

# LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA: ¿CRISIS DE LA DOCTRINA CLÁSICA O TRIUNFO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?

*The Constitutional Interpretation  
Concerning the Limitation of the  
Right to Private Property: Crisis of the  
Classic Doctrine or Victory of the New  
Constitutionalism Tendencies?*

ALEJANDRO SAN MARTÍN BARRAZA\*

**RESUMEN:** El autor en este ensayo indaga acerca del nuevo paradigma del neoconstitucionalismo, cuál es el papel del juez dentro de esta nueva tendencia, cómo este interpreta los preceptos constitucionales, especialmente, cuáles son las problemáticas generadas

---

\* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile. Alumno de Magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional. Profesor de Introducción al Derecho e Historia del Derecho, Universidad Bernardo O'Higgins. <asanmartin@ubo.cl>.

**Artículo recibido el 9 de julio y aprobado el 24 de agosto de 2010.**

por la interpretación del precepto constitucional del artículo 19 Número 24 de la Carta Fundamental, y finalmente, cómo el Tribunal Constitucional, en los últimos años, ha entendido las limitaciones del derecho de propiedad. Concluye al respecto que el derecho a la propiedad no ha escapado a la modernidad. Los nuevos tiempos y el paradigma del neoconstitucionalismo, se han encargado de elevar al dominio, como un derecho constitucional ya no sólo protegido por una Carta Fundamental, sino que también por la labor del juez, quién en virtud a la modernidad y al nuevo paradigma, ha triunfado por sobre el legislador.

**PALABRAS CLAVES:** derecho a la propiedad – limitaciones a la propiedad – interpretación judicial – neoconstitucionalismo

**ABSTRACT:** The author in this article studies about the new paradigm of the Constitutional Law, which is the role of the judge inside this new trend, how does he interpret the constitutional rules, specially, which are the problematic generated regarding interpretation of the constitutional rule of the article 19 Number 24 of the Chilean Constitution, and finally, how the Constitutional Court, in the last years, has understood the limitations of the right of property. The author concludes in the matter that the right to the property has not escaped to the modernity. The new times and the paradigm of the New Constitutional Law Tendencies, have taken charge raising up to the right of property, as a constitutional law already not only protected by a Constitution, but also for the labor of the judge, whom in virtue to the modernity and to the new paradigm, has triumphed for over the legislator.

**KEY WORDS:** right to property – property limitations – judicial interpretation – new constitutionalism tendencies

## I. INTRODUCCIÓN

Un Estado inserto en la Edad Contemporánea creará un ordenamiento jurídico que tenga por consideración y objetivo la dignidad del ser humano como base para todas sus leyes. En consecuencia, todos los habitantes que integren una democracia representativa, tendrán igualdad de oportunidades para alcanzar el bien común, entendido éste como el conjunto de condiciones materiales y espirituales que, en un orden social normal, permiten el pleno desarrollo de las personas en una sociedad dada. El considerar al ser humano como un ladrillo que edificaba la estructura misma del Estado

y que constituía la propia existencia de éste, en una forma no democrática, y frente al cual, este Leviatán se sirviera de ellos para sus propios fines no humanistas, es un pensamiento actualmente anacrónico y retrógrado<sup>1</sup>. En consecuencia, el fin primordial para todo Estado moderno que desee ingresar al mundo civilizado en el actual proceso de globalización, girará en torno al ser humano. Dicha premisa, pese a ser reafirmada por las nuevas concepciones de nuestra propia existencia humana, ya ha sido corroborada por la

