de 1922,⁵⁸ y *Penn Central Transportation Company v. New York City*, de 1978⁵⁹.

En *Penn Coal*, la Corte inició la doctrina de la regulación expropiatoria, con la famosa frase redactada por Joseph Holmes, Presidente de la Corte:

“La regla general al menos es que, mientras la propiedad puede ser regulada hasta cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación”⁶⁰.

Se trataba de analizar la constitucionalidad de una ley (el Kohler Act) que prohibió a la empresa propietaria –*Penn Coal Mining Company*– el efectuar extracciones mineras en terrenos de su propiedad. Al declarar la inconstitucional del Kohler Act, Holmes sopesó un criterio de naturaleza económica que es trascendental hasta nuestros días, y que la Corte Suprema de Chile implícitamente usó en *Maullín*. Reconociendo el poder del Estado para limitar la propiedad en ejercicio del “poder de policía”, expresó:

“Pero obviamente las limitaciones deben tener sus límites... Un hecho a considerar para determinar esos límites es la extensión de la disminución. Cuando llega a cierta magnitud, en la mayoría si no en todos los casos debe haber un ejercicio del dominio eminente y una compensación para sostener el acto”⁶¹.

Se estaba refiriendo Holmes a la expropiación e indemnización, que es la forma de regular la propiedad cuando se ha llegado “demasiado lejos”. En *Maullín*, evidentemente este es el camino que el

⁵⁸ 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).

⁵⁹ 438 U.S. 104, 98 S.Ct. 2646, 57 L. Ed. 2d 631 (1978).

⁶⁰ *Penn Coal*, voto de mayoría redactado por J. Holmes.

⁶¹ *Penn Coal*, voto de mayoría.

Estado de Chile debe seguir, aun así encarezca de forma sustantiva la política de monumentos nacionales.

El segundo caso ejemplifica otra época y situación, pero en una doctrina que se estima parte de una mismo cuerpo teórico en la literatura norteamericana. En *Penn Central Station v. New York*, en adelante *Penn Central*, la compañía propietaria de la gigantesca estación ferroviaria de esta ciudad impugnó la constitucionalidad de una decisión municipal que negó el permiso de construcción de un edificio de 55 pisos sobre el actual (1978) histórico inmueble. Para ello, la ciudad había aplicado la Ley de Conservación de Tierras de la Ciudad de Nueva York.

Aquí, la Corte rechazó el *certiorari* o recurso de inconstitucionalidad, argumentando básicamente que la regulación no impedía el uso del terminal en múltiples otros usos económicos (incluyendo el actual), o la construcción de otros proyectos.

Una vez más, lo interesante para Chile son los criterios que la Corte desarrolló para identificar cuando la regulación se convierte en una expropiación. Dijo el juez Brennan, escribiendo por la mayoría de la Corte:

"El impacto económico de una regulación en el reclamante y, particularmente, la extensión en que esa regulación ha interferido con diversas expectativas de retorno de inversión son, por supuesto, consideraciones relevantes".

Tenemos aquí dos elementos nuevos que considerar: el costo económico y las expectativas de retorno de inversión para el dueño, dos factores puramente económicos pero sumamente relevantes para identificar una expropiación regulatoria.

El voto de minoría de los jueces Renquist y Stevens subrayó la vinculación con la carga de una regulación y la igualdad ante la ley. Justificando que las zonificaciones urbanas no son inconstitucionales porque al afectar a muchos no infringen la igualdad, sostuvo: "Pero aquí, una pérdida multimillonaria ha sido impuesta en los apelantes, es única y no se anula por ningún beneficio por la conservación de los otros 400 edificios en la ciudad de Nueva York. Los apelados han impuesto un costo en menos de un décimo del uno por ciento de todos los edificios de Nueva York, para el beneficio de toda su gente. Es exactamente esta imposición de costos generales sobre unos pocos individuos en la que la protección de una expropiación está dirigida".

Para el voto de minoría la igualdad ante las cargas públicas es el valor constitucional que impide aceptar una regulación costosa como aquella. Es el mismo razonamiento, una vez más de carácter implícito, que subyace a la sentencia Maullín de la Corte chilena. ¿Por qué imponer solo a algunos pocos propietarios el costo sobre su propiedad para el beneficio de millones de chilenos? El artículo 19 N° 20 de la Constitución, más que el N° 24, es el que resuelve el problema de la expropiación regulatoria.

