

EL LIBRE ACCESO A LAS PLAYAS DE MAR Y EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD*

CRISTIÁN ANDRÉS CONEJERO ROOS

*Licenciado en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*

SUMARIO. INTRODUCCIÓN. I. *Las vías de acceso a las playas de mar. 1. Bienes nacionales de uso público. 2. Bienes fiscales o de otros entes personificados. 3. Bienes de propiedad particular.* II. *Marco teórico de una controversia. 1. Estatuto constitucional del dominio del propietario particular sobre el predio colindante: la garantía constitucional del derecho de propiedad. a) La función social de la propiedad. b) La esencia del derecho de propiedad. c) La privación del derecho, del bien sobre que recae o de sus atributos. 2. Estatuto jurídico que consagra y protege el acceso libre y gratuito a la playa de mar para su uso. A. Normas pertinentes. B. Análisis del artículo 13 del Decreto Ley 1.939; un decreto ley enteramente inconstitucional. D. El Decreto Supremo N° 1.* III. *Conclusiones.*

"El Derecho de propiedad ha tenido en Chile larga y significativa evolución. La historia de la lucha entre el Estado pugnando por la expansión de sus atribuciones y el dueño defendiendo sus prerrogativas con ahínco, se confunde con la suya".

(Rodríguez, Pedro Jesús, "La Propiedad Privada"¹)

INTRODUCCIÓN

En el último tiempo hemos sido testigos de un creciente conflicto de intereses relacionados con los derechos de la ciudadanía al pleno uso de bienes nacionales de uso público como son

las playas de mar. Este conflicto se ha agudizado por la posición invariable del Gobierno de asegurar y garantizar un acceso libre y gratuito a las playas del mar, amparados en el texto del artículo 13 del Decreto Ley 1.939 de 1977, que establece un breve procedimiento para la imposición de accesos por terrenos colindantes a la playa de mar, cuando no existan otras vías públicas al efecto.

El interés en desarrollar la presente tesis es, pues, doble. Por una parte, se nota la ausencia

* El presente trabajo constituye un Capítulo desarrollado dentro de la Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, titulada "Régimen Jurídico de acceso a las playas de mar", de julio de 1999, dirigida por el profesor de Derecho Administrativo Eduardo Soto Kloss. En él se analiza el estatuto constitucional de la propiedad a propósito del régimen actual de acceso a las playas de mar.

¹ Rodríguez, Pedro Jesús, "La Propiedad Privada", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXIX, enero-abril, N° 1-2, 1972, p. 134.

de un texto que sistematice un régimen legal coherente de uso, protección, vigilancia y acceso a las playas de mar, lo que ha hecho que las soluciones deban encontrarse en sede reglamentaria o jurisdiccional. Por otra parte, y aquí radica a nuestro juicio la mayor utilidad del trabajo, el sistema actual consagrado en el artículo 13 del cuerpo legal citado adolece de claras inconstitucionalidades. De ahí que resulte imperioso hacer un análisis crítico del referido sistema, y proponer en su reemplazo un régimen jurídico acorde con nuestras normas constitucionales y legales vigentes.

En el capítulo que constituye este trabajo, se confirma que en un tema aparentemente circunscrito en su extensión, vuelven a renacer con fuerza las discusiones más trascendentales acerca del régimen constitucional de la propiedad, la garantía que ello conlleva y el rol del Estado, que en cuanto representante de la comunidad puede imponer limitaciones o incluso privar del dominio garantizado por nuestra Constitución Política. En verdad, en el estudio del régimen de libre acceso a las playas de mar, el derecho de propiedad constituye el auténtico hilo conductor de una controversia fundamentalmente política, dándonos una solución clara, concisa y despejadora de toda duda.

I. LAS VÍAS DE ACCESO A LAS PLAYAS DE MAR

La playa de mar es un bien nacional de uso público, esto es, de aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda y cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, según la definición contenida en el artículo 589 del Código Civil. En este sentido, la playa de mar en cuanto bien que integra el dominio público, está naturalmente llamada a satisfacer un uso común, de manera tal que el aprovechamiento y disfrute de dicho bien por parte de unos no excluya el de los demás.

El acceso libre y expedito a la playa es el modo de materializar el uso común que esta debe satisfacer a todos los habitantes de la Nación. Solo podemos usar de la playa de mar en cuanto existan vías de acceso que nos permitan comunicarnos con ella. De ahí que incluso haya llegado a hablarse de un "derecho de acceso a las playas", como sustento necesario para el uso de las mismas.

En la actualidad, puede decirse que existen distintas vías de acceso a una playa de mar, según sea la naturaleza del bien contiguo o colindante a la playa de mar². Así, el acceso puede realizarse a través de las siguientes vías, a saber;

1. bienes nacionales de uso público
2. bienes fiscales o de otros entes públicos personificados
3. bienes de propiedad privada

1. Bienes nacionales de uso público

En el acceso por medio de otros bienes públicos se encuentran fundamentalmente los caminos públicos y las calles.

Los caminos públicos están definidos en el DFL 206, de 1960, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fijó el DFL N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998, como "las vías de comunicación terrestres destinadas al libre tránsito, situadas fuera de los límites urbanos de una población, y cuyas fajas son bienes nacionales de uso público". Como se advierte, dicho cuerpo legal considera expresamente a los caminos públicos como "bienes nacionales de uso público". El DFL N° 850 señala en su artículo 26 que "todo camino que esté o hubiera estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al público".

Por su parte, las calles son consideradas como bienes nacionales de uso público en el artículo 589 del Código Civil, ya citado. Es la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, Decreto Supremo 47, del Ministerio de Vivienda, publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1992, la que define a la calle como "una vía vehicular de cualquier tipo que comunica con otras vías y que comprende tanto las calzadas como las aceras entre dos propiedades privadas o dos espacios de uso público o entre una propiedad privada y un espacio de uso público".

² El estudio se centra, por cierto, en los accesos a la playa de mar desde el ámbito terrestre, excluyéndose las hipótesis de accesos por un río o por alta mar.

2. Bienes fiscales o de otros entes personificados

Los bienes fiscales, conforme al Código Civil, "son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes". La expresión "Nación" que utilizó Bello en el Código Civil hace referencia al "Estado", pues se entendía al Fisco bajo una concepción privatista como la "capacidad patrimonial del Estado". Empero, la doctrina actual publicista ha depurado los términos recogidos en el Código Civil, y hoy no se discute que el Fisco sea también un ente administrativo más, dotado de personalidad jurídica y que integra la Administración del Estado. Por lo mismo hay otros entes personificados, distintos del Fisco, pero que también forman parte de dicha Administración³.

De lo anterior se sigue que podemos encontrarnos con propiedades ribereñas, fiscales o pertenecientes a otros entes administrativos, sin que existan caminos o calles al efecto, siendo tales propiedades las únicas habilitadas para permitir una vía de acceso a las playas de mar.

Dentro de los bienes fiscales, se encuentran las tierras que carecen de otro dueño, los predios adquiridos por el Fisco o los que recibe este en la sucesión intestada como último llamado a suceder en los órdenes de sucesión. Especial relevancia cobra el concepto de "terrenos de playa" introducido en el artículo 2° del DFL N° 340 de 1960, sobre Concesiones Marítimas y reiterado en el artículo 1° N° 34 del Reglamento sobre Concesiones Marítimas, y que significa que en todas las propiedades fiscales colindantes con la playa de mar, va a existir una faja de terreno contigua a la misma de hasta 80 metros de ancho que va a recibir tal denominación y va a seguir reputándose como propiedad fiscal.

Por su parte, podemos mencionar dentro de los bienes pertenecientes a otros entes personificados, las propiedades ribereñas de dominio de instituciones, intendencias regionales, empresas del Estado o municipalidades.

Tratándose de esta clase de bienes, frecuentemente nos encontramos con vías de acceso que permiten el ingreso a una playa de mar, y que, en definitiva, se materializan en la construcción de caminos públicos.

3. Bienes de propiedad particular

Finalmente, se advierte la existencia de vastos sectores en los cuales el acceso a la playa de mar solo es posible o es más expedito a través de bienes que pertenecen a propietarios particulares. Es decir, se trata de bienes de dominio privado.

Es precisamente respecto de estos bienes donde se produce la controversia político-jurídica y se suscita un conflicto de intereses profundo y polarizante entre el propietario particular, que desea conservar la integridad de su predio y no verse privado de los atributos y facultades esenciales del dominio que detenta sobre ellos, y las demás personas que pretenden hacer efectivo el uso público de las playas vecinas a tales predios, y que recurren para tal efecto a la tutela del Estado, solicitando que sea habilitada una vía de acceso por medio de tales predios ribereños de propiedad privada.

Esta situación se ha hecho cada vez más compleja, pues han aumentado los terrenos colindantes a la playa de mar que han sido destinados a proyectos turísticos o de veraneo privados, bajo algunas de las siguientes modalidades; a) Condominios acogidos a la Ley 16.071 sobre venta de pisos. Tal es el caso de imponentes condominios levantados o en actual proyección en la IV y V Región, por ejemplo; b) Parcelas de agrado originadas en un proceso de división de predios agrícolas conforme al Decreto Ley 3.516 y, c) Loteos sometidos a planos reguladores comunales o intercomunales que permiten vialidad privada.

Asimismo, se presenta la existencia de otros tantos predios de dominio privado, destinados a la explotación y producción agrícola, como es el caso de importantes predios ubicados desde la VI a la X Región.

Por contrapartida, y probablemente como una reacción, ha crecido fuertemente el interés

³ Véase sobre esta materia el artículo de Eduardo Soto Kloss, "La Organización de la administración del Estado; un complejo de personas jurídicas". En ella se concluye que la Administración del Estado a la luz de la Constitución y las leyes, actúa a través de personas jurídicas que pueden clasificarse en Fisco, Municipalidades, Instituciones, Empresas del Estado y Fondos. (SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., Gaceta Jurídica, N° 73, 1986, p. 16 y siguientes)

del Estado en asegurar un acceso libre, igualitario y expedito a las playas de mar, en beneficio de todos los habitantes de la Nación.

