

## LA PROPIEDAD, SU REGULACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE SU CONTENIDO ECONÓMICO EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FELIPE BRAVO ALLIENDE\*  
PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, CHILE  
fdbravo@uc.cl

RESUMEN: Este trabajo busca mostrar cómo la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional –a través de sentencias de mayoría, votos disidentes y particulares– ha ofrecido argumentos para perfilar una garantía de protección al derecho de propiedad fundada en la determinación del contenido económico de dicho derecho. De esta manera, se propone cuantificar la magnitud de la afectación de la propiedad para efectos de considerar si estamos frente a una privación o limitación –o ninguna de las anteriores– realizando una comparación entre la rentabilidad económica del uso de la propiedad antes de la medida supuestamente limitativa o privativa de dominio, y la existencia de algún uso alternativo de la propiedad razonablemente viable desde el punto de vista económico.

Palabras Claves: *Tribunal Constitucional, propiedad, regulación.*

### PROPERTY, ITS REGULATION AND THE PROTECTION OF ITS ECONOMIC CONTENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: This paper seeks to show how the recent decision of the Constitutional Court –through majority, dissenting and individual opinions– has offered arguments to outline a guarantee of protection of property rights founded in determining its economic content. Thus, it is proposed to quantify the extent a violation of the property considering whether we are facing a deprivation or restriction –or none of the above– by a comparison of the economic profitability of use of the property before the allegedly vulnerable, and the existence of an alternative use of the property, reasonably practicable from an economic point of view.

Keywords: *Constitutional Court, property, regulation.*

\* El autor es profesor de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

## 1. INTRODUCCIÓN

El análisis de la propiedad como un derecho, sin duda, es uno de los más antiguos y apasionantes debates filosóficos y jurídicos que conocemos. Por ello, este breve trabajo no busca ofrecer nuevas explicaciones a la existencia de un derecho subjetivo de propiedad. Al contrario, partimos del supuesto que la propiedad está efectivamente reconocida en nuestro sistema jurídico como un derecho subjetivo, elevada a rango constitucional en nuestra Carta Fundamental, y que goza de protección judicial –tal como en muchos sistemas jurídicos distintos a nuestro país–.

Este trabajo busca mostrar cómo la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional –a través de sentencias de mayoría, votos disidentes y particulares– ha ofrecido argumentos para perfilar una garantía de protección al derecho de propiedad.

## 2. EL LEGISLADOR PUEDE INTERVENIR EN LA PROPIEDAD: LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD NO SIGNIFICA UNA IMPOSIBILIDAD DE ALTERAR EL STATUS QUO

Nuestro derecho contempla una especial protección al derecho de dominio, tanto a nivel legal como constitucional. Aunque para algunos autores nuestra protección constitucional a la propiedad haya alcanzado una “influencia exorbitante”<sup>1</sup>, y su regulación civil pueda resultar “seriamente inadecuada”<sup>2</sup>, es innegable la especial protección que se ha buscado para la propiedad, desde épocas muy disímiles, tanto por el legislador civil de 1854 como por el constituyente de 1980.

John Locke, en su famoso *Tratado sobre el gobierno civil*, insiste que “(...) el supremo gobierno no puede tomar de hombre alguno parte de su propiedad sin su consentimiento”<sup>3</sup>. En la actualidad –y al menos bajo nuestro sistema jurídico– resulta difícil sostener esta posición. Al contrario, sabemos que el legislador tiene una amplia posibilidad de establecer regulaciones que, de alguna manera u otro, signifiquen limitaciones o privaciones al dominio. El límite jurídico no está constituido por la afectación de la propiedad, sino que, a nuestro juicio, por su compensación ante la pérdida del *contenido económico* de dicho derecho. Para estos efectos –y como fue sistematizado recientemente en el voto por

---

<sup>1</sup> CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile*. Santiago: Ediciones LOM, 2006, p. 235.

<sup>2</sup> ATRIA, Fernando. Derechos reales, *en*: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2, p. 29, 2005.

<sup>3</sup> LOCKE, John : *Two treatises of government and a letter concerning toleration*. Yale University Press, 2003, p. 161, n. §138.

acoger de una sentencia del Tribunal Constitucional– la Carta Fundamental establece requisitos en relación al medio y al resultado.