El tercer caso básico de la jurisprudencia norteamericana es *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, de 1992⁶². Aquí, una ley estatal del estado de Carolina del Sur, el *Beachfront Management Act*, prohibió a Lucas la construcción de todo emplazamiento en su propiedad de la costa, adquirida con anterioridad a la promulgación de la ley. La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley, estableciendo que esto constituía una expropiación.

El argumento clave de la Corte, desarrollado por el juez Antonin Scalia, consistió en aquel de la privación de la totalidad del valor económico. Expresó la Corte:

*"Pensamos, en síntesis, que hay buenas razones para nuestra frecuentemente expresada creencia que cuando un dueño de una propiedad corporal ha sido llamado a sacrificar todos sus usos económicamente beneficiosos en nombre del bien común, esto es, a dejar su propiedad económicamente inerte, ha sufrido una expropiación"*⁶³.

Finalmente, otro aporte doctrinario significativo de Lucas fue negar que las propiedades raíces estuviesen sujetas a "limitaciones subyacentes" (*implied limitations*), y que por esta vía el dueño debiese soportar una privación.

Lucas marcó una línea doctrinaria, aquella de la privación de "la totalidad del valor económico", pero que debe armonizarse también con la doctrina de Penn Central, que subrayó que en la expropiación regulatoria debían ponderarse todos los elementos, y no formularse reglas absolutas. Así, permanecen vigentes los criterios del valor económico perdido, y de las expectativas del retorno de la inversión.

⁶² 505 U.S. 1003, 112 S.Ct. 2886, 120 L. Ed.2d 798 (1992).

⁶³ *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, voto de mayoría.

5. LOS ÚLTIMOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA NORTEAMERICANA

Los más recientes fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos son *Palazzolo* (2001), *Tahoe-Sierra Preservation Council* (2002) y *Brown v. Legal Foundations of Washington* (2003). Junto con la sentencia anterior en el caso *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*⁶⁴, conforman los casos básicos sobre expropiación regulatoria norteamericana, junto a los ya analizados.

Las lecciones doctrinarias son balanceadas. Por un lado, debe reconocerse que la jurisprudencia estadounidense es ejemplar en cuanto a aceptar el fenómeno de la expropiación por vía regulación y a introducirse en sus complejidades. Adicionalmente, la Corte norteamericana ha formulado la teoría del valor económico, de la privación de todos los usos económicos, de las expectativas de retorno de inversión, de la igualdad ante la carga regulatoria, de la propiedad inmune ante las regulaciones posteriores subyacentes, etc. Todos estos elementos deben ponderarse adecuadamente y resolverse caso a caso.

Así, puede resultar inconstitucional la regulación municipal que obliga a aceptar la instalación de un cable de televisión en departamentos urbanos (*Loretto v. Teleprompter Manhattan*) a pesar de representar una mínima invasión física en el inmueble. Como asimismo puede resultar compatible con la Constitución una prohibición urbanística de casi 5 años aplicada en forma sucesiva sobre propietarios ribereños de un lago (*Tahoe-Sierra Preservation Council*).

Todos los fallos han contado con poderosos votos de minoría, lo que revela que la expropiación regulatoria no es un tema pacífico en Estados Unidos. Queda en todo caso la profundidad del análisis y el reconocimiento pleno del fenómeno, legando a la jurisprudencia chilena nuevos elementos de análisis para enfrentar casos similares el famoso *Maullín con Fisco*.

6. LOS AVANCES CONSTITUCIONALES DE MAULLÍN CON FISCO

A estas alturas, se hace evidente que *Maullín con Fisco* es un gran avance jurisprudencial. Si bien la Corte Suprema no desarrolla en

⁶⁴ 458 U.S. 419, 102 S. Ct. 3164, 73 L. Ed. 2d. 868 (1982).

profundidad los elementos, criterios o parámetros que harían en abstracto inconstitucional una regulación –como sí lo hacen las cortes de Alemania y Estados Unidos, por ejemplo–, si identifica bien el fenómeno de la expropiación regulatoria desde una perspectiva sustantiva.