<sup>1</sup> Lo anterior no deja de ser interesante en mencionarlo. George ORWELL, fue uno de los autores más impactantes en torno a la manera en la cual criticaba los regímenes políticos en los cuales se utilizaba al ser humano como un ladrillo para su superestructura y se despojaba de cualquier tipo de dignidad humana. En la novela "1984", el significado para la vida para todo ser humano giraba en torno a la existencia de un ente político denominado "Gran Hermano", a quién nunca se le ve en persona, sino que se le menciona en la novela, como el ser que todo sabe, todo ve y que debe ser amado incondicionalmente por todos los ciudadanos. En este Estado ficticio, puede advertirse la noción del ser humano, despojado de su dignidad de tal y convertido en mero sirviente de esta Entelequia malévola. La Policía del Pensamiento, no permitía el amor entre dos seres humanos si contravenía los intereses del Gran Hermano. Se entraba en guerra con un país y después con otro sin motivo aparente, y en toda la novela no se explicaba el porqué de toda esta situación. Es una novela muy cruda para leer, pero interesante para comentar. En cambio, en *La Granja de los Animales*, ORWELL, nos muestra en un tono de fábula, la profunda crítica del régimen soviético, en la época en donde la URSS se levantaba como la gran superpotencia. La novela fue escrita para niños, pero con un trasfondo muy crítico. En una granja inglesa, que simbolizaba a la Unión Soviética, el cerdito Napoleón representaba a la cruel tiranía de Stalin; su rival, el cerdito Snowball, al desterrado Trotsky; el caballo Boxer, al proletariado ruso; las ovejas, al campesinado; el cuervo Moses, a la Iglesia Ortodoxa y los perros que servían a Napoleón, a la KGB. En la novela, los cerditos llegan al poder prometiendo una mejor calidad de vida para sus miembros, pero en el transcurso de la obra, los cerditos (quienes simbolizaban al comité central del partido comunista ruso) cambian las reglas que fueron entregadas por el cerdito fundador del animalismo (ideología política que simbolizaba al comunismo) para servir a esta clase dirigente. En el final de la novela, podemos ver que los cerditos, negocian políticamente con un grupo de seres humanos, pese a que los postulados del animalismo no aceptaban tal situación. Lo anterior, es la parodia al pacto de no agresión Ruso-Alemán de 1938, entre Hitler y Stalin. En ambas novelas, es posible advertir la profunda crítica y la manera tan horrible en la cual podría convertirse un Estado, que se sirva de un ser humano para cumplir sus propios fines ajenos a la propia beneficencia del hombre y su bien común. Se recomienda, además de George ORWELL, para efectos de profundizar la noción del ser humano como un ladrillo del Estado y que aborda el género literario denominado como Distopía, a Aldo HUXLEY, *Un Mundo Feliz*, a Anthony BURGESS, *La Naranja Mecánica*, o en el cine a Charles Chaplin, con su crítica película, *Tiempos Modernos*.

experiencia de la humanidad en las primitivas formas de organización social. Una de las enseñanzas que nos han entregado estas primeras organizaciones, es la imposibilidad de considerar al hombre como un ente aislado, pues su naturaleza demanda una vida en comunidad con otros individuos de la misma especie. El ser humano, necesita de sus semejantes y no será concebible algún tipo de forma de organización social o política en que el hombre se encuentre en solitario, sin el constante apoyo de sus compañeros de especie<sup>2</sup>. Para lograr lo dicho anteriormente, es necesario que concurren adecuadas condiciones sociales para una convivencia sana entre todos los ciudadanos, dentro de una democracia representativa. Una de esas condiciones lo constituye el estricto respeto a un derecho que siempre ha estado en el subconsciente de todo ser humano racional: El Derecho a la Propiedad. Debemos tener presente que cuando el ser humano no ha respetado a este derecho, se han generado problemáticas durante toda la historia de la humanidad<sup>3</sup>. Sin embargo, en momentos de crisis o de situaciones límites, afloran los más bajos instintos que desean ser satisfechos: El instinto de la apropiación surge como necesidad pronta a ser satisfecha. Es por ello que, el legislador ha procedido a regular el derecho a la propiedad desde que el hombre es hombre, pero elevado a categoría de derecho constitucional esa particularidad sólo en los últimos años, en especial por las nuevas tendencias que nos plantea el neoconstitucionalismo.

## II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA PARA EL DERECHO DE PROPIEDAD

El neoconstitucionalismo es un fenómeno evolutivo, que presenta entre sus principales características, romper con los modelos ya establecidos, revisar todo lo clásico, presentar nuevas formas para interpretar la Constitución y dar amplias facultades a los jueces para velar por la Supremacía Constitucional, a través de los juicios de ponderación. El constitucionalismo europeo de

---

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, fue el filósofo griego, que además de estudiar muchas Constituciones Políticas de Polis griegas, siendo en definitiva el más grande constitucionalista de la historia de la humanidad, enfatizó la importancia de la sociabilidad del ser humano. El estagirita mencionaba *"El ser humano que vive solo, o es un Dios o un Bruto"*.