En cuanto al medio, parece importante destacar dos aspectos. En primer lugar, la privación del dominio debe realizarse a través de una ley. La propiedad, como cualquier otro derecho, puede ceder lícitamente al interés general o al proceso democrático. Sin embargo, la norma jurídica necesaria para la afectación de la propiedad en aras de dicho interés general es justamente aquella que asegura de mejor manera, indubitadamente, la expresión de un consenso social, como es la ley. Un ejemplo de esta estricta reserva legal en la pérdida del dominio es la imposición de tributos, una afectación por excelencia de la propiedad en función del interés público<sup>4</sup>.

El voto de minoría, por acoger, en las sentencias roles N° 2643 y 2644 del Tribunal Constitucional, realiza esta distinción de la siguiente forma:

“(…) desde la perspectiva del derecho de propiedad, la Constitución establece requisitos que dicen relación con el medio y con el resultado. Se entiende que el artículo 19, N° 24°, de la Constitución consagra un requisito en cuanto al medio utilizado si se atiende a lo expuesto en el inciso segundo de dicha disposición constitucional sobre el principio de reserva legal: “[s]ólo la ley puede establecer el modo de (...) usar, gozar y disponer de [la propiedad] (...) y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. En otras palabras, y atendiendo a la jurisprudencia de este Tribunal, la Constitución exige que la afectación a la propiedad sea efectuada por una norma de rango legal que –en sí misma o en virtud de la colaboración de normas infralegales– cuente con características de densidad, precisión y determinación suficientes<sup>5</sup>;

En segundo lugar, la parte final del considerando nos muestra un elemento material del medio para la limitación o privación de la propiedad. No basta sólo la exigencia de legalidad, si dicha norma no cuenta con la “(...) densidad, precisión y determinación suficientes” para efectivamente delimitar la intervención estatal, sea privativa, sea limitativa, del derecho de propiedad.

<sup>4</sup> La rígida exigencia de aprobación por vía legal de los tributos no es, ciertamente, original de la Constitución chilena. La Carta Magna de 1215, de alguna forma, también buscó limitar al Rey Juan en la imposición de ciertos tributos sin la aprobación previa de “arzobispos, obispos, abades, condes y barones”. Más nítidamente, el Bill of Rights de 1689 exige que “recaudar impuesto en beneficio de la Corona, o para su uso, bajo pretexto de ser una prerrogativa real, sin autorización del Parlamento, o por un período de tiempo más largo o en forma distinta a la autorizada, es ilegal”.

<sup>5</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 2643-14, 7 de marzo de 2014, considerando 10 del voto por acoger.

El considerando citado de las sentencias roles N° 2643 y 2644 hace hincapié en la posibilidad que el bloque normativo de la intervención estatal debe existir en la ley, pero también en la posibilidad de colaboración infralegal que otorgue *densidad, precisión y determinación* a la regulación. En una prevención al voto por acoger en la sentencia rol N° 2299, se explica de manera más precisa esta noción:

“(…) el conflicto constitucional aparece debido a que las limitaciones a la propiedad sólo pueden hacerse por un cuerpo legal que cuente con una densidad normativa suficiente. La insuficiencia del bloque normativo queda en evidencia cuando una disposición legal que en sí misma llama a ser pormenorizada, finalmente no logra serlo debido a la inexistencia de aquel reglamento. Cuando la ley hace una delegación normativa, en este caso a un reglamento, está asumiendo que no se basta a sí misma. En este caso, tal reglamento no existe; (...) así como se habla de un bloque de legalidad para sustentar, en algunos casos, la legitimidad de un reglamento, de la misma manera una norma legislativa que mandata la dictación de un reglamento aún inexistente genera la pérdida de una densidad normativa querida por el propio legislador. Aquí se está en presencia de un bloque de legalidad incompleto y, por ende, de uno que no cumple con el principio de reserva legal suficiente que la Constitución establece para poder limitar la propiedad<sup>6</sup>

