

TAXONOMIA DE LAS LIMITACIONES AL DOMINIO Y DERECHO DE INDEMNIZACION

Salvador Mohor Abuaud

Profesor de Derecho Político y Constitucional
Universidad de Chile

PROPOSITO

En el último tiempo han surgido problemas derivados de la aplicación de algunas limitaciones al derecho de dominio, en razón de que los afectados han reclamado una indemnización cuya procedencia ha sido jurídicamente cuestionada (caso del sacrificio forzado del ganado aftósico), o porque se ha pretendido que en lugar de la limitación aplicada debió haberse utilizado el expediente de la expropiación o, por último, porque se esperaba una mayor indemnización que la que en definitiva les fue reconocida por los tribunales (casos de las servidumbres de construcción de torres eléctricas y de ocupación, caso de la prohibición de explotación de determinadas especies arbóreas, etc.)¹.

Estas cuestiones, que fueron sometidas al conocimiento de los tribunales por medio del recurso de protección, obligan a reflexionar, por una parte, acerca de los supuestos que deben concurrir para que surja el derecho de indemnización en el ámbito del Derecho Público y, por otra, sobre las condiciones y circunstancias que hacen aconsejable el empleo de la vía expropiatoria en lugar de la aplicación de limitaciones tras las cuales se oculta en realidad una privación de hecho, al margen de la indemnización que propiamente corresponde pagar en el caso de una expropiación. La Elabo-

ración conceptual que necesariamente será preciso desarrollar para la conveniente resolución de los problemas planteados puede, a nuestro juicio, servir de base a la estructuración de una teoría de las limitaciones al dominio. Su utilidad es, por cierto, evidente. La ordenación coherente y sistemática de las ideas en torno a la naturaleza y funcionalidad de las limitaciones facilitará, sin duda, la comprensión de la multiplicidad de interrogantes que suscitan y que tendremos oportunidad de apreciar en el cuerpo de este estudio.

VIA METODOLOGICA

Creemos que la solución a esta problemática pasa lógicamente por la determinación conceptual de los diversos tipos de limitaciones que pueden afectar al derecho de dominio. Ello, en razón de que es posible advertir una estrecha relación entre la naturaleza de ciertas limitaciones y la procedencia del derecho de indemnización y porque una adecuada taxonomía, además de cumplir una función instrumental en el tratamiento de las materias, simplifica y facilita el desarrollo de la investigación. Será necesario, luego, reflexionar acerca de los supuestos de la indemnización y observar eventualmente el papel que corresponde jugar a ciertas limitaciones en cuanto alteran o modifican la dinámica operativa propia de tales supuestos. De este modo iremos configurando un sistema de pensamiento dentro del cual poder subsumir y explicar coherentemente la multifacética realidad de las cuestiones que involucran las limitaciones al dominio en su dinámica operativa.

¹ Sentencia Corte Suprema, Soc. Agrícola Forestal La Esperanza Ltda. con ENDESA, Rol 12.510, 6-10-88; sentencia Corte Suprema, Soc. Carlos Vial e Hijos con Chilectra Metropolitana S.A., Rol 10.518, 25-1-88, entre otras.

I. EL CONCEPTO DE LIMITACIÓN

1. En una perspectiva sociológico-jurídica, la expresión limitación designa el conjunto de normas del Derecho objetivo en cuanto, sometiendo la conducta externa de los individuos a los requerimientos del orden establecido, se yergue como un obstáculo impuesto al desenvolvimiento espontáneo de su actividad. Desde este punto de vista podemos definir la limitación como el encuadramiento jurídico de la conducta humana. El ordenamiento jurídico objetivo se presenta fenomenológicamente como una limitación normativa universal que subordina la actividad externa consciente de los individuos.

2. El enfoque estrictamente jurídico, por su parte, obliga a concentrar la atención sobre el ordenamiento normativo y penetrar en la intrincada maraña de sus estructuras. Podemos observar que determinados efectos jurídicos (nacimiento, modificación o extinción de obligaciones o prohibiciones) surgen a partir de la propia voluntad consciente de los individuos, actuando, en ciertos casos, por la vía de la declaración unilateral y, en otros, por la del consentimiento, y que, en cambio, existen otros efectos jurídicos que les son impuestos por el Estado independientemente de su voluntad en aras de una consideración superior de bien público. Pues bien, estas exigencias impuestas *unilateralmente* por el Estado con miras a satisfacer necesidades superiores de bien público y que necesariamente inciden en el plano de los derechos subjetivos de las personas afectándolos en mayor o menor medida configuran genéricamente *cargas públicas* y constituyen lo que, a nuestro juicio, son las *limitaciones*. Toda carga pública es una limitación a los derechos de las personas, puesto que, de alguna manera, los compromete en su *existencia, extensión o modalidad de ejercicio*. A su vez, toda limitación, en cuanto impuesta unilateralmente por el Estado, en razón de una finalidad superior de bien público, configura una carga pública. Carga pública y limitación, pues, se confunden conceptualmente y deben, a nuestro juicio, considerarse como términos sinóni-

nos. Tal vez a primera vista surja una natural resistencia a la asimilación propuesta dado que, frecuentemente, se piensa que una limitación no puede extinguir derechos, efecto que, entre otros, se reconoce, en cambio, a la carga pública; veremos luego que la objeción es más aparente que real.

3. Adviértase que, desde un punto de vista puramente jurídico, sólo se ha excluido del concepto de carga pública a aquellas limitaciones a los derechos que surgen del consentimiento o concertación de voluntades en una relación convencional, o bien, de la declaración unilateral de voluntad, puesto que en tales casos no se produce, en lo que a la generación del efecto jurídico se refiere, una imposición unilateral del Estado. Sin embargo las consecuencias jurídicas que se derivan de tales manifestaciones de voluntad consciente en orden a garantizar la ejecución forzada de las obligaciones contraídas, su resolución o declaración de nulidad y, en general, cualesquiera otras que las leyes hayan incorporado como efecto jurídico necesario, directo o indirecto de la voluntad o consentimiento expresados, configuran, a nuestro juicio, una carga pública. Ellas involucran, en efecto, una exigencia unilateralmente impuesta por el Estado, desde que se encuentran en situación de doblegar la voluntad de los actores con miras a satisfacer una exigencia superior de bien público (seguridad jurídica, orden público, seguridad pública, utilidad pública, interés nacional, etc.).

El contraargumento consistente en considerar estos efectos como *vinculados a la declaración de voluntad originaria* y, por tanto, destinados a neutralizar la idea de la "imposición unilateral del Estado", parece carecer de suficiente consistencia lógica, puesto que semejante criterio a la larga terminaría por desvirtuar, prácticamente, el concepto mismo de carga pública. Piénsese por ejemplo que la obligación de *pagar tributos* o de *soportar una expropiación* constituyen *una consecuencia jurídica anexa a la declaración de voluntad consciente* de realizar la actividad o de adquirir una determinada propiedad que, en definitiva, resultan afectadas con tales tributos o con esa ex-

propiación, no obstante lo cual nadie discutiría su carácter de cargas públicas. En el fondo casi todas las exigencias unilateralmente impuestas por el Estado en cuanto se establecen a través de leyes o, en su caso, de reglamentos *que se incorporan o vinculan a una actividad o relación de voluntad consciente, derivan, directa o indirectamente, de estas últimas*, de manera tal que si tomamos como criterio de evaluación para incluir o excluir del concepto de carga pública la existencia o inexistencia de un efecto jurídico susceptible de vincularse o no con una actividad o relación de voluntad consciente de carácter originario, al final de cuentas concluiríamos en que prácticamente no existen cargas públicas, puesto que directa o indirectamente siempre, o casi siempre, sería posible vincularlas con una declaración de voluntad consciente originaria. Así, fuera del servicio militar y algunos cargos concejiles, la idea de carga pública carecería de toda otra manifestación sensible. De ahí es que pensamos que el concepto de carga pública debe construirse no sólo considerando *el grado de vinculación de la exigencia o efecto jurídico de que se trata a la actividad o voluntad consciente originaria de que pueda derivar sino, principalmente y de modo esencial, a la posibilidad del Estado de hacer efectiva tal exigencia o efecto jurídico independientemente* y, más aún, contra la voluntad del afectado. Por ello, a nuestro juicio, constituyen manifestaciones de carga pública, entre otras, no sólo, por cierto, el servicio militar, los cargos concejiles, la expropiación, las requisiciones, el comiso, la confiscación, sino también el cumplimiento forzado de una obligación, su resolución o, en su caso, la nulidad que pueda afectarla, la prescripción o la caducidad de un derecho, la prohibición de disponer de los bienes con perjuicio de los legitimarios, etc.

4. La idea de contraprestación anexa a la imposición de una exigencia unilateral del Estado tampoco, a nuestro juicio, podría desvirtuar el concepto de carga pública, precisamente en razón de lo que se explicaba en el punto anterior.

Así, por ejemplo, una tarifa no deja de ser carga pública por el hecho de que

el Estado, a cambio de lo que por este concepto reciba, deba realizar en favor de quien la soporta un determinado servicio como contraprestación.

Lo mismo ocurre con las obligaciones y limitaciones que afectan a un funcionario público en sus relaciones con el Estado, no obstante la remuneración que éste deba percibir en razón de su nombramiento. A pesar del principio de acuerdo que básicamente resulta posible detectar en el origen de ambas relaciones (se *acepta* pagar la tarifa o se *aceptan* las condiciones del desempeño funcionario), éstas se constituyen, en esencia, a partir de una imposición unilateral del Estado. Es éste, en efecto, quien establece el monto de la tarifa o fija las condiciones en que habrá de desempeñarse la función, no restando al particular afectado otra alternativa jurídicamente válida que aceptarlas o rechazarlas, sin que le sea posible, por tanto, modificarlas o alterarlas.

5. Habiéndose asimilado el concepto de limitación al concepto de carga pública, nos vemos forzados, lógicamente, a aceptar que entre sus posibles efectos sobre los derechos que afecta deben incluirse no sólo aquellos que dejan subsistente el derecho, sino también aquellos que involucran la pérdida o extinción del mismo. Surge, por cierto, una natural resistencia a aceptar semejante conclusión, y ello es comprensible desde que la idea de limitación siempre se ha vinculado a la subsistencia del derecho. Advertiremos, sin embargo, que se trata de una visión muy estrecha y parcial de lo que realmente ocurre en el plano de los efectos anexos al establecimiento y aplicación de las limitaciones:

a) Cuando se piensa que una limitación debe necesariamente dejar subsistente el derecho sobre que recae, sólo se tiene en mente una de dos posibilidades o alternativas lógicas de afectación del derecho. En efecto, una limitación puede recaer básicamente sobre el ejercicio del derecho (que es precisamente la alternativa que se considera cuando se afirma que una limitación no puede aparejar la pérdida del derecho); o bien sobre el derecho mismo. Esta última alternativa es la que precisamente puede

llegar a significar la extinción del derecho cuando el efecto restrictivo que le es inherente pasa a comprometerlo integralmente. Estudiaremos detalladamente el punto, a propósito de la cuestión relativa a la clasificación de las limitaciones desde el punto de vista de sus efectos;

b) Si se está dispuesto a denominar *limitación* a aquella que trae aparejado el efecto de *reducir* la extensión de un derecho, no se advierte el impedimento lógico para seguir denominándola así cuando el efecto reductivo se extiende a la totalidad del derecho; entre ambas hay sólo una diferencia de grado y no de esencia.

c) Si se considera que una *limitación* produce siempre un menoscabo (legítimo o ilegítimo) sobre el derecho que afecta, podremos establecer una relación analógica entre ella y, por ejemplo, una *agresión* sobre las personas consideradas en su integridad corporal. Ambas son causa eficiente de una lesión: la primera al derecho, la segunda a las personas. Pues bien, así como no dejamos de hablar de *agresión* tanto cuando nos referimos a aquella que sólo provoca un *menoscabo* en la integridad psíquica o física de una persona, como a la que, en cambio, produce su *muerte* (puesto que hay agresiones que únicamente producen una lesión física o psíquica y otras que causan la muerte), del mismo modo es lícito, desde un punto de vista lógico, distinguir entre limitaciones que generan el efecto de *reducir* la extensión del derecho y limitaciones que producen el efecto de *destruirlo totalmente*. Una agresión que provoca menoscabo a la integridad psíquica o física de la persona involucra una *limitación al pleno* goce de la vida psíquica o física; cuando causa su muerte, configura un límite a la *conservación* de la vida. Así también, una medida que sólo reduce la extensión del derecho constituye una limitación *a la extensión* del derecho; cuando produce su pérdida total, pasa a configurar una limitación a su *sobrevivencia*. Hay, pues, en la *perspectiva abordada*, una desvinculación esencial entre la causa eficiente y el efecto producido desde que la naturaleza de este último no puede, por cierto, alterar la naturaleza de la causa que lo produce.