<sup>3</sup> A mencionar: Guerras preventivas, Ideologías políticas totalitarias, crisis en las democracias representativas, quiebres institucionales, etc. Debe tenerse presente, que el ser humano es un animal civilizado, en atención a la propia evolución de la naturaleza, y que es cierto que éste podría estar educado, culturizado, vivir en sociedad, tal cual lo afirmó Aristóteles y que éste pronto conquistará el universo por los viajes espaciales, sin embargo, siempre mantendrá su naturaleza animal, la que debe ser controlada por las leyes.

posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, en opinión de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica: El Neoconstitucionalismo<sup>4</sup>. Sin embargo, y a juicio del profesor José Luis CEA<sup>5</sup>, Chile aún esta en curso de alumbramiento, atendido a que tardíamente se incorporó al proceso. En palabras de Luis PRIETO SANCHIS, tres serían las acepciones principales para este nuevo paradigma: En primer lugar, el neoconstitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender, también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada<sup>6</sup>. Como paradigma, el neoconstitucionalismo presenta a la supremacía sustantiva y formal del Código Político, secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores y principios incluidos en su texto y en el bloque de constitucionalidad<sup>7</sup>. Es claro que los derechos constitucionales tendrán un nuevo rol frente al tenor literal del positivismo. Para el Neoconstitucionalismo, de una forma teórica, ideológica u metodológica, toda limitación al dominio sería indemnizable. A raíz de la codificación, el positivismo se nos presentó como la tendencia de moda dentro los ámbitos académicos del derecho; con autores de renombre, que hasta el día de hoy se nos enseñan en las escuelas de derecho: Los postulados de Kelsen, Hart, Schmidt iluminaron a toda una generación de juristas en tiempos en donde los pueblos comenzaban a codificar sus leyes<sup>8</sup>. Sin embargo, opinamos que no existía, hasta estos últimos años, una concepción jurídica y constitucional de considerar al Derecho de la Propiedad como un derecho natural innato del ser humano, constitucionalmente protegido en la Carta Fundamental. La delicada experiencia del Gobierno de la Unidad Popular, que nos mostró situaciones en donde el Gobierno de la época, procedía a limitar, restringir o privar los atributos y facultades del dominio, sin existir ningún tipo de ley expropiatoria o debido proceso, posibilitó que la Comisión de Estudio

---

<sup>4</sup> PRIETO (2007a) p. 213.

<sup>5</sup> CEA (2008) p. 317.

<sup>6</sup> PRIETO (2007b) p. 110.

<sup>7</sup> CEA (2008) p. 317.

<sup>8</sup> Chile no estuvo ajena a las corrientes positivistas y en razón de aquello se procedió a codificar nuestro derecho privado, cuando recién avanzábamos como nación independiente y decidíamos nuestro destino. El tratamiento jurídico del derecho de la propiedad, que se regulaba en nuestro Código Civil, tuvo una fuerte influencia del Derecho Privado Romano, Derecho Francés, *Las 7 partidas de Alfonso X* y *Corpus Iuris Civile*.

de la Nueva Constitución (CENC), consideraba al Derecho de la Propiedad como una garantía constitucional, protegida y amparada por los Jueces de la República a través del recurso de protección.

El derecho a la propiedad se encuentra contemplado en el artículo 19 Número 24 de nuestra Constitución Política, y establece como garantía constitucional el derecho a adquirir toda clase de bienes corporales e incorporeales y a ser garantizada por mandato del Código Político, el acceso a ella. Sólo una ley podrá privar del derecho de propiedad o limitarla por causas derivadas de la función social, que comprenderían las exigencias de los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. Sin embargo, en el Derecho Constitucional Chileno, el dominio no encuentra una correcta tratativa doctrinaria y sigue ligada a las doctrinas clásicas, de claras tendencias al positivismo de Andrés Bello. Pese a las escasas investigaciones jurídicas al respecto, se nos presenta el problema de interpretación constitucional sobre *la limitación al Derecho de la Propiedad*, cuando alguien recurre a la justicia constitucional, por algún acto que tienda a perturbar el legítimo ejercicio de tal derecho. Una de las más grandes dificultades que se han presentado es entender el concepto de limitación a la Propiedad y cuando ésta, efectivamente, deba ser limitada y no expropiada. El concepto *Función Social*, es materia de confusión para muchos, atendida la poca discusión en nuestra jurisprudencia y doctrina. Estamos más que seguros que tal situación, en la actualidad podría ser dirimida por medio de los jueces que se encuentren inmersos en el paradigma del neoconstitucionalismo. Recordemos que para la teoría clásica, una limitación a la propiedad no es indemnizable, situación que sí se produce en el caso de una expropiación.