La necesidad de densidad, precisión y determinación en la regulación de la propiedad no significa eliminar todo espacio de discrecionalidad a la autoridad reguladora. “(...) Los resguardos en términos del alcance y control de la intervención no descartan que en el diseño regulatorio puedan existir espacios de discrecionalidad (lo que puede ser en algunos casos razonable y, hasta cierto punto, inevitable). Sin embargo, dichos espacios de discrecionalidad, así como, en general, el grado de intensidad de la intervención, deben ser acotados (en tiempo y forma) de modo de no desnaturalizar el mencionado derecho y quedar, en definitiva, al arbitrio de la autoridad”<sup>7</sup>

En cuanto al resultado, la privación o pérdida de la propiedad constituye una afectación al contenido económico de la propiedad de una persona, que requiere por ello ser indemnizada. La limitación que no llega a constituir una privación, en cambio, es constitucionalmente tolerable. La diferencia entre esta privación o perturbación dice relación, en la práctica, con “(...) la magnitud del menoscabo o pérdida experimentada”<sup>8</sup>:

<sup>6</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile, sentencia rol N° 2299-12, 31 de agosto de 2012, considerando 5° de la prevención al voto por acoger.

<sup>7</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile sentencia rol N° 2731-14, considerando 3° del voto por acoger parcialmente del Ministro Juan José Romero.

<sup>8</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile, sentencia rol N° 2643-14, considerando 11° del voto por acoger.

“(…) Existirá una privación o expropiación si, como resultado de la acción de quien detenta el poder público (en este caso, el legislador y la municipalidad), el valor económico derivado del uso y goce de la propiedad disminuye de manera significativa<sup>9</sup>.

En consecuencia, cuando hablamos de una protección a la propiedad, no nos estamos refiriendo a la propiedad en cuanto *corpus*, sino al *contenido económico* que significa mantener el uso, goce y disposición de los bienes corporales e incorporeales por parte de una persona. La privación del dominio que redunde en una *afectación significativa* del *valor económico* de la propiedad debe ser indemnizada.

Esta *afectación significativa* puede ser ocasionada por un cambio regulatorio, y puede en consecuencia dar lugar a una indemnización. Sin embargo, ello no significa que exista un derecho a la inmutabilidad de la regulación: “(…) es efectivo que un mero cambio de normativa no necesariamente presenta problemas de inconstitucionalidad. En este sentido, es cierta la afirmación que no se tiene derecho de propiedad sobre determinada legislación. Sí se pueden cambiar las “reglas del juego”. Pero, si estás tienen como resultado un menoscabo podría (no siempre) generarse una situación incompatible con la Constitución Política de la República, particularmente en lo referido al derecho de propiedad garantizado en ésta”<sup>10</sup>. La ley, efectivamente, sí puede generar un efecto económico negativo en el patrimonio de una persona. “(…) aunque existiere el derecho a una remuneración, lo que se descarta, la requirente no tiene un derecho constitucional a ser inmune frente a todo costo que pueda irrogarle la dictación de una nueva ley”<sup>11</sup>;

La afectación a la propiedad que constitucionalmente exige que sea indemnizada requiere una *magnitud significativa* en la *disminución del valor económico de su uso y goce*. Sin embargo, esa sola afirmación no resuelve cómo determinar cuándo estamos frente a un caso de tal naturaleza. Más, de manera análoga, cuando se afecta la esencia de un derecho –en los términos del artículo 19 N° 26 de la Constitución–.

### 3. EL CONTENIDO ECONÓMICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Como hemos visto, el voto por acoger de la sentencia rol N° 2643 propone una definición y forma de ponderación del contenido económico del derecho de propiedad. La propiedad está cubierta por una garantía de integridad que busca garantizar una indemnidad del

<sup>9</sup> *Ibid.*, considerando 30° del voto por acoger.

<sup>10</sup> *Ibid.*, considerando 28 del voto por acoger.

<sup>11</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile, Sentencia rol N° 2482-13, 19 de Junio de 2014, considerando vigesimoprimerero.

*contenido económico* del dominio, constituido a su vez por el *valor económico derivado del uso y goce de la propiedad*, particularmente cuando se está ante un control concreto. Dicho valor económico no es un número único, o absoluto. La subjetividad del concepto de *valor económico* hace que se necesite una ponderación casuística para determinar si estamos frente a una pérdida de valor *significativa*, que constituya una privación, y por ello, que deba ser indemnizada.