II. ENCUADRAMIENTO TAXONÓMICO DE LAS LIMITACIONES

Las limitaciones son susceptibles de clasificarse de acuerdo a distintos criterios que dependen, por cierto, de la posición o enfoque conceptual en que se coloca el observador.

Básicamente, resulta posible hacerlo atendiendo a la naturaleza de su contenido, a su grado de permanencia o temporalidad, o bien a la diversidad de los efectos derivados de su aplicación. Pero existen, naturalmente, otros referentes. En el cuerpo de este trabajo se contemplan numerosas clasificaciones, cuya evaluación integral sólo puede apreciarse a la luz de la multiplicidad de los elementos de juicio que en él se desarrollan, razón por la cual creemos conveniente omitir su consideración en esta parte del estudio. Nos limitaremos, pues, a la enunciación y explicación de aquellos que resultan del empleo de los criterios señalados.

Desde el punto de vista de su *contenido* o *materialidad*, las limitaciones pueden clasificarse en *sancionatorias* (si consisten en penas o sanciones cuya aplicación se vincula por cierto a la realización de un juicio o proceso previo); *conciliatorias* (si persiguen ajustar el ejercicio del derecho privado a las exigencias del interés general, básicamente —aunque no exclusivamente— representadas por las limitaciones de la función social del dominio); *de protección* (cuando su establecimiento es posible vincularlo al ejercicio del derecho de legítima defensa que corresponde a la sociedad frente a las agresiones de algunos de sus integrantes, como, por ejemplo, el sacrificio forzado del ganado aftósico); *de necesidad* (cuando su establecimiento o aplicación tiene por objeto el sacrificio de ciertos bienes en aras de aquellos que se consideran jurídicamente prevalentes, existiendo un peligro inminente de destrucción que los afecta y en ausencia de otras vías de solución razonablemente eficaces, como por ejemplo, la destrucción de un inmueble para evitar la propagación de un incendio); *de desarrollo* o *fomento* (si su institucionalización obedece a la necesidad de procurar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas

o de promover su desarrollo por la acción de los particulares, como por ejemplo, la prescripción adquisitiva). Podríamos agregar, en esta misma perspectiva, otros tipos de limitaciones, como por ejemplo, las que persiguen neutralizar riesgos, coordinar actividades, satisfacer requerimientos de seguridad, etc. Sin embargo, nos exponemos a ser considerados reiterativos, desde que ellas bien pueden ser englobadas dentro del amplio cauce de la función social del dominio o en alguna de las otras categorías señaladas.

Atendiendo al grado de permanencia de las limitaciones, éstas se clasifican en ordinarias (cuando acompañan permanentemente al derecho que afectan, de manera tal que prácticamente se encuentran formando parte o configurando la propia sustancia o contenido del derecho comprometido); y extraordinarias o de emergencia (cuando su establecimiento responde a la finalidad de enfrentar una situación de anormalidad política o de la naturaleza, razón por la cual su grado de permanencia se encuentra condicionado a la subsistencia de tales fenómenos, como por ejemplo, las medidas de seguridad adoptadas durante los estados jurídicos de excepción).

El tercer criterio que resta considerar, a saber, el de los efectos derivados de la aplicación de las limitaciones, origina, a nuestro juicio, un cuadro taxonómico de fundamental importancia, por las siguientes razones:

a) Permite apreciar con exactitud la naturaleza del efecto resultante de la incidencia de la limitación sobre el derecho;

b) Hace posible advertir la pluralidad y relatividad de los efectos anejos a la aplicación de las limitaciones;

c) Su empleo trasciende el ámbito propio de las limitaciones al dominio, desde que resulta aplicable respecto de los demás derechos constitucionales e incluso de cualquiera otro, sin importar cuál sea su naturaleza, y

d) Permite distinguir con relativa claridad la existencia de limitaciones que afectan propiamente al derecho mismo, de aquellas que sólo comprometen su ejercicio.

Pues bien, desde el punto de vista que se considera, las limitaciones se clasifican en tres categorías: a) *estructurales, básicas o sustanciales*; b) *funcionales*, y c) *suspensivas o mixtas*.

De modo genérico, el criterio adoptado para la división es el de los efectos que se derivan de la aplicación de las limitaciones. Más específicamente, atendemos al punto de incidencia de la limitación aplicada, puesto que en definitiva los efectos se encuentran directamente vinculados a esa cuestión. Si la incidencia de la limitación se produce sobre el derecho mismo, hablamos de limitaciones estructurales básicas o sustanciales. ¿Cuándo la limitación afecta al derecho en sí? Cuando lo compromete en términos de condicionar su existencia o nacimiento. Si la incidencia se produce sobre el ejercicio del derecho, hablamos de limitaciones funcionales. La limitación incide sobre el ejercicio del derecho cuando condiciona su goce el cumplimiento de determinadas condiciones u obligaciones que debe satisfacer su titular. Existe una categoría de limitaciones de tipo intermedio que hemos denominado *suspensivas o mixtas*. Se trata de limitaciones que impiden el ejercicio de un derecho durante un determinado tiempo. En este último caso la incidencia de la limitación parece, por una parte, producirse sobre el derecho mismo, puesto que hay imposibilidad de ejercerlo, lo cual equivale prácticamente a una extinción o inexistencia del derecho. Pero, por otra, como ese efecto es sólo de carácter temporal, es decir, impera durante la vigencia de un cierto y determinado plazo, una vez extinguido éste puede el derecho nuevamente ejercerse, de modo que el establecimiento del plazo equivale a una exigencia que debe cumplirse o satisfacerse para gozar del derecho. Ello acerca estas limitaciones a la categoría de las limitaciones funcionales. De ahí su carácter mixto.

Pues bien, las que hemos denominado limitaciones estructurales, básicas o sustanciales se subdividen en generativas, si consisten en exigencias de cuya satisfacción depende el nacimiento de un derecho, como por ejemplo, la existencia de un título traslativo de dominio y de un modo de adquirir para adquirir el

derecho de propiedad; *obstructivas*, si impiden el nacimiento de un derecho, como por ejemplo, la exigencia de ser chileno para la adquisición del dominio de determinados bienes, si se es extranjero; y *extintivas*, cuando producen como efecto la privación de un derecho. Estas últimas se subclasifican en *extintivas totales o absolutas*, si provocan una privación integral del derecho (como por ejemplo, la expropiación, la prescripción adquisitiva, el sacrificio forzado de animales, destrucción de especies arbóreas contaminadas, etc.), y *extintivas parciales o restrictivas*, si sólo importan una privación parcial del mismo (pago de impuestos, prohibición de alterar tendidos y torres eléctricas situadas en predios de particulares, etc.). Es menester advertir que la *limitación extintiva parcial* consiste básicamente en un *no dar o no hacer*, lo cual involucra un obstáculo al ejercicio pleno del derecho. Como ese "*no dar*" o "*no hacer*" recae sobre aspectos específicos del derecho, equivale a una privación parcial del mismo. De ahí es que podamos afirmar válidamente que la *limitación extintiva parcial* produce en el derecho comprometido un *efecto restrictivo*, es decir, una reducción o contracción del ámbito o radio de acción del derecho. El *efecto restrictivo*, que importa una reducción del derecho a menores límites, se opone al denominado *efecto regulador* que, en cambio, poseen las que hemos denominado *limitaciones funcionales*. Una limitación funcional, en efecto, no reduce el ámbito de acción del derecho por ella afectado, puesto que no involucra una exigencia *negativa* de "*de no dar*" o "*no hacer*". El titular del derecho afectado por una *limitación funcional* puede perfectamente ejercer su derecho de modo integral, sólo que *para ello* debe satisfacer los requerimientos impuestos por dicha limitación y que básicamente consisten en el cumplimiento de una obligación "*de dar*" o "*de hacer*".

Podemos concluir, pues, en que la limitación funcional o diferencia de la limitación extintiva parcial produce un efecto que hemos denominado *regulador* y que definimos como el ejercicio de un derecho condicionado al cumplimiento de determinadas obligaciones. Ejemplos: pa-

gar el impuesto territorial para poder gozar libre y pacíficamente del derecho de dominio sobre un bien raíz; pagar sueldos o imposiciones a los trabajadores de una empresa para poder disfrutar libre y pacíficamente del derecho de propiedad sobre ella; obligación de solicitar un permiso municipal para poder construir; obligación de someterse a los requerimientos de la Ley del Tránsito para poder conducir un vehículo motorizado, etc.²

De acuerdo con lo estudiado, las limitaciones producen, pues, diversos efectos: las *generativas* un *efecto generativo*, las *obstructivas* un *efecto obstructivo*, las *extintivas absolutas* un *efecto extintivo*, las *extintivas parciales* un *efecto restrictivo*, las *funcionales* un *efecto regulador* y las *suspensivas* un *efecto suspensivo*. Pero es necesario advertir que las limitaciones no producen de modo exclusivo alguno de tales efectos. Dependiendo de la posición o enfoque adoptado por el observador, puede advertirse la pluralidad y relatividad de los efectos. Así, por ejemplo, la obligación de pagar impuestos constituye una *limitación funcional* y produce, por tanto, un *efecto regulador*, si se considera que cumpliéndola será posible gozar libre y pacíficamente del

² En nuestro trabajo anterior sobre el mismo tema "De las limitaciones al dominio y en especial de las que afectan la propiedad ganadera", publicado en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Público, año 1988, incluíamos las "*limitaciones extintivas parciales o restrictivas*" en el marco de las que hemos denominado "*Limitaciones funcionales*", para exaltar la característica común de que dejaban subsistente el derecho afectado. Una mejor y más certera observación nos ha llevado a clasificarlas dentro de la categoría genérica de las limitaciones extintivas, asignándoles sí la calificación de "*parciales*", puesto que reparamos en que un "*no dar*" o un "*no hacer*" referidos a un aspecto específico del contenido del derecho equivale en el fondo a un "*recorte*" del derecho, es decir, a una privación parcial del mismo.

derecho de dominio sobre la empresa o sobre el bien raíz gravados con su establecimiento; pero, al mismo tiempo, configura una *limitación extintiva parcial* y produce un *efecto restrictivo*, si se considera que ella involucra una privación de la cantidad de dinero que ha debido pagarse por concepto de impuestos. Del mismo modo, la obligación que afecta a las empresas de televisión de aceptar el acceso libre y gratuito de los partidos políticos con miras a hacer posible la propaganda electoral, es *limitación funcional* desde que su cumplimiento hace posible el legítimo ejercicio del derecho a operar canales de televisión, pero simultáneamente es *limitación restrictiva* (o extintiva parcial), desde que priva a los empresarios de parte de los espacios televisivos de que pueden disponer.

Esbozadas estas ideas, es menester abordar el estudio de los supuestos o condiciones de que depende el ejercicio del derecho a indemnización, estudio en que los conceptos precedentemente formulados, como será posible observar, habrán de gravitar necesariamente preconditionando los resultados y conclusiones que se obtengan.

III. REFLEXIONES SOBRE LOS SUPUESTOS DE LOS QUE DEPENDE EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PÚBLICO

1. Primeramente, es menester advertir que la cuestión relativa a la procedencia o improcedencia del derecho a indemnización es *esencialmente independiente* del problema relativo a la licitud o ilicitud (juridicidad) del acto de Derecho Público y, aún más, en ciertos casos, de la existencia o inexistencia del daño.

En lo que respecta a la *desvinculación de la juridicidad* del acto, cabe decir que se puede tener el derecho a ejercitar una acción contencioso-administrativa destinada a obtener la nulidad de un acto de la Administración del Estado (artículos 6º, 7º, 38 inciso 2º, de 1980), sin que por ello se tenga el derecho a exigir una indemnización en razón del mismo acto, porque básicamente la indemniza-

ción en el ámbito del Derecho Público está mucho más ligada a la existencia del daño que a la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. No de todo acto anti-jurídico se deriva forzosamente un perjuicio para su destinatario. Así, por ejemplo, si por la sola vía administrativa y al margen de la ley se impone a los dueños de predios forestales la prohibición de explotar cierta especie arbórea, podrá sin duda accionarse con miras a obtener la nulidad del acto administrativo irregular, pero no podría igualmente pretenderse una indemnización si dicha explotación no ha estado dentro del giro productivo del actor.