De ahí que resolver este conflicto exija recorrer un camino de análisis estrictamente jurídico, prescindiendo de implicancias de índole política, social, económica o de cualquier otra naturaleza. Y exija, por de pronto, indagar sobre el derecho que asiste a cada una de las partes en conflicto; por una parte, el propietario privado del predio ribereño, y por otra, las personas innominadas que descan acceder libremente a las playas de mar.

Para ello, analizaremos previamente el estatuto constitucional que rige el dominio que tiene el propietario privado sobre el predio colindante a la playa de mar, para luego abocarnos al estudio de las normas que especialmente rigen el acceso a las playas de mar.

II. MARCO TEÓRICO DE UNA CONTROVERSIA

1. Estatuto jurídico del dominio del propietario particular sobre el predio colindante: la garantía constitucional del derecho de propiedad

Sin lugar a dudas el derecho de propiedad es uno de los derechos *esenciales* de la persona humana de mayor trascendencia individual y social. Nutre la propia perfección individual en cuanto permite mediante la propiedad suministrar al individuo medios de subsistencia necesarios para él y su familia. Participa a su vez de lo colectivo, pues está ordenado al fin superior del bien común, y su regulación aparece íntimamente ligada con el tipo de propiedad que cada Estado aspira a dar a sus habitantes. De ahí que aparezcan continuamente preceptos constitucionales y cuerpos legales proclamando su reconocimiento y protegiendo su contenido e integridad.

En el estudio del derecho de acceso a las playas de mar, veremos cómo una vez más el derecho de propiedad es el hilo conductor de una controversia fundamentalmente política, y en él se encuentra una solución clara, concisa y despejadora de toda duda. Para llegar a esa respuesta, tal como se ha advertido, es indispensable abocarnos al análisis del estatuto constitucional de la propiedad.

Desde las primeras constituciones políticas de la República, se ha contemplado una regulación del derecho de propiedad, reconociendo por su tutela la importancia de diseñar un estatuto jurídico en que se enmarque la propiedad. Nuestra actual Constitución se ha encargado de asegurar, reconocer y regular el derecho de propiedad con especial acierto y profundidad, probablemente fruto del notable avance jurídico, conceptual y práctico que ha vivido este derecho en nuestro país desde la publicación del Código Civil y su entrada en vigencia⁴.

La actual disposición se encuentra recogida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de 1980, y en ella se trata además del estatuto jurídico-constitucional de la propiedad, otras materias tales como la propiedad minera y la propiedad sobre las aguas. Sin embargo, nuestro análisis ha de centrarse únicamente en aquellos aspectos inherentes al dominio del propietario sobre un predio colindante a la playa de mar y al eventual conflicto que pueda presentarse con relación al derecho de acceso a las playas de mar ribereñas que tienen los habitantes de la República en cuanto bienes nacionales de uso público. Lo anterior hace bastante claro el trazado de nuestro estudio; primero, analizaremos las limitaciones que pueden imponerse en razón de la *función social* de la propiedad; luego, veremos cuál es el *contenido esencial* del derecho de propiedad y la importancia que tiene en relación a las limitaciones de la propiedad; para finalizar estudiando la *privación del dominio* y el modo en que este debe materializarse, todo lo cual coincide básicamente con lo preceptuado en los cinco primeros incisos del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

a) La función social de la propiedad⁵

Al desarrollo de la propiedad libre y absoluta, entendida como el más completo señorío

⁴ La evolución del derecho de propiedad puede verse con claridad en Rodríguez, Pedro Jesús, ob. cit.; y Evans de la Cuadra, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", t. II, Ed. Jurídica, 1986.

⁵ No estudiaremos aquí la teoría del abuso del derecho, que algunos autores también tratan como una especie de limitación al dominio, porque es una teoría fundamentalmente civilista, no recogida ni remotamente en el texto constitucional, y fundamentalmente, porque no juega ningún papel en el conflicto concerniente al acceso a las playas de mar que aquí nos corresponde dilucidar.

que puede tenerse sobre una cosa y que nació fruto de diversos factores, sea de orden jurídico –derecho romano–, de orden ideológico –racionalismo liberal– o en fin, de orden económico-social –capitalismo– siguió una época en que la propiedad se vio atenuada por consideraciones de tipo social y que se tradujeron en la acuñación de la denominada “función social de la propiedad”.

Tal evolución no fue antojadiza. Como advierte Lautaro Ríos, “la función social de la propiedad no se incorpora al sistema jurídico de Occidente por un sentimiento humanitario o altruista en beneficio de los desposeídos, sino bajo la presión de estos (...), para evitar los abusos evidentes del derecho absoluto de la propiedad y para posibilitar determinadas políticas y acciones del Estado en beneficio de sectores desposeídos de la sociedad”⁶. Nuevamente fueron numerosos y diversos los factores que contribuyeron a ello y que explica perfectamente el autor citado; el catolicismo social y los partidos socialcristianos, el socialismo, la primera postguerra y la Revolución de Octubre, la segunda postguerra, y fundamentalmente el origen de las nuevas constituciones, contribuyeron de modo decisivo a la acuñación de este nuevo concepto.

Lo interesante es que la función social de la propiedad viene a significar un reconocimiento expreso de la necesidad social que va impresa en la propiedad, sin trastocar la esencialidad del derecho, en cuanto derecho subjetivo del titular del mismo. Al igual que Ríos, “nos parece que en el centro del problema debe situarse el derecho de propiedad privada como un derecho subjetivo garantizado constitucionalmente en el mundo occidental; y que su función social constituye –en líneas generales– una limitación impuesta al ejercicio de ese derecho, con el fin de asegurar que la colectividad reporte de ese manejo la satisfacción de determinadas necesidades”⁷.

Precisamente, en concordancia con estas ideas se encuentra su reconocimiento en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política donde luego de señalar que “La Constitución ase-

gura a todas las personas: (...) N° 24 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”, establece en su inciso 2°:

“Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Es decir, la función social de la propiedad constituye la herramienta jurídica idónea para imponer limitaciones y obligaciones sobre la propiedad por la existencia de un interés superior, pero jamás constituye requisito habilitante para privar del dominio, del bien sobre que recae o de algunos de sus atributos, lo que nos confirma el inciso 3° del artículo 19 N° 24, cuando establece que ello solo puede realizarse por medio de expropiación. Por lo mismo, resulta imperioso distinguir claramente la limitación de la propiedad de su privación, pues tal como señala Jose Luis Cea, “...se trata de instituciones jurídicas distintas en sus causas, finalidades, procedimientos para implantarlas, efectos que producen y acciones para impugnarlas”⁸. De ahí que estudiemos en forma separada cada una de estas instituciones, sus rasgos distintivos y su estatuto jurídico propio.

Por de pronto, debemos advertir que el constituyente al tratar la función social de la propiedad, señaló como conceptos distintos que de ella se derivan las “limitaciones”, por una parte, y “las obligaciones”, por otra, y que toca al legislador reconocer. En general, la doctrina tiende a asociar las limitaciones a deberes de abstención, en tanto las obligaciones a deberes de acción –u obligaciones de hacer–. Así se ha pronunciado en forma más o menos explícita Evans de la Cuadra, Cea Egaña y Mohor⁹.

⁶ Ríos Alvarez, Lautaro, “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, R.D.J., t. 84, N° 2, 1987, 1ª parte, p. 60.

⁷ Ríos Alvarez, Lautaro, ídem, p. 64.

⁸ Cea Egaña, José Luis, “Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980”, XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, p. 60.

⁹ Véase lo señalado en Rajevec Mosler, Enrique, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, R.Ch.D., Volumen 23, N° 1, p. 44 y ss.

Sin embargo, sobre el mismo punto nos parece acertada la opinión de Enrique Rajevic en el sentido de que el término "limitaciones" es comprensivo de ambas clases de deberes, y que la acuñación de la expresión "obligación" se debió sobre todo al interés de recalcar claramente de que tanto los deberes de acción como de abstención pueden derivarse de la función social de la propiedad, por la natural inclinación a relacionar las limitaciones únicamente con los deberes de abstención¹⁰.

En una línea parecida, desarrolla su tesis Lautaro Ríos, quien luego de analizar el concepto de limitaciones y obligaciones, termina por hablar genéricamente de "restricciones", por parecerle más adecuado el referido concepto¹¹. Por lo demás, tratándose del deber de habilitar una vía de acceso que tiene un propietario particular de un predio ribereño con la playa de mar, la verdad es que en estricto rigor podría ser entendido como un deber de acción y como un deber de abstención a la vez –es decir, en doctrina podría importar tanto una obligación como una limitación–. Y ello porque al imponerse una medida de este tipo al propietario ribereño se le exigen dos cosas; en primer lugar, habilitar una vía de acceso a la playa de mar en favor de todos los ciudadanos –lo que sería un deber de acción u obligación–, y en segundo lugar, no impedir ni realizar actos que entraben o embaracen el acceso

por la vía habilitada al efecto a la playa de mar –deber de abstención o limitación–. De ahí que parezca más prudente todavía, para nuestro estudio, hablar de "limitaciones" en términos genéricos.

Sin embargo, lo relevante radica en definir con claridad qué es una limitación y en seguida delimitar también si de su imposición puede nacer o no derecho a indemnización. Al respecto debemos advertir que parte de la doctrina nacional ha entendido que las limitaciones establecidas en razón de la función social de la propiedad son restricciones impuestas al derecho de propiedad que, en principio o por esencia, no dan derecho alguno a indemnización. En este sentido se pronuncian autores como Mohor o Rajevic. Mohor opina que tratándose de limitaciones al dominio en razón de la función social de la propiedad –a las que llama "limitaciones funcionales"–, "no es, por esencia, indemnizable ni podría lógicamente serlo", ello porque "una eventual indemnización importaría la compensación de un perjuicio inexistente, toda vez que no se puede derivar perjuicio alguno de la conveniente ordenación de los intereses opuestos y, consiguientemente, un enriquecimiento injusto para el titular del derecho"¹². Por su parte, Rajevic, en su memoria de grado, adhiere a la misma línea doctrinal cuando señala que las limitaciones son "aquellos deberes *no indemnizables* que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales"¹³.