### III. LA LIMITACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DENTRO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Mencionábamos en párrafos anteriores, que el Derecho a la Propiedad fue elevado a la categoría de garantía fundamental, por exclusiva iniciativa del Constituyente de 1980. Uno de las justificaciones para tal cautela, lo constituye el hecho de evitar tristes experiencias en torno a la privación y limitación de tal Derecho, que pudiesen recordar los oscuros años de la Unidad Popular. Sin embargo, es posible ya encontrar un atisbo de regulación a la propiedad en materia constitucional, al momento de Reformar la Carta de 1925, por motivos de la Reforma Agraria, en la época del Presidente Eduardo Frei Montalva. Será el garantismo de los derechos, una pieza clave para comprender el nuevo fenómeno en el cual nos encontramos inmerso, traducéndose en que ya en nuestro sistema, el Derecho a la Propiedad para todas las cosas corporales e incorporeales pasa a tener rango de garantía constitucional.

No debemos olvidar que actualmente este derecho ya goza de un diferente tratamiento constitucional, que rompe con los modelos de la llamada teoría clásica, debido a la presencia en nuestro sistema jurídico del recurso de protección. En caso de existir una privación o limitación en las facultades esenciales del dominio, sin existir ley expropiatoria o sin un debido proceso, se establece la protección por parte de los Jueces (La Corte de Apelaciones respectiva) a fin de adoptar de forma inmediata las providencias que juzgue necesaria para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado. Sin embargo, el principal problema que se presenta, y que necesariamente aborda temas relacionados al papel del juez dentro del nuevo paradigma, corresponde al juzgamiento de la limitación al dominio y cuando efectivamente se deba indemnizar, en el caso que, por un acto de un tercero, se perturben las facultades y atributos del mismo. Si un simple decreto, que en apariencia sólo pretendería implementar una ley, en aras de la potestad reglamentaria de ejecución y se pasa a privar de las facultades o atribuciones del dominio ¿Será tal acto constitucional? En definitiva las grandes interrogantes que se presentan en este tema son: ¿Qué es y cuándo hay una limitación del derecho de propiedad? ¿Qué es una expropiación? ¿Cómo diferenciamos una de la otra?

Tales interrogantes han generado variadas problemáticas en nuestros tribunales, atendido a que la doctrina nacional no ha tratado con detalle estos delicados temas. La teoría clásica en torno a la propiedad es clara en torno a que siempre existirá limitación en el caso de función social. ¿Cuándo estamos en presencia de función social? En este caso, la respuesta sería sencilla, atendido a que la propia Constitución en su Artículo 19 Número 24 manifiesta: *“Comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la Seguridad Nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”*. Sin embargo, y pese a lo establecido en el párrafo anterior, subsisten las interrogantes: ¿Cómo ponderar cada una de estas limitaciones? ¿Cuándo existe limitación o expropiación? ¿Hay alguna manera de determinar si estamos en presencia de un acto expropiatorio o sólo regulatorio? ¿Cómo un juez debe fallar a objeto de proteger este derecho constitucional, al verse amenazado por una limitación o expropiación de carácter ilegal? ¿Puede el juez contravenir a un legislador, al requerir alguna norma que sea abiertamente contraria a la protección del artículo 19 Número 24? ¿Se indemnizarán las limitaciones? Para la doctrina clásica, una limitación al dominio no será indemnizable, mientras que, si existe un proceso expropiatorio, en donde se este comprometiendo la esencia misma del derecho, habría privación en los atributos del dominio y sería indemnizable. ¿Qué parámetros otorga la Constitución a este fenómeno? ¿Deben indemnizarse estas limitaciones o, por el contrario, su titular debe soportarlas gratuitamente, en nombre de la

función social, como podría sugerir el inciso segundo del Número 24 del Artículo 19 de la Carta Fundamental?<sup>9</sup>

#### **IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO PARADIGMA Y LA LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD: LA CRISIS DE LA TEORÍA CLÁSICA**

Realizar una interpretación constitucional sobre la limitación al derecho de propiedad, no deja de plantear desafíos. La interpretación constitucional es, sin lugar a dudas, la actividad que con mayor frecuencia enfrenta a los intérpretes del derecho, para la determinación del significado de términos que encierran criterios valorativos o morales. Estos términos, unidos a otros, perfilan, en muchos casos, los derechos fundamentales.<sup>10</sup> Nuestra carta fundamental de 1980, pese a ser muy pulcra en sus postulados constitucionales, no ha escapado de uno de los típicos problemas que surgen en torno a la interpretación de algunas de sus normativas: el alto grado de abstracción, lo que implica en gran medida su indeterminación y, en consecuencia, inevitables desacuerdos a la hora de precisar o delimitar su alcance.<sup>11</sup>