Según tendremos oportunidad de apreciar más adelante, tampoco, a nuestro juicio, podría derivar un daño susceptible de indemnización respecto de un acto de Derecho Público *antijurídico* si el afectado se encuentra comprendido dentro de alguna de las situaciones que representan un peligro objetivo para la sociedad, y que hemos denominado de nocividad esencial y de riesgo esencial.

Por otra parte, de un acto *plenamente ajustado a Derecho*, tanto desde el punto de vista de su generación como de su contenido normativo puede derivarse el derecho a indemnización, como ocurre, por ejemplo, en los casos de la expropiación y de las requisiciones (artículos 19 Nº 24º y 41 Nº 8º de la Constitución de 1980). Téngase presente a este respecto que el precepto del artículo 38 inciso 2º de la Carta de 1980 da el derecho a accionar en razón de la lesión experimentada por un acto de la Administración del Estado, sin hacer distinciones acerca de su licitud o ilicitud. Pudiera pensarse que desde que un acto de Derecho Público importa o trae aparejada una lesión o perjuicio no cabría ya distinguir acerca de su licitud o de su ilicitud, debiéndose calificar derechamente como ilícito y haciéndose procedente, por tanto, el correspondiente derecho a indemnización. Esta forma de razonar parece ser exagerada y tal vez errónea si consideramos que la Constitución faculta a la autoridad legislativa y, en ciertos casos, a la Administración, para imponer limitaciones que involucran un menoscabo *jurídicamente procedente* en los derechos de las personas, como ocu-

re, por ejemplo, con el establecimiento de los tipos delictivos y de los tributos (artículos 6º inciso final, 7º inciso final, y 19 Nº 3º inciso 7º y 19 Nº 20º, de la Constitución).

Con respecto a la desvinculación esencial que existe en el Derecho Público entre el derecho a indemnización y el daño, podemos señalar dos manifestaciones básicas. Por una parte, la Constitución contempla casos en que se reconoce expresamente el derecho a indemnización *independientemente* de la cuestión relativa a la existencia o inexistencia de una lesión en el patrimonio del afectado, que se supone siempre concurrente. Es lo que ocurre con la expropiación (art. 19 Nº 24º inciso 3º) y las requisiciones (art. 41 Nº 8º). Por otro lado, se dan situaciones en que no obstante la eventual generación de un daño, la indemnización se torna constitucionalmente improcedente. Es precisamente el caso de los tributos (art. 19 Nº 20º) y, en general, de las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se establecen durante la vigencia de ciertos estados de excepción (art. 41 Nº 8º). Estas últimas se indemnizan sólo excepcionalmente cuando el daño producido reviste determinadas características, según se explica más adelante a propósito del estudio de las limitaciones extraordinarias al dominio. En ambos casos existe una causal de justificación constitucional específica del daño.

2. No obstante la *desvinculación esencial* que es posible advertir en el derecho Público entre el derecho a indemnización, por una parte, y la juridicidad y existencia o inexistencia del daño, por otra, según se ha explicado en el punto anterior, sucede que normalmente ambos factores se presentan muy relacionados e interdependientes. Si bien es cierto que no todo acto ilícito ni todo daño considerado aisladamente da origen al derecho de indemnización, resulta en cambio incuestionable que de todo acto ilícito que genera un daño surgirá el derecho mencionado. Por tanto, *comprobada la existencia de un daño y su vinculación a la ilicitud del acto de que deriva, el derecho a indemnización será jurídicamente incuestionable.*

3. De lo dicho en el punto anterior y en los que le preceden se concluye

que el proceso lógico de teorización en torno al derecho de indemnización en el Derecho Público debe discurrir simultáneamente por los cauces de la juridicidad y antijuridicidad del acto al cual se encuentre causalmente vinculado. De ahí es que debemos reflexionar acerca de los diversos capítulos o conceptos en virtud de los cuales el acto de Derecho Público que involucra una limitación a los derechos de las personas puede devenir antijurídico, así como también sobre los supuestos de los que depende la procedencia de una indemnización que se vincula a un acto jurídicamente incuestionable.

4. En todo caso, *el deber de indemnizar* que asume el Estado encuentra básicamente su fundamento normativo constitucional en los preceptos que lo *constríen* a actuar de acuerdo a las exigencias del bien común (artículo 1º), dentro del marco de la Constitución y las leyes, a riesgo de enfrentar las responsabilidades y sanciones legales (artículos 6º y 7º, que le *prohíben* incurrir en lo que la Carta Fundamental denomina *discriminaciones arbitrarias* (artículo 19 Nos. 2º, 3º, 17º, 20º y 22º); que *consagran y aseguran* a todas las personas el *derecho a la acción* (artículo 19 Nº 3º y artículo 73 inciso 2º); que establecen el principio de *inexcusabilidad judicial* (artículo 73 inciso 2º); que *reconocen el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad* (artículo 19 Nos. 23º y 24º; y que le *prohíben* afectar *la esencia* de los derechos (art. 19 Nº 26º).

5. *¿Cuándo una persona no está obligada a soportar la lesión o perjuicio que deriva de una limitación a su derecho de propiedad (sea que afecte al derecho en sí mismo o solamente su ejercicio) y posee por tanto el derecho a exigir del Estado una indemnización?*

Intentaremos responder a esta interrogante considerando lo dicho en el punto anterior, es decir, teniendo presentes las causas de ilicitud (antijuridicidad) del acto limitativo que produce la lesión o daño, sin perjuicio de poner de manifiesto simultáneamente, en su caso, aquellas situaciones en que la indemnización por la lesión producida se vincula a un acto jurídicamente válido.

En todo caso, de un modo genérico, es posible responder que no se está obligado a soportar la lesión inherente a la aplicación de una limitación cuando ella es injusta, y lo es en las situaciones que se sintetizan en los párrafos siguientes.

5.1. *Cuando la limitación no se ha establecido por medio del instrumento jurídico constitucionalmente previsto, o bien dicho instrumento contraviene en el fondo o en la forma los preceptos constitucionales.* Si la limitación no es impuesta, en efecto, a través de la ley (regla general, según se desprende de los numerandos 20º, 21º, 22º, 24º, 25º y 26º del artículo 19), o por medio del Reglamento, en los casos en que constitucionalmente resulta procedente (situaciones de los artículos 19 Nº 24º inciso 10º y 41 Nos. 1º, 5º y 8º de la Constitución), la lesión que de una limitación establecida en tales términos provenga deberá ser indemnizada una vez comprobadas judicialmente la entidad de los daños y la antijuridicidad del acto. Veremos sin embargo más adelante que la solución propiciada en este párrafo reconoce las excepciones derivadas de lo que hemos denominado "estados de nocividad y de riesgo esenciales".

5.2. *Cuando el acto administrativo que pone en ejecución la ley o, en su caso, el reglamento que establece la limitación, representa una trasgresión a sus disposiciones.* En la primera de las situaciones señaladas el fundamento de la antijuridicidad proviene de la violación del principio de legalidad (artículos 6º y 7º y 24 inciso 2º de la Constitución) y, en la segunda, de la violación del principio de igualdad ante el Derecho a que se refiere el artículo 19 Nº 2º.

5.3. *Cuando la ley que establece la limitación no es de carácter general.* La exigencia parece superflua y redundante respecto del reglamento desde que precisamente se define por su generalidad normativa. Pues bien, la imposición de una limitación por la vía de una ley particular importaría una violación al principio de igualdad ante la ley a que se refiere el artículo 19 Nº 2º de la Constitución. Lo anterior, porque, de acuerdo con la doctrina y la tradición jurisprudencial, dicho principio se satisface básicamente mediante la generalidad de

las normas y una norma es general cuando se aplica indistintamente a cualquier persona o situación que se comprenda dentro del marco de los supuestos establecidos en la misma norma. La misma observación cabe formular respecto de la limitación que se establece por la vía del decreto simple en lugar del reglamento, en los casos en que éste es constitucionalmente procedente (situación prevista en el número anterior). Es precisamente por esta razón que se justifica doctrinariamente la indemnización que se reconoce a quien resulta expropiado por medio de una ley particular (artículo 19 Nº 24º inciso 3º de la Constitución), o a quien se aplica una requisición impuesta por la vía del decreto simple bajo los estados jurídicos de excepción en que resulta posible aplicar dicha medida (artículo 41 N.ºs. 1º, 5º y 8º de la Constitución).

Conviene tener presente, sin embargo, que tras el criterio de igualdad jurídica recién descrito subyace la finalidad de impedir las discriminaciones arbitrarias, es decir, situaciones de injusticia social o de privilegios indebidos (artículo 19 Nº 2º inciso final), y que consecuentemente involucran un atropello a la razón y a la justicia. De ahí es que aun cuando satisfagan las exigencias de generalidad, las normas de una ley involucran una trasgresión al principio en cuestión si por medio de ellas se configura o enmascara una discriminación arbitraria, como, por ejemplo, ocurriría con una ley que prescribiera que todos los negros serían esclavos o ningún aristócrata pagará impuestos. Por lo tanto, la generalidad de las normas satisface los requerimientos del principio sólo cuando los supuestos sobre la base de los cuales se establece responden a las exigencias de la justicia y la razón. Lo anterior, además de constituir un desafío a la labor jurisdiccional, pone en manos de los tribunales una facultad cuyo adecuado ejercicio representa un significativo instrumento de justicia social.

De lo anterior se deduce que una generalidad meramente nominal no excluiría, por lo menos desde este punto de vista, el derecho a exigir indemnización por la lesión que derive de una limitación que revista dicha característica.

5.4. *Cuando no se satisfacen las exigencias de la distribución igualitaria de la carga que involucra la limitación.* Debe señalarse a este respecto que no basta que la norma que establece la limitación tenga un carácter de generalidad. Además debe ella satisfacer la necesidad de la distribución igualitaria a que se refiere el artículo 19 N° 20° de la Constitución, en otros términos, debe aplicarse efectivamente o ser susceptible de aplicarse en forma razonable a todas las personas que *potencialmente* estén en situación de encuadrarse dentro de los supuestos establecidos por la misma norma. No debe confundirse esta exigencia con la expresada en el punto anterior. La generalidad de la norma mira más bien a su enunciación; la distribución igualitaria a su aplicación. Cuando la norma general establece supuestos objetivos de aplicación, es decir, supuestos cuya evaluación por la autoridad administrativa se realiza en el ejercicio de una *potestad reglada*, o bien, supuestos capaces de ser constatados sensiblemente, como, por ejemplo, "todos los empresarios cuyos niveles de producción exceden de", "... los socios cuyas acciones representen tal o cual porcentaje del monto total...", "quienes se encuentren residiendo en tal o cual lugar, etc.", resulta claro que la norma podrá aplicarse efectivamente a todos aquellos que potencialmente están en situación de quedar comprendidos en dichos supuestos. En estos casos nadie que esté potencialmente expuesto a la aplicación de la norma dejará de experimentar la carga de sus efectos cuando llegue a encuadrarse en el marco de las exigencias de los supuestos por ella establecidos. Consecuentemente, no podrá disfrutar de los *beneficios sociales* que derivan del establecimiento y aplicación de la limitación, sin que razonablemente deba soportar, más tarde o más temprano, el peso de su aplicación.

En cambio, existen normas generales en que la aplicación está sujeta a la concurrencia de supuestos cuya actualización no depende tanto del comportamiento o de la calidad que revistan quienes habrán de soportar la limitación, sino, más bien, de la subjetiva evaluación o calificación de circunstancias que, por ejem-

plo, debe hacer la autoridad en el marco de políticas, planes y programas de gobierno y administración. De este modo será fundamentalmente la calificación de oportunidad y conveniencia (apreciación de mérito) que haga la autoridad el factor que desencadene el proceso de aplicación de la norma. La aplicación de ciertas limitaciones que configuran una servidumbre de derecho público y que se establecen en leyes *generales* (Ley de Servicios Eléctricos, Ley de Ferrocarriles del Estado, Ley de Caminos, etc.), tales como la servidumbre para la instalación de torres eléctricas, equipos y maquinarias, servidumbre de ocupación para efectos de construcción de represas, etc., que afectan a determinados predios, ilustra convenientemente este tipo de situaciones. En estos casos, la limitación no afecta a todos los predios que potencialmente están en situación de soportar la carga, sino sólo a aquellos que selecciona la autoridad de acuerdo a una calificación subjetiva que pretende ajustarse a las políticas, planes y programas imperantes en la materia. Hay pues un *elemento aleatorio* que determina que no todos los que potencialmente se encuentran expuestos a la aplicación de la norma experimenten la limitación, pero que, sin embargo, habrán de ser favorecidos con los *beneficios* anexos a la limitación impuesta a unos pocos. De ahí es que para satisfacer las exigencias de una distribución igualitaria de la carga sea necesario reconocer a los afectados el derecho a indemnización. De este modo se obtiene la repartición de la carga indemnizatoria entre los contribuyentes que en definitiva habrán de recibir los beneficios sociales que reporta este tipo de limitaciones, y se satisfacen las exigencias de la distribución igualitaria a que se refiere el artículo 19 N° 20° inciso 1° de la Constitución. Se trata de evitar así que quienes potencialmente se encontraban expuestos a la aplicación de la limitación en cuestión (por ejemplo, todos los dueños de predios de la región o de la provincia en que se instaló la torre eléctrica) se beneficien gratuitamente de la carga impuesta a unos pocos (el o los dueños de predios concretamente afectados con la instalación de las torres en sus respectivos terrenos). Podría de-

cirse que los "seleccionados" se encuentran en un estado de necesidad, puesto que habrán de experimentar una lesión inminente en aras de un bien jurídico considerado superior, no existiendo una vía alternativa razonablemente eficaz que puede ser utilizada por la autoridad. El derecho a una indemnización les reconcilia con el interés general.