En efecto, no es común en la jurisprudencia chilena siquiera llegar a este estadio básico de identidad. En el caso del Tribunal Constitucional, recordamos solo dos sentencias que en materia de propiedad han llegado a analizar *el contenido* de una regulación del derecho de propiedad, determinándose su inconstitucionalidad. Se trata del caso Playas (1996)⁶⁵ y del caso Rentas Vitalicias (2001)⁶⁶.

En ambos, el Tribunal se internó en mensurar la intensidad con que la respectiva regulación comprimió el derecho de propiedad. En Playas, y sin perjuicio de razonamientos referidos a la competencia, el Tribunal estimó que el decreto que privaba de la facultad de uso del propietario ribereño de ríos, lagos y mares, estaba sufriendo una “privación parcial” de su derecho de dominio, sin indemnización alguna.

Y en Rentas Vitalicias, el Tribunal delineó por primera vez una privación de la facultad de disposición del dueño sobre sus fondos previsionales, por obra de un proyecto de ley que imponía un intrincado sistema de remates fiscalizados por la Superintendencia del ramo.

En cuanto a la Corte Suprema, la sentencia pionera en la materia es *Galletué con Fisco*,⁶⁷ suficientemente alabada en medios académicos precisamente por identificar la privación de la facultad de uso de un bien rústico, y obligar al Fisco a la respectiva indemnización.

En el caso de Maullín, nos encontramos frente a un recurso de inaplicabilidad, que recaerá en el respectivo juicio ordinario que el Fisco inició contra el propietario del monumento nacional afectado.

En términos generales, la sentencia del Pleno destaca por las citas al comisionado de la CENC don Enrique Evans de la Cuadra, en sus memorables frases que acotan el interés nacional dentro de la función social. Esta frase ha sido citada también por el Tribunal Constitucional en el caso Rentas Vitalicias. Dice el fallo, citando a Evans: “No puede transformarse el concepto intereses generales de la Na-

⁶⁵ Tribunal Constitucional, rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996.

⁶⁶ Tribunal Constitucional, rol N° 334, de 21 de agosto de 2001.

⁶⁷ Corte Suprema, fallo Comunidad Galletué con Fisco, de 7 de agosto de 1984, rol N° 16.734, Casación en el Fondo, en Gaceta Jurídica N° 50, 1984, pp. 37-44 y en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 81, 1984, II, Sección V, pp. 181-189.

ción en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad"⁶⁸. También es interesante la cita a Jorge Ovalle en la CENC, en que ejemplifica la privación de la esencia del dominio mediante la figura por la cual "el legislador entrega a otro la facultad de ejercer los atributos de la propiedad por su dueño"⁶⁹.

Ambas citas sitúan correctamente el concepto función social en el marco de la Constitución de 1980, y no en el de la de 1925, que resulta conceptual y jurídicamente equivocado, según se ha demostrado en este trabajo.

En términos específicos, el fallo es también digo de loa. El Pleno declara inaplicables por inconstitucionalidad los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288. Recordemos que este último dispone que el propietario de un monumento nacional "deberá conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales".

No cabe duda que el artículo 12 cercena brutalmente la facultad de uso, intrínseca a la propiedad. Si el Consejo de Monumentos Nacionales niega la respectiva autorización, el inmueble quedará en una posición de intangibilidad para su dueño, este nada podrá hacer materialmente con él, que no sea conservarlo como está. ¿Es esto constitucional?

La Corte dice que esto "se traduce en la privación de las facultades de uso, goce y disposición"⁷⁰. No dice por qué, pero no resulta difícil intuirlo: la Ley 17.288 falla en todas las exigencias que impone la Constitución chilena y la jurisprudencia extranjera en materia de expropiación regulatoria.

En efecto, el artículo 12 infringe la igualdad ante las cargas públicas (Nº 20 del artículo 19). Como diría el juez Rehnquist en el voto de minoría de Penn Central, "se ha impuesto una carga a un décimo de un uno por ciento de los edificios de Nueva York para el beneficio general de toda su gente"⁷¹. Igual razonamiento se aplica al caso de la Ley 17.288.

⁶⁸ Maullín con Fisco, considerando sexto.

⁶⁹ Maullín con Fisco, considerando octavo.

⁷⁰ Maullín con Fisco, considerando noveno.