¹⁰ Rajevic critica la postura de la doctrina dominante, "pues el término 'obligaciones' –acuñado en el ámbito civil, pero de validez general en el derecho– siempre ha comprendido conductas de ambos tipos, y así se clasifica a las obligaciones como 'positivas' y 'negativas', en tanto respecto de las limitaciones indica que "del mismo modo, tampoco se ve, porqué la palabra "limitación solo pudiera englobar deberes de abstención", y ejemplifica lo dicho señalando el caso en que la ley obligara a los propietarios a cultivar la tierra. Concluye por lo mismo y con fundada opinión, que "el término "limitaciones" es comprensivo de cualquier restricción que pueda imponerse al derecho de propiedad, sea que consista en deberes de acción o abstención, y así parece demostrarlo la doctrina comparada. Sin embargo, es innegable que resulta más fácil asociar esta palabra con la idea de recortar el derecho con deberes negativos. Por ello se agregó en el texto la expresión "obligaciones", claro mensaje del constituyente al legislador en el sentido de que la ley, al concretar la función social de la propiedad, puede exigir de los propietarios conductas activas en relación a sus bienes, lo que –reitero– no era del todo evidente con la pura palabra "limitaciones"."

¹¹ Véase al respecto en Ríos, Lautaro, ob. cit., p. 69.

¹² Mohor llega a esta conclusión, porque a su juicio "desde un punto de vista práctico, descontadas tales limitaciones, resta el núcleo o facultad esencial del derecho, en otros términos, aquello que lo identifica como tal, fijándole un determinado contenido ontológico que permite diferenciarlo de otros derechos". (Mohor Abuaud, Salvador, "De las limitaciones al dominio y, en especial, de las que afectan a la propiedad ganadera", XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, p. 77 y ss.).

¹³ Rajevic Mosler, Enrique, ob. cit., p. 46. El mismo autor más adelante dirá que "las limitaciones u obligaciones pueden afectar tanto el uso, goce y disposición de un bien, como los atributos de absoluto, exclusivo y perpetuo, que caracterizan al dominio, pero *dejan subsistente* la facultad o atributo restringido. Es por ello que no generan derecho a indemnización alguna" (ob. cit., p. 95).

No obstante lo anterior, hay jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia y del propio Tribunal Constitucional señalando que las limitaciones impuestas al dominio en razón de la función social de la propiedad pueden ser indemnizables. A la misma doctrina adhieren autores como Soto Kloss, Cea Egaña o Ríos. En fin, así también se desprende de diversas normas de la Constitución y leyes vigentes del país.

Antes de abordar esta interesante materia, debemos volver a preguntarnos ¿qué es, en definitiva, una limitación según nuestra preceptiva constitucional? Hay autores como Lautaro Ríos que desechan el sentido etimológico de la palabra "limitación" porque no es apropiada a su juicio para el léxico constitucional. Según él, "limitación" –de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua– es "acción y efecto de limitar o limitarse", y "limitar" es "fijar la *mayor extensión* que pueden tener la jurisdicción, la autoridad o *los derechos y facultades de uno*", lo cual no se condice con la utilización de la expresión limitar por el constituyente "que, desde una posición externa, intenta –por el contrario– fijar al dominio una *amplitud menor* que su extensión clásica, caracterizada, por ser, justamente, absoluta, exclusiva y perpetua. Por lo mismo, Ríos prefiere la expresión "restricción", que significa –según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua– "limitación o reducción", y "restringir" que es "ceñir, circunscribir, reducir a *menores límites*"¹⁴. En el mismo sentido se pronuncia Soto Kloss, cuando señala que "ello –el concepto de "restricciones"– ha sido más precisado aún al analizar la Ley N° 18.415 (14.6.1985), orgánica constitucional sobre estados de excepción. En efecto, su artículo 12 dispone en forma muy clara que se entiende (...) que se *restringe* –una garantía constitucional– "cuando durante la vigencia de un estado de excepción, se *limita* su ejercicio en el fondo o en la forma"¹⁵. Es decir, también hace sinónimos los conceptos de "restricción" y "limitación", partiendo del análisis del concepto legal de la expresión "restricciones"¹⁶.

Hecha la prevención acerca del sentido de la expresión "limitación" en nuestra Constitución, volvamos entonces sobre lo dicho acerca del derecho de indemnización que ha de reconocerse a quien debe soportar limitaciones establecidas en razón de la función social de la propiedad y que afectan el ejercicio de su derecho.

Decíamos que el propio Tribunal Constitucional ha sostenido la procedencia de indemnización en caso de imponerse limitaciones al dominio, invocando la función social de la propiedad. Así en fallo del Tribunal Constitucional referido al Proyecto de Ley sobre "Bases del Medio Ambiente" (rol N° 185, 28/2/94) se establece: "Finalmente, porque al pretender establecer restricciones totales o parciales –al uso de vehículos motorizados contaminantes–, (...) al ejercicio de derechos fundamentales de las personas, se afecta el contenido esencial de ellos, lo que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 19 N° 26, de la Constitución, lo que hace que se infrinjan, asimismo, sus artículos 6° y 7°, 1°, inciso 4° y 5°, inciso 2°, en relación con su artículo 19 N° 24 y 21"¹⁷. Pues bien, puede deducirse claramente que al disponer el T.C. que se infringen los artículos 6° y 7° de la Constitución, implícitamente reconoce que tales restricciones dan lugar a la responsabilidad del Estado y, por ende, deben ser indemnizadas por el daño que su establecimiento significaría para quien deba soportarlas.

texto de la constitución de las limitaciones entre aquellas relativas al ejercicio de un derecho, aquellas relativas al derecho mismo, y las suspensivas, define a las primeras –denominadas funcionales– como las que "no afectan la existencia misma del derecho, puesto que están dirigidas a *restringir el ejercicio, goce o aprovechamiento de las facultades que involucra*". (Mohor Abuauad, ob. cit., p. 73 y ss). Cea Egaña, en cambio, adhiere –aunque no explícitamente a la definición del D. R. Acad. de limitación cuando señala que "las delimitaciones son restricciones y obligaciones congénitas al derecho de propiedad, configuradoras del contenido objetivo normal de él y su desenvolvimiento en las relaciones jurídicas" y más adelante nos dice que "tales delimitaciones (...) *definen o perfilan la extensión de sus atributos o facultades esenciales*". (Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 60).

¹⁴ Ríos Alvarez, Lautaro, ob. cit., p. 69.

¹⁵ Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II, 1996, p. 93.

¹⁶ Mohor se manifiesta en términos parecidos, cuando luego de hacer una clasificación demasiado apartada del

¹⁷ Fallo T.C. rol N° 185, 28/2/94, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Segunda Parte-Sección Sexta, N° 91, Tomo 2, 1994, p. 9.

El mismo principio queda sentado con el fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley de Prensa¹⁸ (rol N° 226, 30/10/95) en que al respecto señala en su considerando 46°: “Que también este precepto vulnera el artículo 19 N° 24, inciso 2°, de la Constitución, en cuanto si bien este inciso dispone la posibilidad de limitaciones al derecho de propiedad, lo permite solamente en la medida que deriven de su función social, función que comprende, por expresa disposición constitucional, cuanto exijan las circunstancias que allí se indican, las cuales, según este Tribunal, no se configuran en el caso de autos. Cabe agregar, además, que *tales limitaciones jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho, esto es, no pueden consistir en “privación” del derecho, como ocurre con la disposición del proyecto en análisis, privación para la cual, en conformidad con la Constitución, no tiene competencia el legislador, situación que conlleva de suyo la vulneración de los artículos 6° y 7° de la Constitución*”¹⁹.

Finalmente, mucho más explícito resulta el reconocimiento que hace el Tribunal Constitucional de la procedencia del derecho a indemnización frente a las limitaciones al dominio, en el fallo rol N° 245 del 2 de diciembre de 1996, precisamente en relación al tema que es objeto de esta tesis —el acceso a las playas de mar—, y que tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Asimismo, hemos dicho que los tribunales superiores de justicia en distintos fallos han sostenido que las limitaciones al dominio son también indemnizables, mediante el reconocimiento de un principio básico; las limitaciones

al dominio que impone la ley y que impiden el libre ejercicio de las facultades de uso y goce del derecho de propiedad sobre un bien, dan siempre lugar a indemnización. Así se reconoce en fallo pronunciado por la Corte Suprema el 11 de enero de 1908 en causa “*Lapostol con Fisco*”²⁰, y más recientemente y con mucho mayor vigor y claridad en fallo pronunciado por el Excmo. Tribunal el 7 de agosto de 1984, en causa “*Comunidad Galletué con Fisco*”.

En este último fallo se sostiene en su considerando 7°: “Que en cuanto a la naturaleza que impone el Decreto Supremo N° 29, no tiene, desde luego, el alcance de una expropiación que el propio fallo recurrido lo niega, puesto que no desconoce el derecho de propiedad a los dueños de esa especie arbórea; ni tampoco se traduce en una privación absoluta de alguno de los atributos esenciales del dominio, entre los que se encuentran la facultad de gozar y de disponer libremente del objeto de la propiedad; la prohibición de cortar, explotar y comerciar la araucaria no impide toda forma de goce ni tampoco toda suerte de disposición, ya que no obstaculiza, por ejemplo, la venta de los bosques juntamente con el terreno, y por ende, *se trata tan solo de una limitación al dominio que, en este caso, se basa en una autorización de la ley, acorde con el inciso 2° del número 24 del artículo 19 de la Constitución*”.

Más adelante se señala en el considerando 8° letra c): “Que en lo que toca a la infracción del inciso 2° del número 24 en análisis, se ha reconocido en el fundamento anterior que el alcance de la prohibición de explotar la araucaria es el de una limitación al dominio de sus propietarios, pero se ha adelantado que, a pesar de aceptarse que en este caso la ley autorizó imponer tal limitación, *ello no excluye la posibilidad de que dé lugar a una acción indemnizatoria*”.