De lo dicho hasta ahora podríamos obtener una importante conclusión: *la existencia o inexistencia de una distribución igualitaria es fundamental para decidir la procedencia o improcedencia del derecho a indemnización, pero el hecho de que la distribución no sea igualitaria no acarrea necesariamente la ilicitud (inconstitucionalidad) del acto limitativo si la ley que lo establece prevé de modo expreso la procedencia de una indemnización. Esto último porque, en definitiva, el reconocimiento legal del derecho a indemnización produce, por vía de sustitución, el efecto distributivo que exige la Constitución.* De ahí es que sea posible hablar de responsabilidad civil extracontractual del Estado por acto lícito. Es justamente por lo dicho que cabe reconocer doctrinariamente el derecho a indemnización en el caso de la expropiación, *aun cuando ella sea autorizada por medio de una ley general; que las requisiciones, igualmente previstas en preceptos jurídicos generales (artículo 41 N.ºs. 1º, 5º y 8º y Ley Orgánica Constitucional N.º 18.415 sobre Estados de Excepción), deban no obstante indemnizarse; y que el D.F.L. N.º 1 sobre Servicios Eléctricos contemple el pago de una indemnización en favor de los dueños de predios afectados con las servidumbres que autoriza constituir, y todo ello a despecho de la generalidad de sus normas, por citar algunos ejemplos.*

En todos estos casos, pues, la indemnización juega el rol de una efectiva garantía de distribución igualitaria de la carga aunque, naturalmente, por vía de sustitución. Al margen del reconocimiento del derecho a indemnización, *sólo la distribución igualitaria directa de la carga configura una causal de justificación constitucional genérica de la lesión producida.*

Existen, no obstante, a nuestro juicio, situaciones en que fundamentalmente no

es la satisfacción o no satisfacción de la distribución igualitaria el factor en función del cual sea menester entrar a determinar la procedencia o improcedencia del derecho a indemnización. Independientemente de la "distribución igualitaria", hay casos en que la ausencia del derecho de indemnización pasa a ser consecuencia del hecho de encontrarse el o los afectados con la limitación en las situaciones que hemos denominado *de nocividad y de riesgo esenciales.*

La nocividad esencial es el estado de confrontación con el interés general y el ordenamiento jurídico en que se encuentra el ejercicio del derecho, sea por la acción deliberada o culpable de su titular (caso típico de los delitos), sea como consecuencia de infortunio (caso de los estados de cesación de pago no fraudulentos, caso de la contaminación aftósica no culpable, etc.). En estos casos la sociedad se encuentra *objetivamente* expuesta a un daño o peligro de daño y el Estado, en el ejercicio de las facultades inherentes a su función de bien común (artículo 1º, Constitución), y que específicamente se expresan en el deber de velar por la conservación del orden público interno y la seguridad exterior de la República (artículo 24 inciso 2º de la Constitución) y la protección de los derechos de las personas (artículos 1º, 5º, 9º, 19, en especial sus numerandos 1º, 3º, 20º, 21º y 24º, 22, 73, 74, 79, 82), debe reaccionar adoptando las medidas (limitaciones) necesarias para neutralizar el *estado de nocividad* a que nos referimos. Así pues, en los casos de cesación de pago la limitación se manifiesta a través de la declaración de quiebra y en los de contaminación aftósica, por medio del sacrificio forzado (entre otras limitaciones). En estos casos, a nuestro juicio, el estado de nocividad esencial en que se encuentran las personas referidas se opone al reconocimiento del derecho a indemnización. En efecto, en tales casos, el Estado opera en el ejercicio de una especie de *derecho de legítima defensa*, precisamente con miras a neutralizar la peligrosidad inherente a esos estados. Por cierto no es posible compensar con el pago de una indemnización a quienes objetivamente se han puesto en una situación de agresión, de-

liberadamente o por causas del azar, voluntaria o involuntariamente.

La situación de "*riesgo esencial*" es aquella en que se encuentra quien, realizando una actividad perfectamente lícita, genera con ella sin embargo un riesgo o peligro que es menester igualmente neutralizar. Es, por ejemplo, el estado en que se encuentran quienes conducen vehículos, construyen edificios o montan instalaciones industriales. Como en la situación anterior, la sociedad ve comprometida la seguridad pública y se encuentra por ello expuesta a un peligro que el Estado, en el ejercicio de una legítima defensa, cuya fundamentación normativa constitucional hemos ya enunciado, se encuentra en el deber de conjurar, mediante el establecimiento de limitaciones pertinentes en el ámbito propio de dichas actividades.

Pues bien, en todas estas situaciones (de nocividad esencial, o de riesgo esencial) la consideración del factor "*distribución igualitaria de la carga*", si bien siempre deseable y necesario para impedir la configuración de discriminaciones arbitrarias, deviene superflua desde el punto de vista de la cuestión relativa a la determinación de la procedencia o improcedencia de la indemnización. El encuadramiento en alguno de los estados de "nocividad esencial" o de "riesgo esencial" representa una *situación objetiva de peligro* para la sociedad, en el primer caso, por causa de una actividad que, voluntaria o involuntariamente, entra en colisión con el interés general y el ordenamiento jurídico y, en el segundo, porque una actividad en sí misma perfectamente lícita y necesaria desde el punto de vista del interés general origina un riesgo que es menester conjurar precisamente para evitar la configuración eventual de un estado de nocividad esencial. Justamente la *situación objetiva de peligro* para la sociedad que esos estados plantean *impide la generación del derecho a indemnización*, aun en el caso extremo de que la aplicación de las medidas destinadas a neutralizarla no satisfaga las exigencias de una distribución igualitaria de la carga a que se refiere el artículo 19 N° 20° de la Constitución. La Ley que las establece podría ser objetada en su constitucionalidad e incluso declarada

su inconstitucionalidad, pero todo ello sería jurídica y materialmente insuficiente para impedir que, en el plano de los hechos, existiera y siguiera existiendo una "*situación objetiva de peligro*" para la sociedad. Es precisamente la causa de que el daño o lesión aparejado a la limitación, en esos términos establecida y aplicada, no pueda ser calificado de *injusto* y deba, no obstante la declaración de inconstitucionalidad, ser soportado por el titular del derecho afectado. La solución que se propicia es, a nuestro juicio, la *consecuencia natural que se deriva de la desvinculación esencial que existe entre el derecho de indemnización y el carácter de licitud o ilicitud del acto limitativo causal* a que nos referíamos al comienzo de nuestras reflexiones.

Por último, existe igualmente otra excepción al principio de distribución igualitaria de la carga. En efecto, aun cuando sus requerimientos no hayan sido satisfechos, la limitación se ajustará a Derecho y la lesión que eventualmente de ella derive no dará derecho a indemnización, si existe una *causal específica de justificación constitucional*.

Es el caso, por ejemplo, de las limitaciones al ejercicio del dominio que pueden establecerse bajo determinados estados de excepción, en que el daño que de ellas pueda derivar normalmente no es indemnizable por *expresa disposición constitucional* (artículo 41 N° 8°), según se explicará en su oportunidad.

5.5. *Cuando no exista un objetivo de bien público que justifique la institucionalización de la limitación.* Si como hemos sostenido en la primera parte de nuestras reflexiones las limitaciones a los derechos se confunden conceptualmente con la noción de carga pública y ésta ha sido definida como exigencia unilateral del Estado impuesta a los administrados por razones de interés general, resulta lógico concluir que la limitación deba estar subordinada a requerimientos de bien común. En lo que al derecho de propiedad respecta existen básicamente, a nuestro juicio, seis *tipos* de limitaciones que constitucionalmente pueden afectarlo, atendiendo a la distinta finalidad *específica* que las inspira. Cinco de ellos comprenden limitaciones que presentan las características de concentradas, nomi-

nadas y específicos. El sexto, por el contrario, agrupa limitaciones que revisten las características de difusas innominadas o atípicas y residuales.

1. *Limitaciones concentradas, nominadas y específicas*

Se caracterizan porque su fundamentación constitucional normativa arranca básicamente de un solo precepto (concentradas); están referidas a unas situaciones muy concretas y constatables por la sola lectura del precepto (específicas); y son susceptibles de una clara identificación doctrinaria y normativa (nominadas). Responden a diferentes finalidades específicas. Se agrupan en cinco tipos taxonómicos, a saber:

a) *Limitaciones de tinte individualista tradicional*. Están dirigidas a delimitar conceptualmente los atributos y facultades esenciales del dominio y a garantizar la seguridad en el ámbito de las relaciones interpersonales y familiares. Su estudio corresponde básicamente al Derecho Civil. A ellas se refiere la primera parte del inciso 2º del numerando 24º del artículo 19 de la Constitución. Pueden ser indistintamente *funcionales* (por ejemplo, aquellas que consisten en los requisitos que deben cumplirse para enajenar bienes raíces de los incapaces); *extintivas parciales o restrictivas* (como, por ejemplo, las normas que prohíben la realización de ciertos actos para evitar un perjuicio a los legitimarios); o bien, *extintivas totales, o de privación* (como, por ejemplo, la prescripción extintiva y la caducidad).

b) *Limitaciones para hacer efectiva la función social de la propiedad*. Su establecimiento responde a la necesidad de conciliar el ejercicio del derecho de propiedad privada con las exigencias del interés general. Están consagradas por el precepto del inciso 2º del numerando 24º del artículo 19 de la Constitución, a continuación de las anteriores. Dentro del marco genérico de la función social, su establecimiento *sólo puede responder* a las siguientes finalidades específicas: intereses generales de la nación, seguridad nacional, utilidad y salubridad públicas y conservación del patrimonio ambiental.