⁷¹ William Rehnquist en voto de minoría en *Pennsylvania Central Station Co. v. New York, City*, caso citado.

Pero además la ley falla bajo los criterios de los casos *Penn Coal*, y del *balance de intereses* del Tribunal alemán: el inmueble queda con un valor comercial completamente disminuido, si no eliminado del todo (un monumento nacional en estas condiciones desaparece del comercio humano); las expectativas de inversión del inmueble, dependiendo de la fecha de su adquisición, quedan gravemente dañadas y, en definitiva, el Estado ha pasado a tomar casi posesión física del inmueble.

Una vez más, es evidente que la Ley 17.288 fue redactada bajo la filosofía positivista de la función social que encendió Latinoamérica durante la década de 1960, pero que resulta completamente incompatible con la Constitución de 1980.

Esa filosofía atentó directamente contra un orden constitucional basado en una sociedad plural, libre y abierta a las oportunidades. La Constitución de 1980 no tolera la regulación estatal demagógica que prescinde de un derecho fundamental, aun cuando se trate de un solo ciudadano. Ese camino de degradación del derecho de propiedad elimina aquella zona de autonomía esencial que requiere la persona humana, de acuerdo al artículo 1º inciso cuarto, para su realización espiritual y material.

7. VOTO DISIDENTE EN EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA. TESIS DE LA IMPOSIBILIDAD DE LA DISTRIBUCIÓN EQUITATIVA DE LAS CARGAS. ¿ABSURDO CONSTITUCIONAL?

Cuatro señores ministros de la Corte estuvieron por rechazar el recurso, incluyendo el señor presidente. Los argumentos que despliega el breve voto de minoría dicen relación con la que hemos llamado "imposibilidad de la distribución equitativa de las cargas".

El argumento que se usa en este punto por los disidentes no es convincente; es un tanto tautológico y lleva fácilmente al absurdo. Es aproximadamente el siguiente: la Ley 17.288 no infringe la igualdad ante las cargas públicas, porque resulta imposible recargar esas obligaciones en más personas, al no poderse repartir en personas ajenas a su dueño.

Creemos que este razonamiento es fatalmente incorrecto, puesto que parte de la premisa consistente en que la única forma de distribuir las cargas es mediante obligaciones de hacer o no hacer que se

imponen a las personas. Así, ejemplifica el fallo, si el SAG ejecuta trabajos de control de plagas al tenor del DL 3.557, esos trabajos solo pueden alcanzarlos a ellos y no a otros (aunque los ministros admiten posibilidad de indemnización).

En general la premisa es incorrecta porque el Estado tendrá siempre al alcance la posibilidad de uniformar las cargas mediante su potestad tributaria, y las respectivas indemnizaciones. Esto sucede y sucederá siempre en un Estado de Derecho: la potestad tributaria puede distribuir las cargas mediante obligaciones de dar, y su recaudación permitir la respectiva expropiación con indemnización, que es la única salida tolerada por la Constitución.

De hecho, la misma Ley 17.288 previó esta forma de operar, la que por cierto no se utilizó por el Estado en vistas de que le resultó más cómodo y barato simplemente imponer estas formidables cargas a unas pocas personas.

El razonamiento del voto de minoría no es convincente porque equivale a afirmar que, en el mundo del derecho, la carga la soportará quien esté en situación de ser "sacrificado". Así, el ciudadano que se ubique más cerca de una necesidad estatal, soportará la carga. Esto es incompatible con el derecho a la igualdad ante las cargas públicas del N° 20 del artículo 19 de la Carta; es incompatible con la teoría del "sacrificio especial" que han desarrollado los europeos e incompatible aún con la lógica. En efecto, el Estado está obligado a equiparar las cargas mediante *todos los instrumentos a su alcance*. Quienes no somos dueños de un monumento nacional, pero queremos vivir en un país que los conserve, estaremos dispuestos a aprobar el presupuesto para que el Estado expropie los correspondientes bienes. ¿Y si no hay presupuesto? No hay monumentos, única salida compatible con la función de la propiedad como medio indispensable para la realización de la persona.

8. CONCLUSIONES

1. La sentencia *Maullín con Fisco* es un acierto jurisprudencial de la Corte Suprema, porque al declarar inaplicable por inconstitucionales dos artículos de la Ley 17.288, ha percibido correctamente la nueva dimensión de la función social de la propiedad en la Constitución de 1980. Al hacerlo, ha enfrentado el problema que se conoce en derecho comparado como de la *expropiación regulatoria*.