¹⁸ Ya en el propio requerimiento, se sostenía que el referido proyecto vulneraba entre otras garantías constitucionales, el derecho de propiedad y sus facultades de usar, gozar y disponer libremente del bien sobre que recaen. Y se agregaba en este sentido que: “Los legítimos propietarios de los medios no podrían disponer libremente de ellos, obligados como quedarían a recoger opiniones o noticias ajenas contra su voluntad. Esta carga, limitación severa a una de las facultades esenciales del dominio, cual es la de disponer libremente del bien, *constituye una verdadera expropiación que no reúne ninguna de las formalidades que la Constitución prescribe, y que queda exenta de todo pago o indemnización*”. Rol N° 226, 30/10/95, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Segunda Parte-Sección Sexta, N° 92, Tomo 2, 1995, p. 188.

¹⁹ Fallo T.C. rol N° 226, 30/10/95, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Segunda Parte-Sección Sexta, N° 92, Tomo 2, 1994, p. 202.

²⁰ R. D. J., tomo 27, II, sección 1°, 1930, p. 744-748. En el considerando 7° del referido fallo se sostuvo por la C.S.: “Que si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, si se halla justificado que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de estos dos requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está asimismo que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto evidente que a este corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y consiguientemente que pueden ser regulados estos según ha sido dispuesto en lo resolutivo del aludido fallo”.

Finalmente, en el considerando 12° se invocan razones de equidad y la existencia de otras disposiciones constitucionales que establecen la responsabilidad del Estado y su obligación de pagar perjuicios, cuando se vulneran determinadas garantías constitucionales, tales como el artículo 19 N° 7 letra e) que contempla la indemnización por error judicial y el artículo 41 N° 8 relativo a las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad durante los estados de excepción constitucional, cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ellos se cause daño, señalando respecto de este último caso que *“si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón, por evidente equidad, la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción”*²¹.

En abono de lo anterior, debemos destacar que la procedencia del derecho a indemnización en el caso de las limitaciones al dominio no solo se ha recogido a nivel jurisprudencial, sino también doctrinal. Así, Soto Kloss opina que *“solo la ley –es decir materia de reserva legal– puede establecer “las limitaciones y obligaciones” que deriven de la función social de la propiedad, “función social” que la misma Constitución se encarga de precisar en sus contornos, ley que en caso alguno podrá afectar el derecho de propiedad en su esencia, ni imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”, agregando que: “Un daño producido, pues, por la actividad de los órganos del Estado –cualquiera sea– y que no esté cubierto por la preceptiva constitucional, esto porque no es de los casos que la Constitución prevé (como sería el caso de imponer limitaciones en razón de la función social de la propiedad que afecten el derecho en su esencia), genera responsabilidad –por significar una infracción a la Constitución– y, en consecuencia, debe ser indemnizado total e integralmente, a fin de restituir a la víctima en el estado en que se encontraba antes de sufrir ese daño antijurídico, daño que no estaba jurídicamente obligado a soportar”*²².

Cea Egaña específicamente al tratar el tema de las limitaciones al dominio sostiene que: *“Las delimitaciones por función social son cargas públicas reales que no generan indemnización, pero esto únicamente en la medida que no afecten en su esencia los atributos y facultades esenciales del dominio, pues, de suceder lo último, ellas implicarían privación”*²³. Aunque la afirmación pareciera ser equívoca en el sentido de que estaría anunciando que las limitaciones no dan lugar a indemnización, la verdad es que el principio de la indemnización se reconoce por la vía inversa de señalar que hay privación cuando una limitación afecta el contenido esencial de la propiedad, y por ende, es también indemnizable.

En fin, Lautaro Ríos de modo más amplio nos dice que la función social como subordinante limitativo de la propiedad *“... puede constreñir, con generalidad, el ejercicio de las facultades del dominio; pero cuando esa constricción se singulariza y resulta discriminatoria, el afectado puede exigir el resarcimiento del perjuicio producido, en virtud del principio de igualdad; y cuando ella priva a un sujeto del contenido esencial del dominio o de algunas de sus facultades, procede también la acción indemnizatoria”*²⁴. Así, Ríos contempla la procedencia de la acción indemnizatoria no solo cuando la limitación afecta el contenido esencial de la propiedad, sino también cuando ello importa una carga desigual o discriminatoria que afecta la igualdad ante la ley²⁵.

Finalmente, ha de decirse que aplicando normas de hermenéutica constitucional recogidas por el Tribunal Constitucional se llega a la misma conclusión. En efecto, el Tribunal Constitucional ha sentado sobre la materia dos prin-

²³ Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 61.

²⁴ Ríos Alvarez, Lautaro, ob. cit., p. 68.

²⁵ Nos parece interesante la innovación de Ríos en el sentido de que las limitaciones no solo serían indemnizables cuando vulneran el inciso 3° del artículo 19 N° 24, por no respetar el contenido esencial de la propiedad, sino que también cuando atentan contra la igual repartición de las cargas públicas, imponiendo un gravamen determinado a una persona o grupo de personas que no está jurídicamente obligada a soportar, por vulnerarse el artículo 19 N° 20. En el mismo sentido se pronuncia Soto Kloss, al analizar la responsabilidad del Estado, pues cita precisamente este precepto constitucional como una norma que concretiza el principio general de responsabilidad del Estado (Soto Kloss, ob. cit., p. 300).

²¹ R. D.J., tomo 81, II, sección 5ª, 1984, pp. 181-189.

²² Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 298.

cipios básicos: a) que las normas constitucionales deben interpretarse en un contexto y, b) que las normas constitucionales deben interpretarse armónicamente²⁶. Pues bien, el constituyente solo se ha referido al derecho a indemnización tratándose de las limitaciones al derecho de propiedad que se pueden imponer durante los estados excepcionales de asamblea o de catástrofe, exigiéndose para ello que se cause daño y que tales limitaciones importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, y como señalara la Corte Suprema en el fallo citado "*Galletué con Fisco*", si esto ocurre en dichos estados de excepción, con tanta mayor razón ha de proceder la indemnización si la limitación al dominio se ha dispuesto por la ley en un estado normal constitucional, y no de excepción.

Asimismo, ya veremos que el propio Tribunal Constitucional será quien señale que "sobre el particular, cabe destacar que *el espíritu general de la legislación dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1980 ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o por los particulares si se establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o goce de la propiedad. De tal manera que si se causan daños estos deben pagarse*"^{27, 28}.

²⁶ Este principio de interpretación constitucional se ha aplicado por el T.C. en fallo sobre el proyecto de LOC de los Consejos Regionales de Desarrollo, rol N° 42, 26/1/87; en fallo sobre proyecto de LOC de los Partidos Políticos, rol N° 43, 24/2/87, y en el reciente fallo sobre reglamento que fija las vías de acceso a las playas de mar, ríos o lagos, rol N° 245, 2/12/96.

²⁷ Causa rol N° 245, 2/12/96, considerando 41°.

²⁸ Por vía ejemplar, véase el artículo 7 letra j) de la Ley N° 18.755, de 7 de enero de 1989 que contempla la obligación de indemnizar que pesa sobre el Director del Servicio Agrícola y Ganadero por el sacrificio o destrucción de bienes o productos sanos, o por las restricciones de uso de predios para controlar o erradicar alguna enfermedad o plaga; el artículo 22-A de la Ley N° 18.856, de 2 de diciembre de 1989, que contempla la indemnización de todo perjuicio que se ocasione al dueño de los terrenos o al de la concesión sirviente en su caso, o cualquier otra persona por la constitución de las servidumbres necesarias para la habilitación de los servicios de gas; el artículo 19 de la Ley 18.168 del 2 de octubre de 1982, que en su artículo 19 reconoce también como procedente la indemnización cuando deba constituirse una servidumbre legal que sea imprescindible para el servicio; en fin, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos que en su artículo 51 contempla la indemnización por los daños ocasionados por la constitución de servidumbres necesarias para las instalaciones eléctricas y sus obras complementarias.

De todo lo dicho fluye claramente que las limitaciones al dominio son restricciones impuestas al ejercicio del derecho de propiedad, que reducen, circunscriben o cercenan su extensión normal, y que cuando afectan el contenido esencial del dominio o importan una carga desigual, dan siempre derecho a indemnización para quien debe soportarlas.

Ahora bien, las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad tienen en nuestra Constitución rasgos claros y distintivos que corresponde analizar, aunque sea someramente.

a.1) El principio de reserva legal

La Constitución entregó una tarea fundamental al legislador en torno al derecho de propiedad; solo él puede alterar el estatuto jurídico de la propiedad, sea limitándolo por causa de la función social a que está afecta, sea privando a su titular del dominio o sus atributos o facultades esenciales.

Es así como tratándose de las limitaciones al dominio, la Constitución señala claramente en el artículo 19 N° 24 inciso 2°: "Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social". Lo anterior aparece reafirmado por lo dispuesto en el artículo 60 N° 2 de la Carta Fundamental que dispone que "Solo son materias de ley:... N° 2. Las que la Constitución exija que sean reguladas por ley". Finalmente, debemos destacar que la rigurosidad de este principio no merece reparos, si se atiende a que fue el propio constituyente quien desechó la posibilidad de que las limitaciones al derecho de propiedad estuvieran establecidas por DFL, cuando en el artículo 61 inciso 2° de la Constitución señala que la autorización del Presidente de la República para dictar disposiciones con fuerza de ley "no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado".

Resulta, pues, de meridiana claridad, que conforme a la preceptiva constitucional, las limitaciones que se impongan al titular del derecho de propiedad sobre un terreno colindante con las playas de mar solo pueden estar esta-

blecidas *por ley*, y jamás pueden estar entregadas a DFL, normas de rango inferior como decretos, reglamentos, instrucciones u otras.

El reconocimiento expreso de este principio en el derecho de propiedad se debió a instancias del presidente de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, José María Eyzaguirre, pues con ello se evitaba "la posible interpretación consistente en que, en virtud de normas jurídicas de menor jerarquía que la ley, pudieren limitarse las facultades inherentes al dominio"²⁹. El tema es de notable importancia, pues con esta norma se impuso un claro límite a la discrecionalidad administrativa, a la cual le quedaba vedada cualquier posibilidad de establecer limitaciones a la propiedad, y aún más, se prohibió al legislador delegar atribuciones legislativas en el Presidente de la República por el mecanismo de los DFL. De esta manera, tal como lo propone Rajevic, el principio de reserva legal constituye una garantía formal del derecho de propiedad³⁰.