En virtud al nuevo paradigma que nos plantea el neoconstitucionalismo, las doctrinas clásicas se encuentran en franca retirada, frente al paso demolidor de las ideas de la modernidad, que nos entregarían soluciones frente al dilema de la indemnizabilidad de la limitación al dominio. Recordemos que, de lo expresado en párrafos anteriores, el nuevo paradigma plantea como parte de sus variadas tesis, a la duda o la incertidumbre. Todo es en la actualidad relativo; nada es bueno o malo en absoluto. Tal es el síntoma de la modernidad. En consecuencia, frente al panorama que nos plantea la post-modernidad, las teorías clásicas ya no dan abasto frente a las nuevas tendencias; y dado lo anterior, no sería posible aplicar reglas de interpretación tan arcaicas, a un tema importante como lo sería la interpretación y comprensión de la limitación al derecho de propiedad. La palabra *limitación* ha planteado muchas incertezas. En el debate contemporáneo el tema ha sido analizado como consecuencia de la indeterminación del Derecho, por cuanto se comprende que las dificultades de precisión semántica que plantean los términos valorativos son un factor más que, unido a otros, incide en la determinación del Derecho<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> FERNANDOIS (2010).

<sup>10</sup> CIANCIARDO (2006) p. 37.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Idem.*, p. 42.

No sería correcto abordar el significado semántico de *Limitación*, si no entendemos lo que se entendería por Dominio. Siguiendo a la doctrina civilista clásica, Dominio sería entendido como el Derecho Real que se ejerce sobre una cosa determinada (Corporal e Incorporal) con facultades de usar, gozar y disponer. El punto que se nos presenta, radica en que, limitar el derecho de dominio, significaría sencillamente restringir una de éstas facultades. Privar, muy por el contrario, constituiría en eliminar o reducir a una de dichas facultades, y en consecuencia el Dominio quedaría reducido en derecho ya degenerado en otro. El problema que se da en la práctica lo constituye en que se entiende por parte de las autoridades administrativas, jefes de servicio, que tanto limitar como restringir sencillamente constituye *privación*. Los autores clásicos de Derecho Administrativo suelen tomar la palabra limitación en un sentido amplio, y consideran limitaciones al dominio por causa de interés público, tanto a las simples modalidades impuestas a su ejercicio, como a su desmembración y a su misma privación<sup>13</sup>. Frente a esta panorámica, somos de la opinión que se deberían realizar interpretaciones constitucionales, teniendo por base aspectos valóricos, que en definitiva son de la esencia de la nueva paradoja existente. Iglesias Vila propone una semántica para los términos valorativos de los textos constitucionales –denominados en su trabajo “*conceptos esencialmente controvertidos*”– desde la base teórica que le proporciona “*Law’s Empire*”, principalmente los capítulos 2 y 3, en los que DWORKIN expone su teoría interpretativa del Derecho. En dicho estudio, la autora hace un uso semántico de la teoría interpretativa y trata de proponer el modelo constructivo para resolver un problema de significado. La semántica de la cual, la autora hace referencia se basa en las prácticas interpretativas, en el uso que los habitantes dan a los términos lingüísticos dependientes del contexto discursivo y deja de lado toda semántica que haga depender el uso correcto de los términos de algo externo a las prácticas humanas en las que estos términos son usados<sup>14</sup>. La línea que fundamenta su propuesta, sostiene las siguientes tesis: 1) la pregunta del significado de los términos es siempre interna a una práctica de uso; 2) el uso correcto del término x depende de qué es algo para ser x, lo que, a su vez, no depende de lo que ordinario se acepta como x, con lo que la autora trata de evitar el convencionalismo, y 3) no obstante, el significado se determina de acuerdo con nuestras creencias y capacidades epistemológicas<sup>15</sup>. Esta teoría de interpretación, enmarcada dentro del neoconstitucionalismo, ofrece ventajas que no deberíamos dejar de mencionar. Iglesias Vila resume las ventajas de la siguiente manera: 1) Flexibiliza nuestras prácticas lingüísticas y reconoce el desacuerdo y,

<sup>13</sup> UGARTE (2001) p. 425.

<sup>14</sup> CIANCIARDO (2006) p. 47.

<sup>15</sup> *Idem.*, p. 45.

2) contribuye a la determinación semántica, por cuanto, si bien no hay coincidencia en las concepciones y los paradigmas, la coincidencia en el concepto interpretativo posibilita el juicio acerca de que unas respuestas son más correctas que otras, porque tendremos un objeto de discusión, de forma que no cualquier desacuerdo implica indeterminación semántica y confusión.