La subjetividad del concepto de *valor económico* no significa, necesariamente, imposibilidad en su determinación. El mismo considerando citado anteriormente del voto por acoger avanza en la configuración de un parámetro para efectos de analizar si existe afectación a la propiedad en un caso concreto:

“(…) si la aplicación de la nueva regulación legal de carácter urbanística imposibilita que la empresa requirente pueda seguir extrayendo de su inmueble la rentabilidad económica que su actual uso le proporciona, no existiendo, comparativamente, un uso alternativo de la propiedad que sea razonablemente viable desde el punto de vista económico, se estaría en presencia de una regulación expropiatoria o expropiación regulatoria”<sup>12</sup>

Los ministros que suscriben el voto por acoger proponen, en consecuencia, que la magnitud de la afectación de la propiedad para efectos de considerar si estamos frente a una privación o limitación –o ninguna de las anteriores– se haga realizando una comparación entre la *rentabilidad económica* del uso de la propiedad antes de la medida supuestamente limitativa o privativa de dominio, y la existencia de algún *uso alternativo* de la propiedad *razonablemente viable desde el punto de vista económico*.

¿Cómo es posible para algún tribunal –o para la autoridad reguladora– determinar estas cifras? En el caso de la autoridad, la Constitución desde sus inicios otorga una posible –ciertamente no la única– solución: el dictamen de los *peritos en la forma que señale la ley*, como establece el artículo 19 N° 24 inciso quinto de la Carta Fundamental.

En el caso de los tribunales, como la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional, e incluso los tribunales de instancia –en caso de disconformidad en la valoración realizada por la autoridad en un acto expropiatorio–, deben ser las partes las que busquen acreditar la existencia de una afectación patrimonial que constituya una privación significativa del dominio, sin existir uso alternativo razonablemente viable. Si se recurre a un tribunal buscando el legítimo resguardo a la integridad patrimonial asegurado en la Constitución, ciertamente es carga del requirente –sea de protección, de inaplicabilidad, ilegalidad, etc.–

<sup>12</sup> *Ibid.*

demostrar en autos cuál es el efecto intolerable para su derecho de propiedad que se está alegando como ilícito o inconstitucional.

En las sentencias roles N° 2536 y 2537 del Tribunal Constitucional, la prevención al voto por rechazar insistió en la necesidad de acreditar fácticamente la afectación al derecho de propiedad que se esté requiriendo como inconstitucional:

“(...) el requirente argumenta que el beneficio que se sigue de la aplicación de las normas impugnadas (...) es cualitativamente menor que el impacto negativo en sus derechos constitucionales (ver fojas 21 y 22 de autos). Para intentar sustentar el argumento se realizan varias afirmaciones tendientes a demostrar las consecuencias prácticas excesivamente perniciosas (y, al final, según el requirente, inconstitucionales) que derivarían de la aplicación de las normas legales que se objetan, lo cual puede sintetizarse en la afirmación de que peligraría seriamente la existencia del club deportivo Santiago Wanderers (...), no obstante, el requirente no ha presentado evidencia o antecedente alguno que permita verificar el supuestamente intolerable y desproporcionado impacto patrimonial que conllevaría el pago de la deuda (considerando el incremento derivado del interés penal moratorio) y que, en último término, afectaría la existencia misma del club deportivo; (...) la argumentación fáctica del requirente parece descansar en meras conjeturas de carácter intuitivo. Parece asumirse como obvio que un incremento (por la vía de un recargo de intereses) de aproximadamente diez veces el monto del capital adeudado es de tal envergadura que, en sí mismo, demostraría la ausencia de justificación (o proporción), así como su extrema lesividad en términos de la supervivencia del Club. La apreciación precedente no constituye, sin embargo, evidencia suficiente. (...) por lo expuesto en los dos considerandos precedentes, no es posible evaluar el impacto o sacrificio que significa para el requirente la aplicación de las reglas legales impugnadas respecto de su derecho de propiedad (artículo 19, N° 24°) (...)”<sup>13</sup>

En la causa rol N° 2643, en cambio, los requirentes acompañaron al expediente<sup>14</sup> – además de diversos informes en derecho– un informe de evaluación del impacto económico de ejecutar la medida impuesta por el decreto alcaldicio, esto es, el traslado de la empresa molinera a otra ubicación. La conclusión del informe económico del requirente fue que “(...) la alternativa de trasladar el molino significaría para Molinera del Norte S.A. un daño económico estimado en \$3.166 millones [de pesos] (moneda del año 2013)”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile, sentencia rol N° 2536-13, considerandos 7° a 10°.