Dejamos por último una cuestión que será de extraordinaria utilidad: ¿puede un reglamento de ejecución completar o desarrollar aquellos elementos básicos relativos a limitaciones al dominio contempladas por el legislador, o debe la ley llenar la máxima determinación posible, sin dejar campo a nuevas regulaciones a manos de la potestad reglamentaria? En general, ha primado a nivel jurisprudencial una tesis extensiva legal, según la cual no puede la administración, a través de reglamentos, invadir el dominio legal. También la doctrina se ha manifestado favorable al respecto a través de autores como Bertelsen o Soto Kloss. No obstante, también se encuentran algunos fallos que adhieren a una tesis restrictiva³¹.

a.2) Las limitaciones deben derivar de la función social de la propiedad

El constituyente reconoció la existencia de un principio ecuménico: la apropiación particular de los bienes debe ser respetuoso del destino universal de los mismos. Es decir, reforzó la propiedad porque vio en ella un derecho que esencialmente permite el ejercicio de la libertad, pero a la vez reconoció que ha de estar afecto a ciertas limitaciones que derivan de su función social. Son reveladoras al respecto las palabras de José María Eyzaguirre: "En esta materia hubo consenso en que hoy en día no puede concebirse el derecho de propiedad sin una función social. La función social es absolutamente inherente al derecho; es un concepto que va unido de tal modo que no puede pensarse que exista derecho de propiedad si no se establece, al mismo tiempo, la función social que ese derecho implica"³².

Y fue el propio constituyente quien señaló el contenido de la función de la propiedad, sin definirla, cuando estableció en el artículo 19 N° 24 las causales por las cuales se pueden invocar la función social. Son solo cinco las circunstancias o factores previstos como legítimos para imponer limitaciones al titular del derecho de propiedad, a saber: los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad pública, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental. El fundamento último de estas se encuentra en el bien común, en los términos que lo recoge el artículo 1° inciso 4° de nuestra Constitución.

La importancia de haberse acotado el contenido de la función social de la propiedad en el texto constitucional radica en que tal como

²⁹ Actas de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, en Sesiones C.E.N.C., N° 148, Anexo de Documentos, p. 70, citado por Rajevic Mosler, Enrique, ob. cit., p. 30.

³⁰ Rajevic, Enrique, ob. cit., p. 30.

³¹ Un excelente resumen de la controversia se encuentra en la obra ya citada de Enrique Rajevic, pp. 33 y ss. Con todo, debemos destacar que son numerosos y en las más variadas materias los fallos que se han pronunciado al respecto, particularmente del Tribunal Constitucional, entre otros; Rol N° 146, 21/4/1992 sobre Letreros Camineros, que declaró inconstitucional el decreto que prohibía instalar avisos publicitarios en las fajas adyacentes de los caminos públicos, lo que constituía una limitación al dominio que vulneraba la reserva legal; Rol N° 185, 28/2/1994 referido al Proyecto de Ley de Bases del Me-

dio Ambiente que comprendía la posibilidad de establecer mediante decreto supremo restricciones totales o parciales al uso de vehículos motorizados contaminantes y prohibiciones totales o parciales a empresas, industrias, faenas o actividades que produzcan o puedan incrementar la contaminación ambiental, en caso que sea indispensable para recuperar la normalidad de los índices de calidad ambiental, lo que "...es de reserva legal, es decir, es de competencia exclusiva y excluyente del legislador"; en fin, y sin ir más lejos, en el propio caso del acceso a las playas de mar, en fallo Rol N° 245, del 2/12/96, adhiere una vez más a la tesis extensiva, lo que veremos más adelante.

³² Actas de la Subcomisión de Derecho de Propiedad, en Sesiones C.E.N.C., N° 148.

lo señala Evans de la Cuadra "la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que he señalado y toda otra restricción es inconstitucional"³³.

En el caso del conflicto que pueda suscitarse por la existencia de predios ribereños a las playas de mar que impiden el acceso a las mismas, la causa invocada sería evidentemente "la utilidad pública", pues resulta natural sostener que siendo las playas de mar "bienes nacionales de uso público", el acceso a estas sea visto como una limitación al dominio derivada de su función social y fundada en la utilidad pública que están llamadas a reportar las playas.

a.3) Las limitaciones no pueden importar una privación del derecho de propiedad, del bien sobre que recae, o de alguno de sus atributos o facultades esenciales

Aquí recalamos en un punto esencial a tratar: la limitación constriñe o restringe el campo de ejercicio del derecho de propiedad, pero jamás puede terminar por privar de tal derecho, o hacer ilusorio los atributos o facultades esenciales del mismo. Esta distinción ha sido muy bien comprendida por nuestra doctrina, y de hecho, su distinción aparece clara en nuestra Constitución, donde se trató en forma separada y distinta a las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad –artículo 19 N° 24 inciso 2°– y a la privación del dominio, del bien sobre que recae o de algunos de sus atributos o facultades esenciales –artículo 19 N° 24 inciso 3°.

Los efectos de ambas instituciones son absolutamente disímiles, porque mientras las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad se entienden inherentes al derecho de propiedad y solo están llamadas a circunscribir o reducir el contenido del mismo, pero con respeto a su esencia, las privaciones, en cambio, importan un despojo, o en palabras de Cea Egaña, una "sustracción positiva o pérdida de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte"³⁴. Pero la distinción no es

solo conceptual; nuestro constituyente –habida consideración de la naturaleza diversa de ambas instituciones– diseñó procedimientos diversos para dar lugar a ellas. Ambas deben ser impuestas por ley, pero en el caso de la privación de dominio debe haber una ley expropiatoria que debe llenar ciertos requisitos habilitantes para que la expropiación –único medio existente de privación de dominio en nuestro ordenamiento– sea válida. Asimismo, naturalmente contempló para el caso de la privación el derecho a una indemnización justa, lo que al menos explícitamente no se reconoció respecto de las limitaciones, desde que ellas van aparejadas al derecho de propiedad y son –o deben ser– respetuosas del contenido esencial del mismo³⁵.

La línea demarcatoria es, según se advierte, la esencia o el contenido esencial del derecho de propiedad –concepto de riquísima importancia que tendremos oportunidad de ver–, en términos tales que aunque formalmente se imponga una limitación, desde que en el hecho esta afecta la esencia del derecho, de propiedad, ello importaría vulnerar el núcleo o sustrato mismo de tal derecho, lo que el derecho de propiedad es, lo que lo caracteriza y sin lo cual deja de serlo, dejando al titular del mismo en una situación muy parecida a la de privación de derecho. En efecto, aun cuando en este caso el titular no queda separado del bien sobre el cual tiene el derecho de propiedad, su titularidad se ve mermada en aquellos atributos o facultades que le son conaturales y sin los cuales el derecho no existe como tal, lo que por cierto le dará derecho a una indemnización concordante con esa ablación del contenido esencial. En palabras del profesor Cea, "si privar del derecho es despojarlo de la titularidad, privar al derecho de su esencia es, en cambio, dejar aparente o nominalmente la titularidad, quitando su contenido. Por eso, el constituyente obturó el resquicio defendiendo al dueño tanto de la privación de su derecho como de la esencia del mismo".

³³ Evans de la Cuadra, Enrique, ob. cit., p. 378.

³⁴ Cea Egaña, José Luis, ob. citada, página 62.

³⁵ En todo caso, hay argumentos muy decisivos para entender que las limitaciones al dominio también son indemnizables, no obstante el silencio del constituyente al reglamentar el derecho de propiedad.

a.4) Las limitaciones dan lugar a indemnización en cuanto suponen una afectación del contenido esencial de la propiedad o una carga desigual, que importa un daño

Como hemos visto, según una parte minoritaria de la doctrina nacional, las limitaciones al dominio fundadas en la función social de la propiedad en principio o *per se*, no dan lugar a indemnización alguna. En efecto, como su imposición descansa en la función social de la propiedad y se establece con miras al interés general de la colectividad, no se vislumbra algún daño o menoscabo patrimonial merecedor de una justa indemnización.

Como ya advirtiéramos, a nuestro juicio, las limitaciones al dominio en cuanto importan una reducción o constreñimiento del contenido esencial del dominio o una carga desigual para quien debe soportarla, deben siempre dar lugar a indemnización. Por cierto, la opinión no es antojadiza, sino que resulta del análisis de diversos argumentos que guardan plena armonía con nuestro propia Constitución y con los principios que la informan y estructuran, y sobre lo cuales no volveremos.

Con todo, ha de decirse que la opinión de quienes no reconocen indemnización alguna por las limitaciones al dominio impuestas en razón de la función social de la propiedad, es falsa y tremendamente peligrosa.

En primer lugar, es falsa, porque aunque teóricamente parezca interesante sostener que si dejáramos al dominio desprovisto de las limitaciones, todavía deberíamos encontrarnos con el contenido esencial del mismo, la verdad empírica nos dice precisamente lo contrario. Muchas veces se imponen limitaciones al dominio invocando la función social de la propiedad que son a tal punto onerosas, que pasan en el hecho a constituirse como verdaderas privaciones. En tales casos, de dejar al dominio desprovisto de tales limitaciones, nos encontraríamos con una imagen enfermiza o un espejismo de lo que el dominio es, de sus atributos y facultades esenciales, precisamente porque por la vía de imponer limitaciones que afectan su contenido esencial, se desdibuja el núcleo irreductible de la propiedad, y si en la privación, el constituyente quiso que se indemnizara por el daño causado, igual cosa ha de ocurrir cuando se trata de limitaciones que en la práctica operan como verdaderas privaciones, como

suele ocurrir. No en vano la ley que regula atribuciones del director nacional del Servicio Nacional Agrícola y Ganadero, la ley de servicios de gas, la ley de servicios de telecomunicaciones, en fin, la ley de servicios eléctricos han reconocido expresamente la procedencia de indemnización frente a limitaciones al dominio en que hay detrás una clara función social a la que ha de estar afecta la propiedad.