Para determinar si la limitación al derecho de propiedad, debe ser indemnizable, somos de la opinión de efectuar este tipo de interpretación, atendiendo a la limitación del derecho, en base a un tenor literal, no significa un retroceso a lo clásico, presente en el Código Civil de Andrés Bello, sino que por el contrario, dar una fuerte atribución creadora al juez ordinario o constitucional, para efectos de realizar una ponderación en torno a la limitación y enmarcarla en lo cotidiano. De esta manera, se dilucidaría de forma expedita si se debe o no indemnizar tal limitación. Sin embargo, hay una problemática: Puede darse el caso que, de tiempo en tiempo o en cada época histórica, se desarrollen distintas concepciones sobre lo que se entendería por Limitación o Función Social. Tal sería el único punto débil de la teoría de Iglesias Vila.

## V. LA LABOR DEL JUEZ DENTRO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Hacíamos mención en los párrafos anteriores, sobre el papel del Juez dentro del nuevo paradigma denominado neoconstitucionalismo. El juez frente a la Constitución será fundamental dentro del Neoconstitucionalismo y se tenderá a una exacerbación en directa relación con el respeto íntegro de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. La derrota del estado legislativo (Democrático) a manos del Estado jurisdiccional (elitista o aristocrático); la constitución marco que permitiría el juego de las mayorías en sede legislativa, vendría a ser suplantada por una Constitución dirigente donde, por su alto grado de indeterminación, terminan siendo los jueces quienes tienen la última palabra sobre todos los asuntos<sup>16</sup>. Este paradigma del llamado nuevo constitucionalismo, hace posible que finalmente sea el juez el que triunfe por sobre el legislador. Será el juez el llamado a velar por el respeto íntegro de los derechos que la Constitución ampare en su seno. Será rasgo esencial del nuevo paradigma, el rol protagónico activo o dinámico de todos los jueces, en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> PRIETO (2007a) p. 217.

<sup>17</sup> CEA (2008) p. 318.

## **1. Los Juicios de Ponderación en la limitación al Derecho de Propiedad**

El juicio de ponderación supone un loable esfuerzo de racionalización de las operaciones de interpretación constitucional, y con ello, con independencia de que pensemos que es capaz de conducir a la anhelada unidad de solución correcta o que, más escépticamente, consideramos que siempre queda algún hueco para el decisionismo y la discrecionalidad<sup>18</sup>. En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión<sup>19</sup>. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (La mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificadoras, conflictivas y del mismo valor<sup>20</sup>. Efectivamente, el sentido de la ponderación consiste en ofrecer una forma de argumentación plausible, cuando nos hallamos en presencia de razones justificadoras del mismo valor y tendencialmente contradictorias, algo que suele ocurrir con frecuencia en el ámbito de los derechos fundamentales. Por eso, su regla general constitutiva tiene como punto de partida, un conflicto: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro<sup>21</sup>. Muy en especial, su labor se torna imprescindible a la hora de determinar el sentido y alcance del artículo 19 Número 24 de la Carta Fundamental de 1980, en cuanto a lo que efectivamente se entiende por limitación o privación en las facultades esenciales del dominio. Lo anterior no deja de ser importante, si lo confrontamos a que muchas de las regulaciones realizadas por los órganos administrativos del Estado de Chile o simples decretos de inferior jerarquía legal, pese a señalarse a sí mismo como cuerpos reguladores del dominio tendientes a limitar tal asunto, en la práctica son expropiadores, sin el debido proceso para ello; o frente a proyectos de ley, que derechamente vulneren a la propiedad como garantía constitucional. Nos encontraríamos de frente a un interesante panorama, para analizar en base a las nuevas tendencias que nos presenta el neoconstitucionalismo, a la hora de llevar a cabo juicios de ponderación, en calidad de juez constitucional u ordinario, si tal situación constituye una mera limitación o una expropiación sin debido proceso. Para ello, siempre será necesario que el juez se sirva en ponderar cada uno de los factores, a la hora de tomar una decisión que permita mantener el imperio del Derecho. El juez constitucional hace posible el nacimiento de las ideas, los proyectos, los consensos y disensos acerca del sentido y alcance efectivo de la defensa del

<sup>18</sup> PRIETO (2007a) p. 220.

<sup>19</sup> PRIETO (2007b) p. 128.

<sup>20</sup> *Idem.*, p. 129.

<sup>21</sup> PRIETO (2007a) p. 220.