Es importante advertir que como la finalidad esencial de este tipo de limitaciones es hacer compatible el ejercicio del derecho privado de propiedad con los requerimientos del interés general, su establecimiento no puede jamás llegar a significar la *supresión o privación* del derecho, puesto que lógicamente ya no sería posible en tal eventualidad hacer cumplir a la propiedad *privada* función social alguna; al ingresar al patrimonio del Estado habrá perdido, en efecto, su carácter privado. De lo que se trata es que *simultáneamente el dominio privado* cumpla una función social. Si, por otra parte, se considera que este tipo de limitaciones nace al calor de las presiones de las doctrinas socialistas y de la doctrina social de la Iglesia para evitar los excesos del individualismo y que su establecimiento prácticamente responde a la necesidad de asegurar la sobrevivencia de la propiedad privada frente a los embates de la ideología comunista, podemos concluir que el elemento histórico proporciona una seria fundamentación adicional a la argumentación lógica precedente. En consecuencia, las limitaciones a que nos referimos sólo pueden asumir, a nuestro juicio, el carácter de *funcionales o de extintivas parciales*, puesto que *el efecto regulador* de las primeras y el *efecto restrictivo* de las segundas son los únicos compatibles con la *sobrevivencia* del derecho. La propia Constitución proporciona a este respecto una sólida fundamentación normativa. En efecto, al referirse a la función social expresa que "sólo la ley puede establecer... las limitaciones y obligaciones que deriven..." (artículo 19 Nº 24º inciso 2º). Pues bien, si consideramos que la expresión "*obligaciones*" designa el conjunto de requisitos que el titular del dominio está obligado a cumplir *para ejercer* su derecho (*limitaciones funcionales*), puede concluirse lógicamente que la otra expresión utilizada por el constituyente y que se opone a "*obligaciones*", es decir, la palabra "*limitaciones*", no puede sino designar a aquellas que presentan el carácter de *extintivas parciales o restrictivas*. No podría comprender, además, a las *extintivas absolutas* (o de privación total), puesto que a ellas se refiere el inciso 3º del numerando 24º, exclusivamente desti-

nado al tratamiento de la *expropiación* (lo que, por cierto, no significa que la expropiación no puede ser parcial, según se explicará oportunamente).

c) *Limitaciones expropiatorias*. Son aquellas destinadas a producir en el derecho de propiedad un efecto extintivo total o parcial *significativo* con miras a satisfacer una *exigencia de utilidad pública o de interés nacional*. A ellas se refiere el inciso 3º del Nº 24º, del artículo 19 de la Constitución. Estas limitaciones pueden clasificarse, por una parte, atendiendo a la *extensión del efecto extintivo* sobre el objeto afectado con la expropiación y, por otra, a la *modalidad de aprovechamiento* que tuvo en vista la autoridad para llevar a cabo la expropiación. Desde el primer punto de vista la expropiación puede ser *total*, si su efecto extintivo recae sobre la *totalidad* del objeto, y *parcial* si sólo afecta a una *parte significativa* del mismo. El objeto puede ser, naturalmente, corporal o incorporal, mueble o inmueble. Desde el segundo punto de vista, la expropiación puede ser *plena*, si el *propósito* que motivó la expropiación consistía en el *aprovechamiento integral de la totalidad o de una parte del objeto*; y *semiplena*, si la modalidad de aprovechamiento considerada por la autoridad sólo cubría *alguno o algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio*. Ambas clasificaciones revisten importancia práctica, según apreciaremos a continuación. Respecto de la clasificación que opera en función de la *extensión* del objeto, y que conduce a distinguir entre una extinción total y parcial del derecho de propiedad, debemos advertir que, a nuestro juicio, la extinción parcial necesita ser conceptualmente *significativa*, es decir, de tal envergadura que no hubiera sido jurídicamente posible a la autoridad hacer uso, como vía alternativa, de una limitación *meramente restrictiva* para su aprovechamiento, como sería, por ejemplo, una servidumbre de ocupación en favor del Estado o de algún organismo o empresa del Estado, a la manera de aquellas que pueden establecerse de acuerdo a la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. de 1982). El empleo de esta última vía constituiría una privación de la propiedad obtenida por un medio dis-

tinto de la expropiación y, por consiguiente, de modo inconstitucional.

Ahora bien, *¿qué criterio adoptan a fin de determinar concretamente si la privación o extinción parcial llegará o no a ser significativa y, consiguientemente, decidir, el Estado, si hacer o no hacer uso de la expropiación?* Para ello será menester atender a si una posible vía alternativa, es decir a si una *eventual limitación restrictiva*, importaría o no respecto del mismo objeto, teniendo en vista la modalidad de aprovechamiento proyectada, *la privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio* en los términos que explicaremos de inmediato, a propósito del análisis de la segunda clasificación al comienzo planteada.

Según esa clasificación, resulta posible distinguir entre una expropiación *plena* y otra *semiplena*, atendiendo a la modalidad de aprovechamiento que ha tenido en mente la autoridad para decidirse a expropiar. En ambos casos, por cierto, la expropiación como acto jurídico unilateral del Estado es insoslayable y deberá afectar a la totalidad o a una parte del objeto sobre el que recae el derecho. Esta cuestión no está en juego en la clasificación. Sólo se atiende para formularla al *propósito* que la autoridad ha considerado respecto de la forma de aprovechamiento del objeto, nada más. La importancia práctica de esta clasificación está en que permite poner de manifiesto que tanto si la autoridad pretende obtener un *aprovechamiento integral* del objeto (para lo cual requeriría por cierto adquirir la plenitud del derecho de propiedad sobre la totalidad o parte del objeto que motiva su interés) *como si sólo persigue aprovechar alguno o algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, necesariamente deberá hacer uso de la vía expropiatoria* y adquirir, por consiguiente, la plenitud del derecho de propiedad sobre la totalidad o parte del objeto que desea aprovechar. También permite poner en evidencia la *imposibilidad jurídica en que se encuentra la autoridad para privar de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio por la simple vía de una limitación restrictiva* (piénsese en la servidumbre de de-

recho público a que nos referíamos más arriba, es decir, la de ocupación). *¿Cuándo una limitación restrictiva podría llegar a significar la privación a que nos referimos?* La pregunta también puede formularse en otros términos: *¿Cuándo es forzoso para la autoridad utilizar la vía expropiatoria de manera tal que el empleo alternativo de una limitación restrictiva devendría jurídicamente improcedente?*

Por cierto descartamos aquí la hipótesis en que teniéndose en vista por parte de la autoridad un *aprovechamiento integral* del objeto, persiguiera obtener la plenitud del derecho (uso, goce y disposición) sobre todo o parte de dicho objeto, cualquiera sea su naturaleza, puesto que en este caso *sólo* la obtención por el Estado del derecho de propiedad en su plenitud, sobre todo o parte del objeto, permitiría jurídicamente satisfacer la pretensión. Por lo tanto, forzosamente, esta hipótesis exigiría expropiación.

También resulta evidente la obligatoriedad de acceder a la expropiación cuando la autoridad tiene el propósito de aprovechar *integralmente alguno o algunos* de los atributos o facultades esenciales del dominio. Ejemplo: todo el uso, todo el goce, o totalmente la facultad de disposición, o bien todo el uso y el goce, etc. En estos casos el titular del derecho queda expuesto a la pérdida total de cualesquiera de ellos. Debe tenerse presente que la pérdida de que se trata puede afectar no sólo las *facultades esenciales del dominio*, sino también sus *atributos*: su carácter de derecho real, su duración indefinida, etc. El aprovechamiento proyectado por el Estado puede asumir *una forma activa*, si pretende manifestarse por medio de actos positivos de explotación, o bien *sólo pasiva*, cuando se expresa simplemente por la vía de una prohibición que se impone a las posibilidades del ejercicio del derecho afectado. En el primer caso el aprovechamiento estatal supone la *ocupación* del bien objeto del dominio. En el segundo se *cercenan* los atributos o facultades esenciales del dominio sin que exista o se advierta una presencia sensible del Estado sobre el bien afectado.

El fundamento constitucional de esta segunda situación hipotética en que re-

sulta procedente la vía expropiatoria encuentra, por cierto, su fundamento en el precepto del inciso 3º del N° 24º, del artículo 19.

Resta preguntarse, *si la privación "parcial" de algún atributo o facultad esencial, o de algunos de ellos, obligaría a hacer uso de la expropiación.*

Creemos que cuando el Estado persigue aprovechar *parcialmente*, pero, *de modo significativo*, una o más de las facultades o atributos esenciales del dominio, *debe utilizarse* precisamente esa vía, porque ello *equivale*, de hecho, a pretender una privación total de alguno o algunos de esos atributos o facultades. Son igualmente válidas aquí las consideraciones hechas respecto de la hipótesis anterior en torno a los *atributos* del dominio y las *modalidades del aprovechamiento estatal*.

Cabe, en consecuencia, advertir que esta tercera hipótesis se refiere tanto a las *facultades* como a los *atributos* esenciales del dominio y que deben considerarse las modalidades de aprovechamiento *activo o pasivo*, con sus respectivos efectos.

El aprovechamiento *parcial* que pretende el Estado en esta nueva hipótesis debe ser *significativo*, es decir, *debe dejar al titular del derecho en la imposibilidad de aprovechar o ejercitar razonablemente las facultades o atributos esenciales del dominio*, sea respecto de: a) toda su propiedad; b) sólo de la parte que no resultará directa o inmediatamente afectada con la intervención programada; o bien, c) de aquella parte que sí se verá directamente comprometida con la intervención. En las hipótesis a) y b) el Estado debería expropiar *totalmente* el bien. En la hipótesis c), en cambio, expropiar parcialmente, es decir, *sólo la parte* que directamente se verá afectada.

Si el aprovechamiento que se pretende no fuera en tales términos *significativo*, podrá sin duda el Estado prescindir de la expropiación y utilizar, como vía alternativa, la aplicación de una medida o limitación meramente restrictiva. Por otra parte, y en lo que respecta a la indemnización, la medida alternativa de restricción podría o no dar origen al derecho de indemnización, de acuerdo a

las reglas que hemos venido examinando; pero, por cierto, la indemnización que, en su caso, se reconozca al titular del derecho afectado con la limitación restrictiva que se ha decidido emplear como vía alternativa, deberá ser, a nuestro juicio, *proporcionalmente inferior a aquella que habría correspondido pagar si el Estado hubiese utilizado el camino de la expropiación*. Ello lógicamente es así; porque con la expropiación el Estado se hace dueño, es decir, obtiene para sí el derecho de propiedad sobre una parte del bien afectado, con todos sus atributos y facultades esenciales, debiendo por ello indemnizar el daño patrimonial efectivamente causado (artículo 19 N° 24°, inciso 3° de la Constitución). En cambio, con la limitación restrictiva, el Estado no adquiere propiedad alguna, sino sólo el derecho que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la medida limitativa que ha decidido aplicar y que, teóricamente, se traduce en un *aprovechamiento no significativo de parte de alguno o algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio afectado*. Un ejemplo aclarará estas ideas. Supóngase que el Estado o una empresa estatal ha decidido aprovechar parte de un predio rural para la instalación de una torre eléctrica (D.F.L. N° 1, 1982, sobre Servicios Eléctricos). Si sucede que, en razón de la reducida extensión relativa de dicho predio, la instalación en cuestión alterará *significativamente* las posibilidades razonables de explotación de todo el predio, de la parte que resta, o bien, de la parte concretamente afectada con la construcción de la torre, deberá en los dos primeros casos expropiar *totalmente* el predio y, en el tercero, sólo la parte directamente comprometida con la instalación, sin que pueda válidamente hacer uso de una medida de restricción alternativa, como sería la *servidumbre de ocupación*. Si en cambio, no dándose tales circunstancias, decidiera efectuar la instalación valiéndose de dicha servidumbre, deberá, por cierto, pagar al afectado la correspondiente indemnización, como por lo demás se dispone en el D.F.L. N° 1 sobre Servicios Eléctricos y de acuerdo con la fundamentación doctrinaria oportunamente sintetizada en este trabajo. Pero, como resulta lógico, esa

indemnización deberá ser relativamente inferior a la que habría correspondido pagar en caso de expropiación, puesto que el Estado se ha limitado a aprovechar una parte *no significativa del uso* del terreno y no ha adquirido sobre él la propiedad con todos sus atributos y facultades. En cambio, a nuestro juicio, habría sido *necesaria* la vía expropiatoria si el Estado hubiese programado aprovechar parte del terreno para la construcción de una represa, a lo menos respecto de esta última, puesto que, sin duda, la inundación habría dificultado en extremo su explotación haciendo, por ende, impropiciada la constitución de una servidumbre de ocupación.

En buenas cuentas, el problema relativo a la *significancia* de la privación *parcial* de alguna *facultad o atributo esencial* del dominio que va implícita en el *propósito de aprovechamiento estatal*, parece resolverse en función de las *posibilidades de aprovechamiento residual* que correspondan al titular del derecho, es decir, de las reales posibilidades de explotación o de aprovechamiento que restarían al propietario si se consumara la intervención estatal. Si ellas se tornan ilusorias, la vía a utilizar por el Estado debiera necesariamente ser la expropiación; caso contrario, el empleo de una medida restrictiva bastaría a sus propósitos. Se trata de evitar en el fondo que tras la aplicación de una limitación puramente restrictiva se esté ocultando de hecho una limitación expropiatoria, sin que, no obstante, se pague al afectado la indemnización que corresponde a una expropiación. Este, según se ha explicado, es proporcionalmente mayor que la que sería procedente pagar por el daño anexo a una limitación restrictiva.

La posibilidad de aprovechamiento o explotación residual está referida indistintamente: a) a la totalidad del bien en cuestión; b) a la parte del bien que no resultará afectado directamente por la modalidad de aprovechamiento prevista por el Estado; o c) a la parte que sí resultará directamente afectada con ella. En definitiva deberá ser calificada por el juez considerando los antecedentes y características del caso concreto, tales como dimensiones de la propiedad, extensión de la parte afectada, destino del

bien, naturaleza de la intervención estatal y objetivos que persigue, medios y recursos del titular del derecho comprometido, etc.