Por otra parte, la negativa a reconocer el derecho a indemnización por limitaciones al dominio en que se invoca la función social de la propiedad sienta un precedente tremendamente peligroso, porque equivale a sostener el principio de la responsabilidad del Estado cuando este actúa como ente expropiador del derecho de propiedad, pero por la inversa, se establece la absoluta irresponsabilidad estatal cuando el Estado interviene limitando el ejercicio del derecho de propiedad, por la función social de la misma. Ello evidentemente puede ocasionar un perjuicio enorme a los derechos de las personas, quienes pueden ver privados de lo suyo, sin tener derecho a ser resarcidos.

En conclusión, las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad encuentran un límite que opera como salvaguarda o cortapisa del derecho de propiedad y que está constituido por el contenido esencial del mismo, de suerte que si por la imposición de una limitación se entra a desconocer la esencia del derecho de propiedad, es legítimamente indemnizable. Y lo mismo ha de decirse cuando por la imposición de una limitación al dominio se obliga a soportar una carga desigual al que la sufre, vulnerándose así el N° 20 del artículo 19 de la Constitución.

Veamos a continuación en qué consiste la esencia o el contenido esencial del derecho de propiedad.

b) *La esencia del derecho de propiedad*

La esencia del derecho es un concepto nuevo que aparece en la órbita jurídica europea, particularmente en Alemania con la Ley Fundamental de Bonn que consagraba expresamente el término en su artículo 19. Aunque moderno, ha resultado ser de inmensa trascendencia en el orden jurídico, porque frente a la actividad estatal aparece como garante del núcleo irreductible de los derechos que la Constitución asegura a las personas.

Nuestra propia Constitución Política de 1980 contempla el respeto a la esencia del derecho, primero a través de una norma genérica, aplicable a todas las garantías constitucionales comprendidas en el artículo 19, luego por medio de señalarlo específicamente tratándose del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 19 N° 26 dispone que "La Constitución asegura a todas las personas: ... N° 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, *no podrán afectar los derechos en su esencia* ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio"³⁶.

Menciona en seguida la protección a la esencia del derecho, pero particularmente referido al derecho de propiedad, cuando en el artículo 19 N° 24 inciso 3°, establece expresamente: "Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los *atributos o facultades esenciales del dominio*, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador"³⁷.

³⁶ Curiosamente, esta garantía constitucional surgió por la iniciativa de don Julio Philippi, quien introdujo la idea de respetar la esencia del derecho a propósito de la propiedad. Al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se abordó el tema en varias sesiones de notable expresión jurídica —particularmente sesiones 150, 155, 157, 159 y 160—, y se terminó por aceptar, a instancias de Evans, que dada la importancia de proteger la esencia de los derechos, debería ser tratada como una garantía aparte, aplicable a todas las demás y no solamente circunscrita al derecho de propiedad.

³⁷ La referencia a los atributos y facultades *esenciales* resultó también bastante curiosa. Como dijimos, había en la Comisión un gran interés en consagrar la protección de la esencia del derecho de propiedad, fundamentalmente porque se trataba de un derecho que históricamente había sido objeto de atropellos y abusos y que por su naturaleza se prestaba para ello. La idea nació de la Subcomisión del Derecho de Propiedad, quien proponía incluirlo en el inciso 2° del artículo 19 N° 24, quedando formulado así: "Solo la ley puede, *y sin afectar el derecho en su esencia*, establecer los modos de adquirir, de usar, gozar y disponer de la propiedad, y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar el cumplimiento de su función social y hacerla accesible al mayor número de personas, satisfacer los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, la seguridad nacional, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes".

El mérito de las normas citadas es doble. Por un lado, otorga tutela efectiva a los derechos, y en particular al derecho de propiedad, al dejar a salvo siempre el contenido esencial del derecho, de manera que al imponerse toda clase de limitaciones al dominio, por la afectación que ello importa a los atributos y facultades esenciales del dominio, deben también ser debidamente indemnizadas. Sabemos que en nuestro sistema de garantías constitucionales, los derechos deben en múltiples ocasiones ser limitados, y en el caso del derecho de propiedad, el inciso 2° del artículo 19 N° 24 nos revela que no es la excepción. Empero, por medio de esta norma se garantiza a su titular el ejercicio legítimo de su derecho dentro de un cierto ámbito y con una cierta amplitud expresiva de un contenido que no puede constreñirse bajo ninguna circunstancia, distinta de las previstas legalmente, so pena de desfigurarse su entidad y disolverse su sustancia; es este su contenido esencial.

Por otra parte, las normas referidas nos entregan una importante herramienta práctica, pues se posibilita la utilización de todas las acciones y recursos previstos en nuestra legislación, frente a una norma que imponiendo una limitación al derecho, despoja en el acto de la esencia misma del derecho. Baste aquí mencionar al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, o al recurso de protección o nulidad de derecho público en contra del acto que fundado en una ley ilegal impone la limitación, o en fin, a la acción de responsabilidad del Estado por los perjuicios derivados de dicho acto, cuando el propio legislador no se ha cuidado de contemplar una justa y debida indemnización por la afectación del contenido esencial de la propiedad³⁸.

En la Comisión, Evans no adhirió a la idea de incluir la esencia del derecho referido a la propiedad, porque podía llevar a congelar su concepto en los términos concebidos por el derecho positivo de entonces, y propuso considerarlo pero no con referencia a la esencia, sino que a los elementos constitutivos del dominio —como freno a las limitaciones—, a la vez que como una cláusula general aplicable a todos los derechos. Luego de un largo y extendido debate, se trasladó finalmente el concepto al inciso 3° al tratar la privación de dominio —como freno a las limitaciones—, sino que con su contenido, esto es, las facultades y atributos esenciales de la propiedad.

³⁸ Rajevec es bastante claro al respecto cuando señala que la esencia del derecho opera en dos direcciones al referirse a la propiedad: desemboca por una parte la inconstitucionalidad de la norma objetada (límite absoluto), y

Hemos hablado de la importancia del contenido esencial del derecho y hemos pasado revista a su inclusión en nuestro texto constitucional. Nos resta, sin embargo, definir el contenido esencial del derecho de propiedad y de sus rasgos o características propias.

En principio, debemos aclarar que contenido esencial no es sinónimo del contenido básico o mínimo de los derechos. El autor español Barnés señala que "esencial" equivale a sustancial, esto es, "lo más noble o principal, el esqueleto o elemento arquitectural, lo permanente"³⁹. En este sentido, no debe olvidarse que la expresión "esencial" entraña una extraordinaria característica, ya que según el Diccionario de la R.A.E. esencia es "lo permanente e invariable en ellas (las cosas); lo que el ser es" (acepción 2); a su vez, esencial es "sustancial, principal, notable" (acepción 2)⁴⁰, es decir, lo esencial alberga lo más importante y propio del derecho, aquello que hace que el derecho sea reconocible como tal. ¿Cuál es esa esencia, tratándose del derecho de propiedad?

El mismo artículo 19 N° 24 nos facilita la tarea de definir o acotar el contenido esencial del derecho de propiedad, al designar la expresión "atributos y facultades esenciales del dominio". Constituyen, pues, el contenido esencial del derecho de propiedad aquellos atributos y facultades sin los cuales el dominio pierde su identidad y peculiaridad propia; no se reconoce o degenera en una entidad distinta⁴¹.

Los atributos esenciales de la propiedad se fueron plasmando ya en el derecho romano⁴², y en la actualidad existe acuerdo en reconocer –aunque sea con ciertos alcances– el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo que reviste la propiedad.

El dominio es en primer término, absoluto, "porque las facultades de usar, gozar, disponer y administrar corresponden al dueño, sin intervención de terceros"⁴³. No obstante, como señala Claro Solar al señalar el carácter absoluto de la propiedad, no se está afirmando que ella es ilimitada, "pues el propietario debe servirse de la cosa conforme a las leyes naturales y con sujeción a las leyes civiles"⁴⁴. Se trata, pues, del poder que detenta el titular del dominio sobre la cosa objeto del derecho, para ejercer a su arbitrio las facultades inherentes a su calidad de dueño, en conformidad con la ley. Con todo, en autorizada doctrina se ha criticado la validez de este atributo de la propiedad⁴⁵.

El segundo atributo esencial es la exclusividad que "supone un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa, y por ende, para impedir la intromisión de cualquier persona"⁴⁶. Conviene a estas alturas preguntarse: ¿si al propietario privado de un predio ribereño a la playa de mar, se le impone como una "limitación derivada de la función social de la propiedad" la obligación de habilitar y mantener una vía de acceso a la playa de mar, se estaría violando este atributo de la exclusividad o no?

Finalmente, se ha sostenido que hay un último atributo esencial de la propiedad; la perpetuidad. Ello implica que el dominio se mantiene mientras subsista la cosa objeto del derecho. Lo anterior no obsta a que el dominio se pierda, no obstante seguir existiendo la cosa sobre la cual se ejerce, como ocurre cuando el objeto de ese derecho tiene una duración limitada.

Demos ahora un breve repaso a las facultades esenciales del dominio. Ellas son las facultades de uso, goce y disposición, lo cual se ha

genera respecto de cada ablación particular, el derecho a una indemnización (límite relativo). (RAJEVIC, Enrique, ob. cit., p. 43).

³⁹ Barnes Vázquez, Javier, "La Propiedad Constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario", citado por Rajevic, Enrique, ob. cit., p. 42.

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Espasa-Calpe, Madrid, 19ª edición, 1970, citado por Rajevic, Enrique, ob. cit., p. 42.

⁴¹ Al definir de esta forma el "contenido esencial del derecho de propiedad", adherimos a la opinión de destacados constitucionalistas como Evans de la Cuadra o Cea Egaña, pero sobre todo adherimos al texto de la Constitución y a la discusión dentro de la C.E.N.C. que dio lugar a dicha expresión. Reconocemos, sin embargo, que ha habido abundante doctrina sobre el tema y que no necesariamente se ha uniformado en este sentido.