<sup>14</sup> Que puede ser revisado en el sitio web del Tribunal Constitucional, [www.tcchile.cl](http://www.tcchile.cl).

<sup>15</sup> RECABARREN, Luis. *Evaluación del impacto económico del traslado del molino de Molinera del Norte S.A.*, Informe económico en causa rol 2643-14, del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2014, p. 1.

En base a ese argumento, el voto por acoger de la sentencia en dicha causa insiste, en el considerando 32°, que “(...) la magnitud del perjuicio derivado de la aplicación de la ley que ha permitido la orden de traslado o prohibición de funcionamiento de la empresa en el lugar en el que está actualmente emplazado el molino, es muy considerable. En efecto, el informe económico presentado por la requirente da cuenta de que un cambio en el lugar de funcionamiento de la industria implica una pérdida de dos tercios en el valor de la compañía. Luego, no existiendo una conducta reprochable ni considerándose una indemnización por la muy significativa pérdida ocasionada por la aplicación de un nuevo marco normativo, no puede concluirse sino la incompatibilidad de los preceptos impugnados con el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política de la República”<sup>16</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Por más subjetivo o complejo que pueda parecer el análisis propuesto en el argumento del voto por acoger de la sentencia rol N° 2643, lo cierto es que la literatura económica –y en particular, la financiera– ha desarrollado desde sus inicios el concepto del costo de oportunidad del capital para la evaluación de proyectos de inversión<sup>17</sup>.

Al aportarse pruebas en torno a un efecto patrimonial cuantificable, se permite que la discusión se base en antecedentes concretos –informes financieros, estados de resultados, etc.– obtenidos mediante herramientas financieras y contables que se encuentran revestidas de una confiabilidad que la contraparte deberá desmentir y contrarrestar. El Tribunal Constitucional, recogiendo estos criterios, ha presentado algunos razonamientos que permiten configurar –como hemos dicho– un parámetro razonable para cuantificar la afectación del derecho de propiedad en el caso concreto.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATRIA, Fernando. “*Derechos reales*”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, 2005.

BREALEY, Richard; MYERS, Stewart. *Principles of Corporate Finance*. McGraw-Hill, 2003.

<sup>16</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Santiago, Chile, sentencia rol N° 2643, considerando 32 del voto por acoger.

<sup>17</sup> A modo de ejemplo, el clásico trabajo de los profesores Richard A. Brealey y Stewart C. Myers explican, de manera sencilla pero precisa, la determinación de la valoración de alternativas de inversión. BREALEY, Richard; MYERS, Stewart. *Principles of Corporate Finance*. McGraw-Hill, 2003, cap. II.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile*. Santiago, Ediciones LOM, 2006.

LOCKE, John. *Two treatises of government and a letter concerning toleration*. Yale University Press, 2003.

RECABARREN, Luis. *Evaluación del impacto económico del traslado del molino de Molinera del Norte S.A.*, Informe económico en causa rol 2643-14 del Tribunal Constitucional, Santiago, Chile, 2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SANTIAGO, CHILE, sentencia rol N° 2299-12, 31 de agosto de 2012.

\_\_\_\_\_, sentencia rol N° 2482-13, 19 de Junio de 2014.

\_\_\_\_\_, sentencia rol N° 2536, 9 de octubre de 2013.

\_\_\_\_\_, sentencia rol N° 2643-14, 7 de marzo de 2014.

\_\_\_\_\_, sentencia rol N° 2644-14, 7 de marzo de 2014.

\_\_\_\_\_, sentencia rol N° 2731-14, 24 de octubre de 2014.