Pero las posibilidades residuales de aprovechamiento pueden, a nuestro parecer, apreciarse de acuerdo a tres criterios básicos. Uno *objetivo*, que sólo evalúa esas posibilidades a la luz de los requerimientos de la ciencia y de la técnica, con prescindencia de la situación existencial del titular del derecho afectado; otro que vincula dicha evaluación a las posibilidades y expectativas reales de explotación que puede asumir la persona concretamente afectada (*criterio subjetivo*); y uno, intermedio, que relaciona la evaluación con la actuación que cabría esperar de una persona razonablemente diligente en la gestión de sus negocios (*criterio mixto*). Creemos que cuando la intervención del Estado no ha sido motivada por una actuación del titular del derecho que represente una situación de *nocividad esencial o de riesgo esencial*, la responsabilidad debe ser asumida *enteramente* por el Estado, correspondiendo aplicar en este caso el criterio *subjetivo* de evaluación. Frente a una situación de *riesgo esencial*, la responsabilidad debiera ser *compartida* pareciendo en ese caso aconsejable utilizar el *criterio mixto* de evaluación. Por último, el criterio *objetivo* de evaluación debiera reservarse exclusivamente para las situaciones de *nocividad esencial*. Estas lucubraciones, que expresan quizá una apreciación muy personal del problema, poseen sin embargo, a nuestro juicio, una significativa base de lógica y equidad que debiera, a lo menos, orientar en alguna medida el camino hacia una solución más elaborada del problema, en ausencia de texto normativo expreso. Los jueces tienen la última palabra.

¿Qué ocurre cuando debiendo haber expropiado el Estado ha optado por la vía alternativa de una limitación restrictiva? En tales casos, la ley que la establece (si básicamente en razón de sus disposiciones ha debido operar la Administración sin otra posibilidad de elección) y, por cierto, el acto administrativo que la pone en aplicación, o bien, sólo el acto administrativo de ejecución (cuando la responsabilidad por la ade-

cuada interpretación de las normas legales queda básicamente entregada a la Administración), *devienen inconstitucionales*, puesto que bajo sus términos se oculta una verdadera privación de la propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales, es decir, una limitación expropiatoria de hecho. Constatada la inconstitucionalidad de la ley que establece la limitación restrictiva y declarada su inaplicabilidad o, en su caso, declarada la nulidad del acto administrativo por la vía del contencioso-administrativo, los tribunales deberán ordenar la expropiación total o parcial de la propiedad y el Estado deberá acatar la decisión judicial a menos, por cierto, que resuelva retractarse de toda intervención. La posibilidad jurídica de que un tribunal pueda exigir del Estado la autorización legal de una expropiación y su puesta en práctica por la vía administrativa encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, aunque no refiriéndose exactamente al problema que nos ocupa, el artículo 9º del D. L. N° 2.186 de 9 de junio de 1978 (Ley Orgánica sobre Procedimiento de Expropiaciones), en esencia, proporciona una sólida base de juridicidad a nuestra argumentación, al expresar, "... el expropiado podrá reclamar ante el juez competente para solicitar: que se disponga la expropiación total del bien parcialmente expropiado, cuando la parte no afectada del mismo careciere por sí sola de significación económica o se hiciere difícil o prácticamente imposible su explotación o aprovechamiento; c) que se disponga la expropiación de otra porción del bien parcialmente expropiado, debidamente individualizada, cuando éste, por efecto de la expropiación, se encontrara en alguna de las circunstancias antes señaladas".

d) *Limitaciones extraordinarias*. Reciben esta denominación porque sólo pueden establecerse durante el imperio de los Estados jurídicos de excepción, razón por la cual poseen una vigencia esencialmente transitoria. Sus características pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1º Sólo pueden establecerse durante la vigencia de los Estados de Asamblea y de Catástrofe a que se refieren los nu-

merandos 1º y 5º del artículo 41 y 1º y 4º del artículo 40, de la Constitución.

2º Su finalidad accede, consecuentemente, a la necesidad de neutralizar las situaciones de excepción que motivan el establecimiento de dichos Estados, es decir, la guerra externa, tratándose del estado de asamblea, y la calamidad pública, respecto del estado de catástrofe. Persiguen concretamente satisfacer los requerimientos de la seguridad exterior y del orden público interno, dentro del marco general de la Seguridad Nacional.

3º Su establecimiento corresponde básicamente al Presidente de la República, pero éste puede delegar el ejercicio de dicha facultad en los Comandantes en Jefe de las unidades militares operantes (Estado de Asamblea) o en los Jefes de la Defensa Nacional (Estado de Catástrofe) artículo 41, Nº 9º de la Constitución y 1º y 6º de la Ley Nº 18.415, Orgánica Constitucional sobre Estados de Excepción). De lo anterior resulta, naturalmente, que la generación de estas limitaciones al ejercicio del dominio corresponde a la autoridad administrativa por la vía de la dictación de decretos supremos, resoluciones o bandos, según sea el caso, configurándose de este modo una importante excepción el principio del establecimiento *legal* de las limitaciones a los derechos.

4º La Constitución identifica las limitaciones extraordinarias a que nos referimos con la denominación genérica de "limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad" y con la más específica de "requisiciones de bienes" (artículos 41 Nos. 1º y 5º). En lo que respecta a las primeras cabe hacer notar:

4.1. Que se encuentran *expresamente* referidas al "ejercicio" del dominio, dando con ello la impresión, aparente, de que sólo podrían consistir en *obligaciones o requisitos que deben cumplirse por el titular del derecho a fin de poder ejercer o aprovechar su derecho (limitaciones funcionales)*.

Sin embargo, el precepto del artículo 41 Nº 8º pone de manifiesto la mayor amplitud que pueden asumir estas limitaciones cuando, con ocasión de la regulación del régimen de indemnizaciones a que están sometidas, se refiere a la hipó-

tesis de "*limitaciones que pueden importar privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*", es decir, a las limitaciones que hemos denominado *extintivas parciales o restrictivas* (que pertenecen al tipo de las estructurales, substanciales o básicas, por afectar directamente *al derecho* en sí).

4.2. En cuanto al régimen de indemnización de las limitaciones al dominio que pueden establecerse bajo los estados de excepción ya señalados, *la regla general es que no dan derecho a indemnización, debiendo, por tanto, el titular del derecho soportar la carga del daño experimentado*. A esta conclusión se llega razonando a contrario sensu sobre la base del precepto del Nº 41º que sólo reconoce el derecho de indemnización respecto de limitaciones que producen los efectos expresamente previstos en el mismo precepto y a los que luego nos referiremos. Interpretando la disposición citada, concluimos que *no dan* derecho a indemnización:

a) Las limitaciones extraordinarias de carácter *funcional*, y

b) Las limitaciones extraordinarias *restrictivas* (o extintivas parciales), cuando *no importan una privación total*, o bien, *parcial significativa*, de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (ya que esta eventualidad equivaldría, de hecho, a privar totalmente de alguno de esos atributos o facultades, y en ese caso configuraríamos una hipótesis distinta, en que, como luego se verá, hay derecho a indemnización).

¿Por qué estas limitaciones extraordinarias no dan derecho a indemnización? Adviértase que respecto de estas hipótesis ("a" y "b") la Constitución se limita a declarar, en forma indirecta, que no dan derecho a indemnización, sin entrar a distinguir si se trata de limitaciones generales o particulares, de aplicación genérica o específica.

En otros términos, sólo expresa que no dan derecho a indemnización, *independientemente de que se satisfagan o no las exigencias de una distribución igualitaria*. Parece ser que el constituyente ha venido a establecer una causal *específica* de justificación de la lesión (por oposición a la "*distribución igualitaria*" que es una causal *genérica* de justificación

de la lesión), con lo cual se obliga al titular del derecho a soportar el daño que eventualmente surja de la aplicación de la limitación. Ello en razón de que el constituyente ha elevado objetivamente la seguridad pública, la independencia, la seguridad exterior y el orden público interno a la categoría de valores relativamente superiores que por consiguiente subordinan los requerimientos anexos a la seguridad patrimonial, bajo las circunstancias propias de un estado de excepción.

Sin sacrificar el principio, el constituyente consagra respecto de otras limitaciones extraordinarias un régimen de indemnización que reviste modalidades especiales. Se trata de las limitaciones extraordinarias que importan *privación* de alguno o algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio.

Estas limitaciones pertenecen al tipo de las *extintivas parciales o restrictivas* y en ellas deben comprenderse no sólo las que importan la *privación total* de alguno o algunos de los atributos o facultades, sino también las que involucran una *privación parcial significativa* de cualquiera de ellos, porque, como antes explicáramos, esta hipótesis es *prácticamente* equivalente a la anterior.

Una *privación significativa* de parte de algún atributo o facultad es, en efecto, equivalente a la privación total de ese atributo o facultad. Por cierto el reconocimiento del derecho a indemnización debe estar vinculado a la existencia de un daño o lesión que sea *consecuencia directa* de la aplicación de la medida o limitación a que nos referimos; de ahí es que la Constitución prevenga sobre la necesidad de *existencia* del daño y la ley orgánica constitucional sobre Estado de Excepción ponga de manifiesto la exigencia de que sea *directo*. La particularidad de este régimen de indemnización reside, a nuestro juicio, en que, a diferencia del que se aplica a la *expropiación* que hemos denominado *semi-plena* (aquella que se dispone cuando el Estado se ha *propuesto* privar de alguno o algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio) *sólo* parece cubrir el daño anexo a la privación del atributo o facultad de que se trata, mas *no* el daño vinculado a la privación de

la propiedad toda. Ello significa que el derecho de dominio *no se transfiere al Estado, manteniéndose* en el patrimonio de su titular y que no son procedentes, por tanto, las limitaciones extintivas absolutas o totales de carácter extraordinario, salvo, como se verá luego, cierto tipo de requisiciones. Esta modalidad de indemnización parece justificarse sólo en la perspectiva de la *transitoriedad* de la medida de que deriva el daño. Extinguido, en efecto, el plazo de su vigencia, el propietario afectado debiera recuperar la plenitud de las facultades inherentes a su derecho.

4.3. Las limitaciones extraordinarias al ejercicio del dominio son, esencialmente, *transitorias*. Ello es consecuencia de la naturaleza propia del estado de excepción que las origina y, específicamente, del régimen de vigencia de las medidas adoptadas bajo estos estados previsto en el numerando 7º del artículo 41 de la Constitución. De acuerdo con sus preceptos, las medidas que no tengan una *duración determinada* no pueden prolongarse más allá de la vigencia del estado en que se generaron. La disposición es equívoca, porque obliga razonar a contrario sensu, permitiendo concluir que sería jurídicamente posible extender la duración de la medida más allá del estado correspondiente por medio del arbitrio de fijar una "*duración determinada*". No disipa la duda el hecho de que dicho precepto indique como únicas medidas que pueden exceder estos estados la expulsión del país y la prohibición de ingreso, ya que estas situaciones parecen hacer excepción a la regla según la cual si no se ha previsto una "*duración determinada, las medidas no podrían exceder la vigencia del estado en que se generaron*". Creemos que las exigencias de un sistema democrático y la necesidad de salvaguarda de los derechos en que dicho sistema descansa conducen a pensar que la fijación de una *duración determinada* tiene como límite fundamental la extensión temporal del correspondiente estado, la que por tanto no podría rebasar.

En todo caso nos parece que como consecuencia de la transitoriedad que revisten estas medidas, los requisitos o las prohibiciones que se imponga a través

de las limitaciones extraordinarias, tanto funcionales como restrictivas, debieran extinguirse precisamente con el plazo de su vigencia y que, consecuentemente, a través de ellas, la autoridad administrativa *no puede pretender válidamente llegar a privar del derecho de propiedad, a menos que obviamente se haga uso de la vía expropiatoria.*

4.4. Por último, en lo que a las limitaciones extraordinarias *restrictivas* se refiere, debe advertirse que en cuanto establecen *prohibiciones* que puedan llegar a significar una privación total o parcial significativa de algún atributo o facultad esencial del dominio, se transforman en *suspensivas*, puesto que involucran la imposibilidad de ejercer una atribución o facultad esencial del derecho *durante un tiempo determinado*, lo cual es concordante con lo que se explica en el punto anterior.