⁴² En palabras de Ríos, "se han señalado como notas características del dominio en el derecho romano justiniano – es decir, cuando ya se habían decantado las diversas especies de propiedad: quiritaria, bonitaria, de los peregrinos, de las *res mancipii* y de las *res nec mancipii*– la exclusividad, la ilimitación y la perpetuidad.

⁴³ Cea Egaña, José Luis, "Manual de Derecho Constitucional", Tomo II, Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 197, 1995.

⁴⁴ Claro Solar, Luis, citado por Rajevic, Enrique, ob. cit., p. 68.

⁴⁵ Véase al respecto el artículo mencionado de Rajevic, pp. 68 y ss.

⁴⁶ Vodanovic, Antonio, citado por Rajevic, Enrique, ob. cit., p. 69.

transmitido también desde el derecho romano y aparece recogido expresamente en nuestra Constitución Política del Estado⁴⁷. La facultad de uso consiste en servirse de la cosa tal cual es, sin referirse a los frutos y sin que su utilización importe la destrucción inmediata de la cosa. El goce habilita para que el dueño se apropie de los frutos y productos de la cosa, sea que emanen de ella, como los frutos naturales; o que se obtengan como ocasión de ella, como las rentas de arrendamiento de un cosa. Por último, la disposición, importa la posibilidad que tiene el dueño de la cosa para destruirla materialmente, para consumirla, y para desprenderse de ella⁴⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando bajo la forma de una limitación a la propiedad, se atenta contra el contenido esencial de la misma, se constriñe sus atributos y facultades esenciales, se desdibuja la identidad de la propiedad a tal punto de hacerse irreconocible?

Es de advertirse que una ley que imponga una limitación de tal naturaleza, aun cuando lleve aparejada la función social de la propiedad que se invoca como fundamento a su imposición, en la medida que no contempla una indemnización íntegra por el daño que significa la reducción o incluso privación del contenido esencial que esta limitación produce, es a todas luces inconstitucional, no solo porque vulnera la garantía del derecho de propiedad, sino que también porque atenta directamente contra el derecho a la seguridad jurídica consagrado en el artículo 19 N° 26, según el cual jamás un precepto legal podrá afectar los derechos en su esencia. Hay, pues, una tarea importante de fiscalización para el Tribunal Constitucional en velar por la constitucionalidad de las leyes que contemplen limitaciones al dominio derivadas de la función social de la propiedad, y la hay asimismo para la Corte Suprema, la cual se halla premunida de la facultad de declarar inaplicable un precepto legal en un caso concreto, por ser contrario a la Constitución, a través de lo que conocemos como recurso de inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad.

No debe olvidarse que una limitación al dominio en cuanto arranca al titular de alguno de sus atributos o facultades esenciales, lo deja desprovisto de aquellas cualidades inherentes a su condición de dueño, y en este sentido, es muy parecido a una verdadera privación. Luego, causado ese menoscabo o detrimento en su derecho de propiedad, nace el derecho a demandar una justa indemnización, tal y como en el caso de la expropiación.

c) *La privación del dominio del bien sobre que recae o de sus atributos; la expropiación*

Hemos llegado finalmente al último eslabón del estatuto jurídico de la propiedad en lo tocante al dominio sobre predios ribereños a las playas. En efecto, ya debemos saber distinguir dos situaciones con operatividad propia y distintas entre sí; por una parte, *la limitación que se impone a la propiedad, derivada de la función social de la misma*, y que en cuanto supone una reducción o privación de la esencia de la propiedad es siempre indemnizable, y en relación con ella, el contenido esencial de la propiedad, como salvaguarda del derecho de propiedad, en términos tales que de restringirse alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, se hace inmediatamente procedente el derecho a indemnización, pues sin despojar al titular de su vinculación directa sobre la cosa, se le deja en el hecho con una titularidad vacía o nominal; y por otra, *la privación del dominio*, pues desde que se priva del dominio o de alguno de sus atributos o facultades, o del bien objeto del derecho, hay una desvinculación entre el titular del derecho y la cosa, precisamente en aquello que se priva, y connaturalmente, el contenido esencial de la propiedad no solo es mermado o reducido, sino que simplemente desaparece la propiedad como vínculo de un sujeto determinado sobre una cosa. Habiendo estudiado la primera de dichas situaciones y su deslinde con el contenido esencial de la propiedad, nos corresponde ahora analizar la privación por medio de la expropiación.

La privación de dominio en palabras de Cea Egaña "supone la sustracción positiva o pérdida de un contenido patrimonial de cuya integridad previa se parte"⁴⁹. Y en tanto supone un des-

⁴⁷ Nuestra Constitución señala en el inciso 2° del N° 24 del artículo 19: "Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella..."

⁴⁸ Rozas Vial, Fernando, "Derecho Civil: Los Bienes", Distribuidora Forense Limitada, 1984, p. 87.

⁴⁹ Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 62.

pojo o detrimento patrimonial, la privación lleva aparejada *per se* el derecho a ser indemnizado por el monto del daño causado, a la vez que importa la extinción del derecho de dominio para su titular en el total o la parte del bien, los atributos o facultades de la propiedad que son objeto de la privación.

Ahora bien, conforme a nuestra actual Constitución la única vía para privar a una persona de lo suyo, de aquello que le es propio y sobre lo cual ejerce su derecho de propiedad, es la expropiación; institución de contornos definidos en el propio artículo 19 N° 24 inciso 3°. Hugo Caldera define a la expropiación como “una institución de derecho público, constitucional y administrativo, que se concreta con la dictación de un acto administrativo, emitido en el ejercicio de la potestad pública expropiatoria, contenida en la Constitución Política y en la ley autorizante, y destinado a radicar una propiedad de dominio privado en el patrimonio de un órgano público, a título originario, previo el pago de la indemnización convenida con el expropiado o determinada por el juez ordinario”⁵⁰.

Veamos brevemente los elementos que caracterizan a la expropiación en nuestra Carta Fundamental;

c.1) ley de expropiabilidad y acto expropiatorio

La expropiación –tal como sostiene Caldera⁵¹– supone la participación de tres normas de distinto grado; i) la Constitución, que contempla la existencia de esta institución como medio de privar el dominio; ii) la ley, que debe calificar los motivos de la expropiación y autorizar al órgano estatal para que proceda a efectuarla y, iii) el acto administrativo por el cual se concretiza la expropiación, y en cuya virtud se ve materializada la privación de dominio.

La Constitución en cuanto base primigenia del ordenamiento jurídico, sienta a su vez, las bases que *la ley* debe llenar para revestir a la expropiación de plena validez, a saber:

- i) Solo en virtud de una ley general o especial se puede privar de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. La ley especial “es aquella en que el legislador individualiza el bien expropiado”⁵². Por su parte, la ley general “es aquella que señala las pautas o criterios que ha de tomar en cuenta el órgano que disponga el acto expropiatorio al determinar el bien afecto a la declaración del legislador”⁵³.
- ii) Dicha ley general o especial, debe calificar la expropiación por causa del interés nacional o la utilidad pública que la justifica, autorizando con su mérito la expropiación correspondiente⁵⁴. La utilidad pública es “un bien jurídico que implica “beneficio colectivo” sin relación a personas o grupos”⁵⁵. El interés nacional en tanto “puede englobar todos los bienes jurídicos que tengan alguna significación general o en que juegue o se haga presente un imperativo de acción de la autoridad pública para promover o defender el bien común de la nación y de sus integrantes”⁵⁶. Entendidos así ambos conceptos, pareciera ser que el derecho a acceder a las playas de mar para su uso, incluso por medio de un predio privado colindante en cuanto beneficia a toda la comunidad y supone para su actualización una intervención estatal, es comprensivo tanto de la “utilidad pública” como del “interés nacional”.
- iii) La ley no provoca directamente la privación del dominio, “sino que simplemente habilita o permite al poder administrador decretar la expropiación dentro de las bases señaladas por la ley”^{57, 58}.

⁵² Silva Bascañán, Alejandro, “Legalidad de la expropiación”, R.Ch.D., Volumen 23, N° 1, p. 114.

⁵³ Silva Bascañán, Alejandro, *ídem*.

⁵⁴ Como bien advierte Cea, “el legislador ha de cumplir su rol calificador y autorizante antes que se practique la expropiación, pues el acto administrativo que expropia tiene que fundarse en una ley que previamente permitió dictarlo y cumplirlo”. (Cea Egaña, José Luis, *ob. cit.*, p. 62).

⁵⁵ Evans de la Cuadra, Enrique, *ob. cit.*, p. 464.

⁵⁶ Evans de la Cuadra, Enrique, *ídem*.

⁵⁷ Silva Bascañán, Alejandro, *ob. cit.*, p. 113.

⁵⁸ Lo anterior ha llevado a que autores como Cea Egaña hablen distintivamente de “ley de expropiabilidad”, por una parte, y “acto expropiante”, por otra, reservando a este último la privación de dominio. Silva Bascañán en

⁵⁰ Caldera Delgado, Hugo, “Algunas consideraciones en torno a la expropiación”, R.D.J., Tomo 83, Primera Parte, p. 67, 1986.

⁵¹ Caldera Delgado, Hugo, *ob. cit.*, p. 68.