Código Político. El Juez constitucional determina, con su conducta, el vigor de las organizaciones que integra, dándoles o no la independencia, imparcialidad y coherencia que comprueben la cualidad de instituciones<sup>22</sup>.

## **2. El contenido esencial del derecho de propiedad enmarcado en el nuevo constitucionalismo**

Determinar el contenido esencial del derecho de propiedad será el primer objetivo de todo Juez, ya sea constitucional u ordinario para dilucidar la gran problemática que intenta resolver este trabajo. De allí podremos determinar si estamos en presencia de una limitación o derechamente de una expropiación. El contenido total de un derecho, su determinación completa, implica la especificación de, al menos los siguientes elementos: Quién es su titular, quién debe respetar o dar efecto al derecho de aquél; cuál es el contenido de la obligación, describiendo no sólo sus actos específicos, sino también el tiempo y otras circunstancias y condiciones para su aplicación; cuáles son las condiciones en las que el titular pierde su derecho, incluyendo aquéllas –si las hubiere– bajo las cuales puede renunciar a las obligaciones relevantes; que facultades y poderes ostenta el titular en cada caso de incumplimiento del deber; y sobre todo, qué libertades disfruta el titular que demanda el derecho, incluyendo una especificación de sus fronteras, como es el caso de la determinación de sus deberes, especialmente el deber de no interferencia con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos<sup>23</sup>.

## **3. Fallos del Tribunal Constitucional y las nuevas teorías basadas en el neoconstitucionalismo**

Nuestro Tribunal Constitucional no estuvo ajeno a lo que implica la interpretación constitucional, en torno a la Limitación del Dominio y las problemáticas que generaban.

En Estados Unidos, fallos como *Pennsylvania Coal v. Mahor*, 260 U.S. 393 (1922), hicieron posible el nacimiento de la denominada expropiación regulatoria, bajo el nombre de *Regulatory Taking*.

En el año 2007, el Tribunal Constitucional recepciona la idea sobre como debería entenderse una limitación al dominio, en base a una tesis

---

<sup>22</sup> CEA (2008) p. 320.

<sup>23</sup> SERNA – TOLLER (2000) p. 57.

reversionista de lo clásico: *La Teoría de Expropiación Regulatoria*<sup>24</sup>, y que se expresan en dos fallos de sus fallos.<sup>25</sup> Las Empresas Eléctricas Panguipulli S.A. y Puyehue S.A. recurrieron al Tribunal, para efectos de que fuese declarada la inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley Número 19.940, que modificó el Decreto con Fuerza de Ley Número 1 de 1982, del Ministerio de Minería, *Ley General de Servicios Eléctricos*. A juicio de los requirentes, se estaría vulnerando la garantía constitucional del artículo 19 Número 24 de la Constitución, en cuanto al derecho de propiedad de cosas incorporales, en este caso, el pago de determinados peajes por conceptos de transmisión de electricidad. En ambas sentencias, el Tribunal Constitucional opta por rechazar la acción intentada por las empresas por existir una causa de utilidad pública, cual es la electricidad para la población, y, en consecuencia, estaría subsumido en la noción de función social, por lo cual sería procedente la limitación, sin existir hechos que configuren algún tipo de expropiación. Sin embargo, lo que resulta interesante y que reafirma lo expuesto en este ensayo, son los criterios que la Corte desarrolla para identificar cuando la regulación se convierte en una expropiación y que se reafirman de forma muy correcta en el considerando 22 del fallo 505 y 506. La intensidad de la conducta misma de la regulación será lo que determinará si estamos en presencia de una limitación o privación en las facultades o atributos del dominio. Esta tesis de la expropiación regulatoria, constituye una revisión a todo lo clásico y rompe con todo lo establecido en la interpretación constitucional en el derecho chileno. El Tribunal Constitucional señaló en su considerando número 22, como debe ser entendida la diferencia entre limitación y privación:

*“Que la distinción entre privar de propiedad por una parte y regular o limitar la propiedad por otra, es una de las que mayor debate han suscitado en la doctrina. A su respecto, han debido pronunciarse las jurisdicciones constitucionales más influyentes del mundo. En general, puede decirse que*

<sup>24</sup> Una de las teorías que ha sido importada desde USA, país que desde 1922 viene abordando esta tesis en torno a la privación de la propiedad mediante regulaciones, y que sólo recién en 2007, ha sido seguida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: *La Teoría de la Expropiación Regulatoria*. Para este caso, es innegable sostener que esta simple regulación, limitación o restricción a la propiedad, adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho. En suma, existe, por su intensidad, toda la potencia para expropiar. El derecho y las cortes norteamericanas, han añadido además de lo referente a la intensidad de la limitación a la propiedad, elementos tales como las expectativas del retorno de la inversión por parte del dueño y el sacrificio de todos los usos económicamente beneficiosos de la propiedad objeto de la restricción.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional. *Ley 19.940, rol n°s 505 y 506* (2007).