En lo que respecta a la *requisición* de bienes que puede disponerse, al igual que las limitaciones extraordinarias al dominio, en los estados de asamblea y de catástrofe, constituye un préstamo forzoso de bienes en favor de la Administración del Estado, especialmente de las entidades militares, con miras a satisfacer los requerimientos propios de la situación de guerra exterior y de catástrofe, según sea el caso. Cuando versa sobre *especies o cuerpos ciertos* la persona afectada conserva la titularidad del derecho de propiedad. En cambio cuando recae sobre *bienes fungibles* produce la transferencia del dominio en favor de la Administración; en el primer caso, la requisición asume el carácter de una *limitación suspensiva*, puesto que hay imposibilidad total de ejercer el derecho por el tiempo de vigencia de la medida. En el segundo, reviste el carácter de una *limitación extintiva total*, y sus efectos se confunden con los de la *expropiación*, puesto que en esta hipótesis la transferencia del dominio en favor del Estado es *definitiva o permanente y plena*, perdiendo la requisición la condición de *transitoriedad* propia de las limitaciones extraordinarias. La Constitución establece que la requisición da siempre derecho a indemnización (artículo 41 N° 8°). Por cierto, la indemnización que se deba pagar por la requisición que versa sobre

especies o cuerpos ciertos deberá ser proporcionalmente menor que la que corresponda a la requisición de bienes fungibles, puesto que en el primer caso deberá indemnizarse el derecho de usar el bien requisado; en cambio, en el segundo, la plenitud del derecho sobre el bien objeto de dominio, con todos sus atributos y facultades esenciales.

En el plano teórico pareciera existir entre las limitaciones extraordinarias al ejercicio del dominio y la requisición un fundamento constitucional diferente en lo que respecta al derecho de indemnización. Cuando las limitaciones extraordinarias, en efecto, dan derecho a indemnización, ésta resulta procedente porque así lo dispone el precepto constitucional, independientemente de la consideración de si su aplicación satisface o no las exigencias de una *"distribución igualitaria"*. Pareciera, pues, existir una *causal de justificación constitucional* del derecho a indemnización en estos casos, que la haría procedente *incluso cuando su aplicación satisface los requerimientos distributivos* del precepto del artículo 19 N° 20° inciso 1°. En cambio, tratándose de la requisición, ocurre que su establecimiento consta o dimana de una normativa general (como es la Constitución), pero su *aplicación concreta* depende básicamente de la apreciación *subjetiva* que la autoridad competente para disponerla haga de los requerimientos anexos a la situación de excepción. Como ello atentaría contra el principio de la *distribución igualitaria*, sus exigencias se satisfacen por la *vía substitutiva* del reconocimiento del derecho a indemnización. Sin duda las requisiciones se comprenden dentro del género de las limitaciones extraordinarias al dominio. Si en la Constitución se las considera en forma separada es, a nuestro juicio, precisamente, para destacar la diversidad de efectos y fundamentos.

Por último, cabe referirse a un problema relativo a la *finalidad* de las limitaciones extraordinarias. Por cierto, si una limitación extraordinaria *no satisface las exigencias que justifican su aplicación* adolecerá de un vicio de inconstitucionalidad y el daño a ella vinculable será indemnizable, aun en la eventualidad de que responda a las exigencias de una adecuada distribución, en los términos del

artículo 19 N° 20° inciso 1° de la Constitución. Sucede, sin embargo, que la finalidad inherente a este tipo de limitaciones parece enfrentar, en lo que a su proceso de evaluación respecta, una seria dificultad en el plano jurídico-constitucional. El fin a que se subordina toda limitación debe orientar la actuación de la autoridad desde el punto de vista de la selección e identificación de los *fundamentos de hecho* que habrán de justificarla y, suscitado el conflicto, los tribunales deben gozar de la suficiente autonomía jurisdiccional para calificar o medir el grado de adecuación de la medida o limitación a los requerimientos del fin que con ella se persigue, pasando por el examen de tales fundamentos. Pues bien, tratándose de las limitaciones extraordinarias, los tribunales enfrentan la prohibición de calificar los fundamentos de hecho (artículo 41 N° 3° inciso final la Constitución), de manera tal que aparentemente se encuentran en la imposibilidad jurídica de evaluar su adecuación a los fines que deben inspirarlas.

A nuestro juicio, el precepto citado es equívoco y exige de una interpretación que lo concilie con las exigencias de un ejercicio jurisdiccional autónomo, teniendo en vista la necesidad de garantizar, en lo inmediato, la transparencia de la actuación administrativa y, en definitiva, la adecuada salvaguarda de los derechos constitucionales. Desde ya es menester advertir que lo que el precepto prohíbe es la *calificación*, y ello lógicamente no significa eximir a la autoridad administrativa de su deber de *presentar* al tribunal los fundamentos de hecho en que se funda la medida adoptada. Carecería de todo sentido que el constituyente se hubiera preocupado expresamente de prohibir a los tribunales la *calificación* de unos fundamentos de hecho *inexistentes* o que se encuentran en la *imposibilidad jurídica* de ser presentados ante ellos. Justamente la prohibición tiene sentido en razón de que *tales fundamentos deben existir y ser presentados a la consideración del tribunal*. Tanto es así que la propia Constitución advierte de modo perentorio que "las medidas que se adopten durante los estados de excepción... sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias, sin perjuicio

de la dispuesto en el N° 3° de este artículo", es decir, sin perjuicio de que si ellas no son realmente necesarias su aplicación pueda ser neutralizada mediante el ejercicio de las acciones señaladas en ese numerando: recursos de amparo y de protección (artículo 41 N° 7°).

La cuestión reside, pues, en determinar qué suerte de consideración podrán válidamente efectuar los tribunales respecto de los fundamentos de hecho si sobre ellos pesa la prohibición de calificarlos. Creemos que si la autoridad administrativa tiene el deber de actuar sobre la base de dichos fundamentos y de hacerlos valer ante los tribunales, éstos *pueden y deben* efectuar una especie de calificación, que podríamos denominar *calificación primaria o elemental*.

En efecto, a fin de dar sentido lógico a los preceptos que intentamos interpretar, procurando que no se tornen contradictorios y en ausencia de otros elementos de juicio prevalentes, debemos concluir que lo que *no* pueden hacer los tribunales es *substituirse a la autoridad administrativa*, es decir, pretender condicionar la validez jurídica de la medida a la existencia de fundamentos que *idealmente* serían los que *en mayor medida* se ajustarían a los requerimientos propios de la situación de excepción que se persigue neutralizar a la luz de los fines que inspiran la puesta en vigencia del correspondiente estado (calificación de suyo administrativa). Pero en cambio tienen la facultad y el deber de llegar a constatar si existe o no *una adecuación básica razonable* de tales fundamentos a las necesidades de la emergencia imperante y a los fines propios del estado de excepción. En vista de ello podrán acoger o rechazar los recursos que se interpongan, dependiendo en definitiva de esa evaluación primaria la jurisdicción que se reconozca a las medidas cuestionadas.

e) *Limitaciones sancionatorias expresas*

En este grupo se incluyen ciertas limitaciones extintivas absolutas al derecho de propiedad, cuya finalidad accede a la necesidad de sancionar ciertas conductas delictuales. Nos referimos a la confiscación de bienes, sólo aplicable al delito de asociación ilícita, y al comiso,

que se refiere a los efectos e instrumentos del delito (artículo 19 N° 7° letra g). Son ellas manifestaciones específicas de la facultad de autodefensa de la sociedad y del poder sancionador del Estado a que nos referiremos en el párrafo siguiente relativo a las limitaciones atípicas.

2) *Limitaciones difusas, atípicas y residuales*

Se caracterizan porque su fundamentación constitucional no fluye de un único precepto básico sino de varios que se interrelacionan (difusas); no están referidas a ninguna situación jurídica concreta regulada en algún precepto determinado, sino a todas las que sean susceptibles de subsumirse en el marco genérico de los preceptos que entran en juego para darle su fundamentación normativa, una vez descontadas las situaciones que justifican la adopción de las limitaciones específicas ya estudiadas (residuales); no aparecen individualizadas en ningún precepto relativo a la propiedad, por lo menos de un modo directo (atípicas).

La fundamentación normativa constitucional básica o troncal de las limitaciones atípicas arranca del precepto del N° 20° del artículo 19, que faculta al legislador para establecer cargas públicas con la condición de que su distribución sea igualitaria y su creación responda, por cierto, a una finalidad de bien público. Esta finalidad de bien público no está explicitada en el mismo precepto, por lo que, para los efectos concretos del establecimiento de la limitación, ella debe obtenerse de otros preceptos constitucionales complementarios como, por ejemplo, del artículo 24 inciso 2° que se refiere a la *necesidad de asegurar la conservación del orden público interno y la seguridad exterior de la República dentro del marco de la ley*; de los artículos 6° y 7° que aluden a la *necesidad de sancionar las infracciones a la Constitución y la ley*; del artículo 19 N° 3°, incisos último y penúltimo, que ponen de manifiesto *la facultad de establecer delitos y penas*; del artículo 1°, que reconoce al Estado su finalidad esencial de *promover el bien común*; del artículo 8°, que *sanciona la difusión con fines proselitis-*

tas de determinadas doctrinas para la salvaguarda del sistema democrático; del artículo 9° que *condena conductas terroristas* con miras a la protección de los derechos humanos; del artículo 19 N°s. 21° y 22° que permiten establecer limitaciones por la vía legal *para regular el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas y para instituir beneficios directos o indirectos* en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, *o para establecer gravámenes especiales* que afecten a uno u otras; del artículo 19 N° 8° que permite establecer limitaciones *con miras a la protección del ambiente*, entre otros.

Del análisis de tales preceptos puede deducirse que, básicamente, corresponde a la sociedad, descontados los preceptos que hacen posible la aplicación de las llamadas limitaciones típicas o nominadas, *un poder de autodefensa residual que se radica en el Estado y en virtud del cual podrían establecerse limitaciones adicionales al dominio*. Estas limitaciones no son susceptibles de encuadrarse dentro del marco de las que hemos denominado limitaciones típicas y, consecuentemente, de fundar su validez jurídica en los preceptos de que éstas derivan. Su fundamentación constitucional debe encontrarse, al parecer, en la facultad de *autodefensa residual de la sociedad y en el poder sancionador del Estado*. Estas limitaciones podrían llegar a significar la pérdida total del derecho afectado y asumir, por tanto, el carácter de *limitaciones extintivas absolutas*, como, por ejemplo, el sacrificio forzoso del ganado aftósico, la destrucción obligada de especies arbóreas contaminadas y aun, me atrevería a mencionar, la nacionalización que, como sabemos, no está contemplada de modo expreso en la Constitución (como no lo está el sacrificio forzoso de ganado, no obstante lo cual constituye una medida de frecuente aplicación). La facultad de autodefensa residual podría igualmente justificar, tal vez, el establecimiento de limitaciones funcionales y restrictivas distintas de las que permitiría instituir la función social de la propiedad, por ejemplo recurriendo a "los intereses generales del Estado" (no de la Nación) o de algún "organismo del Estado", o a la "necesidad de

elevación del nivel de vida de los chilenos" o "el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas", que la Constitución de 1980 no contempla dentro del marco de la función social, por lo menos de una manera explícita, como en cambio lo hacía la Carta de 1925.

Por cierto, el establecimiento de estas limitaciones *no puede ser arbitrario*: exige la dictación de la correspondiente ley, sus normas deben ser generales, la distribución de la carga, igualitaria, y deben acceder a una finalidad superior de bien común. En la eventualidad de una ley particular o de una distribución de la carga fundada en criterios o apreciaciones subjetivas, la exigencia de una "*repartición igualitaria*" de la carga a que se refiere el artículo 19 N° 20° inciso 1° de la Constitución obligará a reconocer, como vía substitutiva, en favor del propietario afectado el derecho a indemnización, a menos, por cierto, que su conducta sea susceptible de encuadrarse en el marco de una situación de *nociuidad esencial*, voluntaria o involuntaria, caso del sacrificio forzado de animales contaminados.

Por expresa prohibición constitucional, sin embargo, no será posible establecer limitaciones sancionatorias que involucren la privación de derechos previsionales (artículo 19 N° 7° letra h), ni la confiscación, respecto de entidades que no configuren una asociación ilícita. A este último respecto conviene advertir que, constituyendo la asociación ilícita un delito, sólo por la vía de su verificación judicial previa sería constitucionalmente posible la aplicación de la pena de confiscación. De ahí es que el expediente consistente en la dictación de una ley que declare directamente, es decir, prescindiendo del proceso judicial previo, la existencia de la asociación ilícita (caso, entre otros, de la Ley N° 18.662, artículo 1°, complementaria del artículo 8° de la Constitución), merezca, a nuestro juicio, reparos desde el punto de vista de su constitucionalidad. (Véase artículo 292, C. Penal).