2. El concepto función social de la propiedad existe en la doctrina social de la Iglesia, pero ingresa a las constituciones europeas de la postguerra mediante la influencia del positivismo jurídico de Duguit.

3. En Latinoamérica, la función social de la propiedad está intrínsecamente vinculada a los procesos de reforma agraria de las décadas de 1950 y 1960, para lo cual se le usó como respaldo constitucional de legislaciones expropiatorias, sin énfasis en la compensación. Así, los objetivos de esta legislación fueron: a) facilitar una expropiación amplia por parte del Estado, con causales flexibles y no estrictas; b) el pago al expropiado bajo condiciones especiales, cada vez menos aceptables; y c) promover la reforma agraria, redistribución de la tierra.

4. Estos objetivos se agotan en el tiempo, fracasan en lo económico y se desacreditan en lo jurídico, por comprometer la dignidad esencial de la persona y su derecho natural de propiedad y a la propiedad, conquistado en la Revolución Francesa, amén de reducir todo incentivo económico para la acumulación de capital, paso indispensable en el desarrollo económico.

5. En Chile, la función social ingresa en 1967 a la Constitución de 1925 en el mismo marco que el resto del continente. Al redactarse la Carta de 1980, los comisionados resuelven reducir su procedencia y causales, pero mantienen una base conceptual que contradice los nuevos principios de libertad y autonomía que fundan el orden institucional.

6. En el derecho constitucional comparado de la actualidad, la función social no es un instrumento usual ni se le usa para los fines que en Chile se pretende. En Alemania, el Tribunal Constitucional se refiere a los deberes de la propiedad (Art. 14 N° 2 Constitución de Alemania) y del correcto *balance* entre estos y el legítimo derecho del individuo a su espacio de autonomía necesario para su realización (Caso Inundaciones, 1967). En una numerosa serie de casos, el Tribunal Constitucional alemán ha declarado inconstitucionales legislaciones restrictivas del dominio en materia de propiedad intelectual, contratos, arrendamientos, etc.

7. En Estados Unidos, una serie de casos de expropiación regulatoria que se inician en 1922 han marcado los parámetros o criterios necesarios para distinguir entre una mera regulación y una expropiación que debe ser indemnizada. Entre estos últimos, se encuen-

tran el impacto de la regulación en el valor económico del bien afecto a ella, las expectativas de retorno de la inversión por parte del dueño, la igualdad en la carga y el beneficio de ella respecto del resto de los ciudadanos.

8. La Ley 17.288, aprobada el mismo año que la reforma constitucional de 1967 sobre función social, obliga al propietario de un inmueble declarado monumento nacional, a "*conservarlo debidamente; no podrá destruirlo, transformarlo o repararlo, ni hacer en sus alrededores construcción alguna, sin haber obtenido previamente autorización del Consejo de Monumentos Nacionales*". Estas obligaciones privan de las facultades de uso y disposición que son esenciales al dominio de su titular, las que se traspasan al Estado (Consejo de Monumentos Nacionales), el que en el hecho pasa a operar como su dueño. La infracción de la esencia del derecho de propiedad y de la esencia de la facultad de uso, queda de manifiesto ante la aplicación de cualquiera de los exámenes que la jurisprudencia alemana o norteamericana sugieren.

9. La Ley 17.288, junto con otros cuerpos legales de la época, resulta en suma incompatible con la nueva forma en que se ha garantizado y asegurado el derecho de propiedad en la Carta de 1925, y pugna con sus principios fundantes más elementales.

10. El fallo *Mauullín* hace una valiosa contribución a una sociedad libre, al adjudicar correctamente los costos de una regulación al Estado, y por esa vía fortalecer y hacer más nítidos los derechos de propiedad en zonas inmobiliarias confusas, cuya indeterminación afecta tanto el desarrollo económico como la dignidad humana del afectado.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *The Limits of Constitutional Rights*, Capítulo 6 en "*A Theory of Constitutional Rights*", Oxford University Press, 2004.
- ALLEN, TOM, *The Right to Property in the Commonwealth Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, 2000.
- ARRÚE VIVANCO, WILMA, *Relaciones entre el principio de la autonomía de la voluntad y el orden público económico con la función social de la propiedad*, en *Revista de la Academia de Derecho*, Universidad Diego Portales, N° 2, 1993.
- BRAHM GARCÍA, ENRIQUE, *Propiedad sin Libertad*, Santiago, Universidad de los Andes, 1999.

- BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, *Derecho Urbanístico y Limitaciones a la Propiedad*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N° 6, 2002.
- BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, *Uso y Goce de la Propiedad Urbana*, en Revista de Derecho Público, N° 60.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS; *Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980*, 18ª Jornadas de Derecho Público, Concepción Chile, 1988.
- CHOPER et al., *Constitutional Law*, ob. cit., Section 2 "The Lochner Era, the Road to Lochner".
- COMPTE, AUGUSTE, *Système de Politique Positive*, edición de 1892, p. 152.
- CONANT, MICHAEL, *"The Constitution and the Economy"*, University of Oklahoma Press, Norman and London, 1991.
- Corte Suprema, fallo en recurso de inaplicabilidad *Guillermo Verdugo P. y Cía. Ltda. con Servicio de Impuestos Internos*, rol N° 3.419-2.001
- CURRIE, David *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1994.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789.
- DELAVEAU SWETT, RODRIGO, *"Regulatory takings: la expropiación regulatoria en el derecho norteamericano"*, Memoria de Grado, Magíster en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.
- DRAEGER, TONYA, *Property as Fundamental Right in the United States and Germany: a Comparison of Taking Jurisprudence*, en 14 *Transnational Lawyer* 363, 2001.
- DUGUIT, LEÓN, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Ediciones Edeval, Valparaíso, Chile, 1987.
- EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE, *Los Derechos Constitucionales*, Editorial Jurídica, 1998, Tomo II.
- HERNÁNDEZ, SERGIO, *"El Royalty a la Minería"* en Revista del Abogado N° 30, 2004.
- *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45, 25 S.Ct. 539, 49 L. Ed. 937 (1905).
- *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* 458 U.S. 419, 102 S. Ct. 3164, 73 L. Ed. 2d. 868 (1982).
- *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 112 S.Ct. 2886, 120 L. Ed.2d 798 (1992).
- MARMOLEJO GONZÁLEZ, CRÍSPULO, *El problema de las Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus implicancias en los sistemas de Inversión Extranjera*, Memoria de Grado de Magíster, Universidad de Chile, 2003. Resumen en Revista Realidad, Número 78, año 8, 2003.
- MICHALOWSKI, SABINE Y LORNA WOODS, *German Constitutional Law. The protection of Civil Liberties*. Ed. Ashgate, Dartmouth, 1999.
- MOYA GARCÍA, JULIO, *"La Función Social de la Propiedad en Materia Agraria"*, México, 1964.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Algunos antecedentes sobre la historia fidedigna de las normas de orden público económico establecidas en la*

- Constitución de 1980*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, N° 1, 1997.
- OSSA BULNES, JUAN LUIS, "El Royalty a la Minería", en Revista del Abogado N° 30, 2004.
 - Penn Central Transportation Company v. New York City. 438 U.S. 104, 98 S.Ct. 2646, 57 L. Ed. 2d 631 (1978).
 - Pennsylvania Coal Co. V. Mahon. 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).
 - PIPES, RICHARD, "Property and Freedom", First Vintage Book Edition, 1999.
 - RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE, Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana, en Revista Chilena de Derecho, Vol 23 N° 1, 1996.
 - REVETRIA BELTRÁN, MAFALDA, "El Régimen Jurídico de la Propiedad Monumental en Chile", en Revista de Derecho Público N° 28, 1977.
 - RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO, *El principio constitucional de la función social de la propiedad*, en Anuario de Filosofía Jurídica y social N° 6, 1998.
 - SCALIA, ANTONIN, redactor del voto de mayoría en el caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003, 112 S. Ct. 2886, 120 L. Ed. 2d. 798 (1992).
 - SCHMIDTDEN, DIETER, *Funciones y Garantías legales de los derechos de propiedad*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Adenauer, Medellín, Colombia, 1998.
 - Sentencia de la Corte Suprema, fallo *Comunidad Galletué con Fisco*, de 7 de agosto de 1984, rol N° 16.734, Casación en el Fondo, en Gaceta Jurídica N° 50, 1984, p. 37-44 y en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 81, 1984, II, Sección V.
 - Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán: 24 BVerfGE 263, 1962; 24 BVerfGE 367, 1968; 31 BVerfGE 229, 1971; 52 BVerfGE 1, 1979; 31 BVerfGE 229, 1971; 18 octubre 1993, BvR 1335/91; 21 BVerfGE 150, 1967; 58 BVerfGE 300, 1981.
 - Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996.
 - Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 5, de 9 de noviembre de 1981.
 - Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 334 de 21 de agosto de 2001.
 - SOTO KLOSS, EDUARDO, *La Primacía de la Persona Humana, principio fundamental del derecho público chileno*, en Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. N° 5, 1996.
 - STEIN, TORSTEIN, *Garantías Constitucionales en el Derecho de Propiedad Alemán*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1998.
 - UGARTE GODOY, JOSÉ JOAQUÍN, *Limitaciones al Dominio: de las meras restricciones y de cuando dan lugar a indemnización*, en Revista Chilena de Derecho, Vol 28 N° 2.
 - VERDUGO MARIO, EMILIO PFEFFER Y HUMBERTO NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 1994.