*conceptualmente ambas figuras pueden distinguirse pues un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa. Así habrá casos claros de privación (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio) y otros casos claros de regulación (como aquellos en que los actos propios del dominio que se limitan afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo regulaciones expropiatorias".*

Sin avanzar mucho, el Tribunal Constitucional reconoce que una regulación puede transformarse en una expropiación, cuando su magnitud es significativa<sup>26</sup>: *"Que la magnitud de la regulación no resulta entonces indiferente. Por una parte porque toda regulación o limitación priva al propietario de algo. A partir de la regulación, alguna autonomía, privilegio, ventaja o libertad que tenía, desaparece para su titular."*

## VI. CONCLUSIÓN

El neoconstitucionalismo ha modernizado al Derecho Constitucional Chileno y su Justicia Constitucional. Uno de los principales problemas que se nos presenta en el Derecho a la Propiedad, es saber si una limitación al dominio es indemnizable y cuando estamos ante una mera restricción o de una privación. El juez constitucional del nuevo constitucionalismo, por su amplio papel que le corresponde desempeñar al llenar vacíos normativos, conforme a los valores de la constitución, establecerá que una limitación con rasgos expropiatorios, siempre constituirá una situación indemnizable, cuando sea la misma situación fáctica la que delate si una persona está siendo limitada en su facultad de usar, gozar o disponer de un bien corporal o incorporal o a contrario sensu, privada de alguno de tales atributos. Para ello, el juez deberá realizar juicios de ponderación, a objeto de sopesar entre una limitación o una privación, teniendo como eje central el contenido esencial del derecho de propiedad. Somos de la opinión que ha triunfado el neoconstitucionalismo, que da mayores libertades al juez constitucional, quien va creando derecho, y que lo clásico ya está extinto, por el avance de la modernidad. La modernidad se impuso a la tradición y en consecuencia, toda limitación que prive de algún elemento constitutivo del dominio, debe ser indemnizado.

---

<sup>26</sup> FERMANDOIS (2010).

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

CEA EGAÑA, José Luis (2008): “Derecho Natural y Nuevo Constitucionalismo”, *Revista Humanitas* (año 13 n° 50): pp. 313-323.

CIANCIARDO, Juan (2006): *La Interpretación en la era del neoconstitucionalismo* (Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma) 455 p.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2010): *Indeminzabilidad de las limitaciones a la propiedad: Cuatro Teorías Constitucionales* (Santiago, apuntes de clase, Magíster en Derecho UC).

PRIETO SANCHIS, Luis (2007a): “El Constitucionalismo de los Derechos”, CARBONELL, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid, Editorial Trotta) 334 p.

\_\_\_\_\_ (2007b): *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (Lima, Palestra Editores) 236 p.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los Conflictos de Derechos* (Buenos Aires, Editorial La Ley) 170 p.

UGARTE GODOY, José Joaquín (2001): “Limitaciones al Dominio de las meras restricciones y de cuando dan lugar a indemnización”, *Revista Chilena de Derecho* (vol. 28 n° 2): pp. 425 – 448.

## NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Ley n° 19.940, regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la ley general de servicios eléctricos. *Diario Oficial*, 13 marzo 2004.

Decreto con Fuerza de Ley n° 1, aprueba modificaciones al D.F.L. n° 4, de 1959, ley general de servicios eléctricos, en materia de energía eléctrica. *Diario Oficial*, 13 septiembre 1982.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*Pennsylvania Coal v. Mahor* (1922): Corte Suprema de los Estados Unidos, 11 diciembre 1922, 260 U.S. 393, disponible en < <http://caselaw.lp.findlaw>.

com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=260&page=393>, fecha consulta: 20 agosto 2010.

*Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Panguipulli S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada "HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A" que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, 6 marzo 2007, rol n° 505, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>, fecha de consulta: 21 agosto 2010.*

*Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Empresa Eléctrica Puyehue S.A. respecto del artículo 3° transitorio de la Ley N° 19.940, en la causa caratulada "HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Puyehue S.A." que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2007): Tribunal Constitucional, 6 marzo 2007, rol n° 506, disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.cl/>>, fecha de consulta: 21 agosto 2010.*