Las situaciones hipotéticas de limitaciones atípicas señaladas no parecen encontrar fundamentación constitucional en los preceptos que justifican el establecimiento de las limitaciones que hemos

denominado nominadas o típicas. Desde ya, es menester excluir las disposiciones constitucionales relativas a las *limitaciones extraordinarias*, que sólo operan bajo el imperio de los estados de excepción, así como también aquellas en que descansan las *limitaciones de la función social y las de carácter expropiatorio*, puesto que sus efectos y los fines a que se encuentran subordinados no parecen conciliarse con la naturaleza propia de las limitaciones atípicas. La duda surge en relación con el precepto del inciso 2° primera parte, del numerando 24°, del artículo 19: "*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella*". Hemos dicho antes que este precepto justificaría el establecimiento de las llamadas limitaciones de corte individualista tradicional o clásicas, es decir, de aquellas tendientes a definir conceptualmente la extensión de las facultades y atributos del dominio y a establecer las prohibiciones y exigencias necesarias para la salvaguarda de los derechos de familia (alimentos, sucesión hereditaria, derecho legal de usufructo y administración de bienes, etc.) y de los derechos de terceros (necesidad de inscripciones, registros, publicaciones o avisos, autorizaciones judiciales, sanción de delitos civiles), con un sentido más bien individualista y de evidente inspiración liberal.

Lo anterior permite circunscribir a términos más restrictivos la interpretación, aparentemente muy amplia, que nominalmente fluye de la definición del derecho de propiedad contemplada en nuestro Código Civil y que encuentra su paradigma en el Código francés de 1804: "derecho real en cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, *no siendo contra ley o contra derecho ajeno*". Básicamente *esa ley* estaría representada por los preceptos del propio Derecho Privado y del Derecho Penal con miras a la *salvaguarda de la propiedad individual*; y el *derecho ajeno*, representado por el derecho del cónyuge, de los parientes, menores y de terceros extraños que pudieran resultar perjudicados con las actuaciones o los hechos de otras personas. La cuestión es, resulta jurídicamente posible fundar en el precepto constitucional citado (artículo

19 N° 24° inciso 2° primera parte) limitaciones que involucran privación del derecho de propiedad por una vía distinta de la expropiación y *por razones de fuerte denotación social*, como, por ejemplo, el sacrificio forzado del ganado aftósico, la destrucción obligada de especies arbóreas contaminadas, la nacionalización de empresas (que sabemos, no ha sido contemplada expresamente como alternativa de la expropiación), o bien que permitan establecer *regulaciones o restricciones* al ejercicio del derecho de dominio por *causas distintas* de las que comprenden la función social de la propiedad? A nuestro juicio, ello no sería posible considerando el sentido *eminentemente individualista* del precepto señalado. Por esa razón se justifica el reconocimiento de una *nueva categoría de limitaciones* fundada en la facultad de autodefensa residual de la sociedad, al cual adscribir válidamente las hipótesis limitativas señaladas precedentemente. Abren un amplio cauce al desarrollo del poder social de autodefensa residual las llamadas *limitaciones indirectas*.

Las *limitaciones indirectas* son aquellas que se establecen mediante leyes que persiguen regular el ejercicio de derechos distintos del de propiedad, pero que, por su estrecha relación con este último, terminan necesariamente afectándolo.

A este tipo de limitaciones pertenecen aquellas que se instituyen para la regulación del derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (artículo 19 N° 21°), o para establecer beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o para establecer gravámenes especiales que afecten a una u otras (artículo 19 N° 22°), o para proteger el ambiente (19 N° 8°).

Este tipo de limitaciones podría llegar a importar el establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que excedieran los términos de la función social del dominio, o de las disposiciones que sirven de fundamento a las que hemos denominado limitaciones de corte individualista, y *cuya única justificación constitucional residiría en el poder social de autodefensa residual* a que nos hemos referido.

Sólo cabe preguntar, *¿qué objeto tiene que el constituyente se haya preocupado de hacer una referencia expresa a las limitaciones que pueden establecerse para hacer efectiva la función social del dominio y a las de corte individualista, si con cargo al poder residual de autodefensa de la sociedad se pueden establecer indiscriminadamente otras que responden a una finalidad distinta?*

Esta interrogante nace a partir del errado supuesto consistente en creer que esas son las *únicas* limitaciones que pueden establecerse respecto del dominio.

Pero sucede que ninguna de las disposiciones del N° 24° del artículo 19, ni de ningún otro artículo de la Constitución, dan pábulo para sostener esa posición. El inciso 3° del N° 24° del artículo 19 se limita a determinar que "*sólo por ley*" pueden establecerse: a) el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella, y b) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Pero no prohíbe que, *igualmente por ley*, puedan establecerse *otras limitaciones con finalidades diversas*.

En lo que respecta a la función social, los conceptos específicos a través de los cuales ella puede hacerse efectiva son, indudablemente, *taxativos*.

Pero no se han fijado con igual carácter de taxatividad las limitaciones que pueden imponerse *por otras razones*.

5.6. *Cuando la limitación establecida afecta a la esencia del derecho de propiedad*, es decir, a aquello que lo identifica como tal y diferencia de otros derechos. Se suele afirmar que la referencia a la esencia del derecho (artículo 19 N° 26° de la Constitución) parece poner de manifiesto la existencia de un *núcleo* al interior del derecho que no acepta o tolera la intromisión de limitaciones funcionales o restrictivas, y de un *espacio circular exterior concéntrico* que sí las aceptaría. De este modo se proyecta una imagen *geométrica* de la esencia del derecho que a nuestro juicio dificulta la comprensión del problema.

En efecto, la afirmación de la existencia de un espacio circular externo y concéntrico al núcleo parece querer indicar que se trata de un sector de importancia secundaria o accidental, especialmen-

te dispuesto para soportar limitaciones, a la manera de un destacamento suicida de vanguardia para la protección del núcleo esencial. Podemos, para ilustrar nuestro parecer, representar al derecho por un círculo, pero dentro de él no existen aspectos más o menos importantes. Todos son igualmente significativos; no es menos importante el uso que el goce, o el goce que la disposición; ni un sector del uso respecto de otro del mismo uso, o un aspecto del goce o disposición respecto de otros del mismo goce o disposición. Ninguno es, pues, en esencia, más sacrificable que el otro.

Lo que realmente ocurre es que las limitaciones que se van estableciendo, acumulando o sucediendo en el tiempo van haciendo pensar que lo que resta del derecho (sin limitar) parece ser más importante que la parte ya sujeta a limitaciones.

Tras ese espejismo se oculta otra realidad muy diferente. En efecto, la *posibilidad institucional* de afectar la propiedad con limitaciones destinadas a satisfacer las diferentes finalidades constitucionalmente previstas, de manera necesaria, involucra el reconocimiento *en favor de la sociedad del derecho correspondiente al establecimiento de tales limitaciones*. De esta manera, entre el derecho del titular y el derecho de la sociedad se produce una interrelación, que se caracteriza por la tensión permanente que se establece entre ambos derechos y que, en el fondo, pone de manifiesto el conflicto existente entre las dimensiones social e individual de la naturaleza humana. Mientras la primera funda la realidad del poder estatal con miras a asegurar la supervivencia y desarrollo de la sociedad, la segunda tiende a la afirmación de la individualidad y derechos a través de los cuales ella se expresa. La interrelación tensional existente entre ambas busca incesantemente un nivel de equilibrio que, de modo sucesivo, se aquieta, adelanta o retrocede, de acuerdo a las características propias de la realidad histórica para un tiempo y espacio determinados. Así, lo que hoy se apreciaría como una intromisión indebida del Estado en el ámbito privativo de los derechos individuales mañana podría ser aceptado como algo perfectamente natural. La

nacionalización de la gran minería del cobre en Chile, tal cual fue llevada a efecto en 1971, significó una fuerte limitación extintiva del derecho de las sociedades afectadas, prácticamente al margen de toda indemnización real; el procedimiento fue unánimemente refrendado por las fuerzas políticas de la época, sin distinciones. En otra época ello hubiere importado un despojo inadmisibles. Tiempo después, sin embargo, se producirá una reversión parcial del proceso, al reconocerse por el actual gobierno el derecho de las compañías a una reparación compensatoria *más adecuada a los nuevos requerimientos históricos*.

Lo anterior pone de manifiesto que la propiedad no puede ser representada, para ilustrar la idea de la esencia, en la forma de dos círculos concéntricos. Sólo hay un círculo, cuyo contenido está integrado por el conjunto de atributos y facultades que hacen que el derecho de propiedad *sea lo que es en una época histórica determinada*. Es cierto, como afirma Sánchez Agesta (*"Principios de Teoría Política"*, Edit. Nacional, Madrid, 1979, págs. 514 y ss.), que *"la libertad de la propiedad tiene en cuenta la satisfacción de las necesidades personales, el instinto de seguridad, la previsión de necesidades futuras, el estímulo de la producción"*, y que *"cuando una limitación se desvía de esos fines hay un abuso de derecho"*. Pero sucede que la *modalidad específica*, de acuerdo a la cual se satisfacen esas necesidades, ese instinto, esa previsión y esos estímulos, *fluctúa según los requerimientos del tiempo y del espacio*. En otros términos, lo que se entienda por esas necesidades, instintos, previsiones y estímulos *se encuentra en íntima correspondencia con el nivel de equilibrio en que se haya situado la interrelación tensional de las dimensiones individual y social del hombre en un momento histórico determinado*. Luego, el núcleo esencial del derecho no es tal. No hay un núcleo, hay sólo un derecho que se identifica por las particularidades de su contenido específico en un espacio y tiempo determinados, y cuya realidad está permanentemente en estado de cambio: avanzando, retrocediendo, o bien, aquietándose de modo transitorio, pero siempre en movimiento. Si habremos de

representar el derecho gráficamente, lo haremos *sólo por medio de "un" círculo*, cuyos contornos se modifican de modo continuo, buscando ajustarse al punto de equilibrio en que transitoriamente se haya situado la interrelación tensional de los derechos individuales y sociales, de acuerdo a las características del momento histórico.

Pero si la esencia del derecho se va modificando y es en función de ella que se *identifica* el derecho, ¿no se correrá el riesgo de una alteración sustancial que lo haga desaparecer?

Téngase presente que la esencia del derecho no es, según se explica, diferente del derecho mismo. Sin duda, el derecho irá experimentando fluctuaciones y algunas muy radicales, como las ha experimentado en el pasado (en la antigüedad se tenía derecho de vida y muerte sobre el esclavo o sobre el deudor que no cumplía su obligaciones). Pero no debe inquietarnos, porque ello dependerá del nivel de equilibrio de que hablábamos y del cual *fluye una mentalidad y capacidad de apreciación de las circunstancias de la cual hoy lógicamente carecemos*. Cada tiempo tiene sus propias exigencias y sus propios hombres. *Lo que sí permanecerá invariable será la vinculación ontológica del derecho de propiedad con la finalidad a que responde* (sin perjuicio de que la modalidad específica de satisfacción de sus requerimientos irá igualmente fluctuando): satisfacción de necesidades personales, instinto de seguridad, previsión de necesidades futuras, estímulo de la producción.

De lo dicho, se concluye que la esencia no debe definirse por un *contenido específico y concreto*. Hay, efectivamente, y seguirá habiendo, una facultad de uso, goce y disposición, pero el cúmulo de atribuciones que cada una de ellas involucra irá modificándose indefectiblemente. Por esta razón la *esencia* debe ser definida sólo por la *relación ontológica del derecho con la finalidad* a que accede, puesto que ella permanecerá a través de los tiempos.

A estas alturas pudiera parecer poco significativa la prevención constitucional según la cual las leyes no pueden afectar la esencia de los derechos (artículo 19 N° 26°).

Por el contrario, el precepto posee una trascendencia indiscutible en el orden práctico. Gracias a él resulta posible cuestionar la constitucionalidad de dichas leyes y poner al tribunal *en situación de decidir* si la limitación establecida se ajusta o no a los requerimientos de los preceptos constitucionales, considerando el nivel de equilibrio de la interrelación sociedad-individuo a que nos referíamos. Aun cuando el juez no tome conciencia exacta de esa interrelación, él es parte de ella, está inmerso en la estructura existencial que fluye del punto de equilibrio en que se encuentra esa interrelación tensional. De ahí es que su decisión no es puramente *jurídica*, sino básicamente *psicológica*, de lo que, en definitiva, resulta que la esencia del derecho no es una realidad jurídico-geométrica, sino, más bien, jurídico-psicológica y teleológica.