- Contreras de 1988, en *Revista de Derecho de la Universidad Financiera*, N° 7, 1987.
- Osa Buitrago Juan Luis, "El Rápido y lo Atento", en *Revista del Abogado*, N° 30, 2004.
- *Pain Central Transportation Company v. New York City*, 438 U.S. 104, 90 S.Ct. 1042, 57 L.Ed. 2d 831 (1978).
- *Panamericana Coal Co. v. Mahon*, 300 U.S. 191, 43 S.Ct. 138, 67 L.Ed. 311 (1932).
- PONS, RICARDO, "Propiedad y Fideicomiso", *Fine Vintage Book Edition*, 1998.
- RAUIC MACUL, EMILIO, "Fideicomiso, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23 N° 1, 1996.
- REVILLA BELTRÁN, MARCELA, "El Régimen Jurídico de la Propiedad Urbana", en *Revista de Derecho Público* N° 28, 1977.
- RÍOS ÁZARIZ, LUCIANO, "El principio constitucional de la familia social de la propiedad", en *Anuario de Estudios Jurídicos y Sociales* N° 6, 1998.
- SCHAFF, ANTONIO, "Redactor del voto de mayoría en el caso *Lynch v. Donnelly*", *Carolina Coastal Council*, 302 U.S. 1001, 112 S.Ct. 2886, 130 L.Ed. 2d 798 (1992).
- SHERIDAN, DAVID, "Funciones y Caracteres Legales de los Derechos de Propiedad", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Adhucor, Medellín, Colombia, 1998.
- Sentencia de la Corte Suprema, fallo "Comunidad Callejón con Fisco", de 7 de agosto de 1984, rol N° 18.734. Casación en el fondo, en *Casos Jurídicos* N° 20, 1984, p. 37-44 y en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 61, 1984, II, Sección V.
- Sentencias del Tribunal Constitucional Federal, Alemania: 24 BVerfGE 247, 1962; 24 BVerfGE 367, 1966; 31 BVerfGE 38, 1971; 32 BVerfGE 1, 1972; 37 BVerfGE 239, 1975; 18 octubre 1992, BVerfGG/13329/1; 31 BVerfGE 150, 1987; 38 BVerfGE 300, 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 242, de 1 de diciembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2, de 9 de noviembre de 1987.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 244 de 21 de agosto de 2001.
- SOTO ROSA, EDUARDO, "La Familia de la Persona Humana, principio fundamental del derecho público chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Vol. N° 2, 1986.
- STAN, FORSTER, "Caracteres Constitucionales en el Derecho de Propiedad", *Anuario de Estudios de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1998.
- UGARTE GONZÁLEZ, JOSÉ JOAQUÍN, "Limitaciones al Dominio de las cosas muebles y de cuando son lugar a indemnización", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 N° 2.
- VILLALBA MORA, DAVID FERRER Y HUMBERTO HOGUERA, *Derecho Constitucional*, Ed. Jurídica de Chile, Tomo I, 1994.