El *acto expropiatorio o expropiante* es aquel que actualiza la habilitación legal, efectuando la privación de dominio. En este sentido, jamás puede una ley por sí sola privar del dominio, sino que requiere necesariamente de un acto por cuya virtud se materialice la expropiación. Así, el acto expropiatorio será siempre un acto administrativo que, conforme a la preceptiva constitucional, solo podrá dictarse en presencia de una ley que autorice la expropiación⁵⁹.

c.2) reclamo de la legalidad del acto expropiatorio

Frente a la institución de la expropiación, el particular no queda desprovisto de mecanismos constitucionales para defender sus intereses, desde que tanto la ley como el acto expropiatorio son susceptibles de ser impugnados. En lo tocante a la ley, ocurre que en virtud del principio de supremacía constitucional esta debe sujetarse a la Constitución Política del Estado, de manera que si una ley de expropiabilidad la contraviene, por ejemplo omitiendo la causal en que se funda o invocando una utili-

dad pública o interés nacional inexistente, tal ley es susceptible de ser declarada inconstitucional por medio del recurso de inaplicabilidad, y el acto ejecutado en razón de ella será nulo, por cuanto carece de la competencia legal para llevarse a cabo, pues la ley habilitante es inconstitucional. Por su parte, tratándose del acto expropiatorio, el artículo 19 N° 24 inciso 3° señala expresamente que "El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios" de justicia. Es decir, dicho acto también puede ser impugnado si no se encuentra en sujeción a la norma legal habilitante, y a la potestad pública conferida y procedimiento fijado por esta para su ejecución. Aún más, hay autores como Caldera que consideran que dicho acto –en cuanto acto administrativo– es nulo si no tiene a la vista un interés público, esto es, un propósito de bien común en que se funde.

c.3) derecho a indemnización

No abordaremos aquí todos los contornos de esta institución. Bástenos decir que conforme a nuestra Constitución, y en particular a la regulación que en ella se hace del derecho de propiedad, la expropiación va atada indisolublemente a la justa indemnización, de manera que no puede concebirse la aplicación de la primera sin el debido reconocimiento de la segunda. Esto fluye de la expresión utilizada por el constituyente "el expropiado (...) tendrá siempre derecho a indemnización". Tal derecho es equivalente al daño patrimonial efectivamente causado, "comprendiendo el daño emergente, el lucro cesante, los perjuicios directos y los previstos o que debieran preverse por el expropiante. Se trata de dejar patrimonialmente indemne al afectado, pero jamás beneficiarlo con una utilidad adicional, que constituiría un enriquecimiento sin causa"⁶⁰. De esta manera, si concibiéramos como una privación de dominio al acto por el cual se impone la obligación de habilitar una faja de terreno que atraviesa un predio particular colindante con la playa de mar para facilitar un acceso público y expedito a esta, debiéramos concluir que ello solo es posible vía expropiación, y siempre reconociendo a favor del afectado una reparación pecuniaria total.

el mismo sentido, señala que "era perfectamente lógico que nuestro ordenamiento condujera a encuadrar la intervención del legislador a fin de no atribuirle la facultad de provocar la expropiación, tan solo por la calificación que le corresponde hacer, sino que su función se limite a dar causa para que el poder administrativo tome la decisión de consumir la expropiación prevista en la ley (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, ob. cit., p. 113). Y era perfectamente lógico porque en primer término, en palabras del profesor Cea, si se aceptaba que fuera la ley la que expropiara, el expropiado no tendría derecho a reclamar directamente en contra de ella, en circunstancias que la Constitución asegura el derecho a la defensa jurídica en favor de todos los habitantes. Por otra parte, y en abono de lo anterior, aparece una razón de orden lógico-normativo, mientras la ley es una norma de carácter general y abstracta llamada a regular una generalidad de casos, es la actividad administrativa la llamada a aplicar a situaciones fácticas y concretas tales disposiciones normativas.

⁵⁹ En cuanto acto administrativo, el acto expropiatorio debe reunir los requisitos de tales, que como señala Caldera, son; a) que la actuación emane de un órgano-funcionario; b) que la actuación tenga como fundamento o antecedente la existencia de las circunstancias de hecho y de derecho establecidas en la norma que le confiere competencia; c) que el acto administrativo expropiatorio emane con plena sujeción y acatamiento al procedimiento a que debe ceñirse su elaboración; d) que el acto se oriente, efectiva y realmente, hacia la obtención precisa del fin de interés público, para el cual se confirió la potestad pública que se está ejerciendo.

⁶⁰ Evans de la Cuadra, Enrique, ob. cit., p. 464.

Diremos, finalmente, que los incisos cuarto y quinto del artículo 19 N° 24 continúan regulando el derecho a la indemnización. El primero de tales incisos se refiere a la fijación del monto de la indemnización cuando no haya acuerdo entre expropiante y afectado y a la forma de pago del mismo. El inciso 5° en tanto regula la toma de posesión material del bien expropiado, siendo destacable que ello solo tiene lugar previo pago total de la indemnización.

2. Estatuto jurídico que consagra y protege el acceso libre y gratuito a la playa de mar para su uso

Nuestro ordenamiento jurídico no ha sido indiferente al problema que genera la existencia de predios particulares colindantes con las playas y que impiden el acceso a las mismas. Desde que comenzaron a asentarse enclaves privados en la costa chilena en forma continua y ascendente, nació un interés creciente de la autoridad pública en regular esta nueva situación, sobre todo para amparar el uso público que las playas deben naturalmente reportar a todos los habitantes de la Nación, e impedir que frente a este nuevo escenario se fueran privatizando playas enteras, y la calidad de bien nacional de uso público que estas detentan quedara solamente bajo una declaración formal e inefectiva, desarraigada totalmente de su destino real. Por cierto, este interés se manifestó en la dictación de normas precisas llamadas a solucionar este conflicto entre propietario particular y utilidad pública.

A. Normas pertinentes

El primer antecedente legal se encuentra en el derogado Decreto Ley N° 574 que establecía en su artículo 6°:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, que constituyan bienes nacionales de uso público deberán facilitar el acceso a estos, para fines turísticos o de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

El incumplimiento de la obligación contenida en el inciso anterior dará derecho a cualquier persona para solicitar del Intendente de la respectiva provincia que establezca una servidumbre de tránsito que permita llegar a esos lugares.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente, previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados.

En contra de la resolución del Intendente podrá reclamarse ante el respectivo Consejo Regional de Turismo, dentro del plazo de 30 días, contado desde la notificación del afectado”.

Asimismo, el artículo 7° del mismo Decreto Ley señalaba que:

“A solicitud de los interesados, los Intendentes y Gobernadores podrán ordenar con auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario, la reapertura de caminos y senderos cuyo uso sea necesario, que particulares propietarios o no, hayan cerrado.

De la resolución de los Intendentes y Gobernadores podrá reclamarse por los afectados ante el Juzgado de Letras de Mayor Cuantía, en juicio sumario; pero tal reclamación no impedirá que entre tanto se cumpla lo ordenado por la autoridad administrativa, sin que la autoridad judicial pueda enervar lo resuelto por estas autoridades, sino por la sentencia de término ejecutoriada recaída en la reclamación”.

Ambas disposiciones ya citadas fueron derogadas por el artículo 78 de la Ley N° 18.899 de 1990. Con todo, ya mucho antes –en 1977–, la materia en estudio había quedado entregada al nuevo cuerpo legal que se dictó sobre la adquisición, administración y disposiciones de bienes del Estado: el Decreto Ley N° 1.939.

Dicho decreto ley constituyó el intento serio del Gobierno de la época de crear “un sistema racional, unitario y coherente de disposiciones que se adapten a las actuales orientaciones del rol del Estado y que puedan aplicarse armónicamente junto a las normas sobre regionalización del país...”⁶¹.

⁶¹ Mensaje del Decreto Ley N° 1939, publicado en el Diario Oficial N° 29.908, de 10 de noviembre de 1977.

Es en el artículo 13 de dicho cuerpo legal donde se contiene una norma que regula el tema de acceso a las playas de mar, en términos muy similares a como lo hacía el Decreto Ley N° 574. En efecto, dispone la norma citada que:

“Los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos, deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto.

La fijación de las correspondientes vías de acceso la efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección⁶², previa audiencia de los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos y, si no se produjere acuerdo o aquellos no asistieren a la audiencia, el Intendente Regional las determinará prudencialmente, evitando causar daños innecesarios a los afectados. De esta determinación podrá reclamarse a los Tribunales Ordinarios de Justicia dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la Dirección, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados.”

Como puede apreciarse en virtud de la norma transcrita, cualquier persona que vea restringida su posibilidad de acceder a una playa de mar, y hacer uso de ese bien nacional de uso público, podrá solicitar al Intendente Regional la fijación de un acceso público y gratuito que le permita materializar su legítima aspiración de usar las playas. Para ello, sin embargo, se deben reunir ciertos requisitos y sujetarse a determinados procedimientos previstos en el artículo 13 citado.

Los requisitos exigidos en forma copulativa para solicitar la habilitación de un acceso a la playa de mar son:

- a) Que el acceso sea a través de terrenos colindantes con la playa de mar.
- b) Que el acceso sea solicitado para la realización de actividades con fines turísticos o de pesca.
- c) Que no existan otros vías o caminos públicos de acceso a la playa de mar.

Por su parte, el procedimiento que se debe seguir es básicamente el siguiente:

- a) Presentación por escrito de la solicitud de fijación de acceso a la playa de mar, al Intendente Regional.
- b) El Intendente citará a una audiencia que se realizará con los interesados, y los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos, con el objeto de proceder a la fijación de la vía de acceso. Si no se produjere acuerdo o los afectados no asistieren a la audiencia, el Intendente determinará prudencialmente la vía de acceso.
- c) El Intendente, a través de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales respectiva, dictará la resolución que fija la vía de acceso gratuita respectiva.
- d) Si el afectado no está de acuerdo con la resolución dictada, puede reclamar dentro del plazo de 10 días ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, los que resolverán con la sola audiencia del Intendente y de los afectados.

Es aquí donde nos encontramos con el primer gran propósito de nuestro estudio. Desde luego, hemos advertido el conflicto que se suscita respecto del uso de la playa de mar con motivo del establecimiento de propiedades privadas colindantes que impiden el acceso a aquellas, y en seguida, nos hemos abocado al estudio del estatuto jurídico-constitucional del propietario particular. Hemos finalizado la tarea con la enunciación de las soluciones legislativas que se han implementado al respecto, y un breve esquema de los requisitos y procedimientos previstos en ellas.

Nos corresponde ahora analizar el contenido del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, a fin de concluir, bajo un análisis estrictamente jurídico, si la proposición legal envuelta en dicha norma resuelve la controversia que aquí se suscita con sujeción a nuestra Constitución y con pleno respeto a los derechos esenciales de la persona humana.

B. *Análisis del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939; un decreto ley enteramente inconstitucional*

¿Es el régimen del artículo 13 un régimen conforme con la Constitución?, ¿respetivamente el derecho de propiedad en los términos previstos en la Carta Política actual?, ¿qué

⁶² Por Dirección, debe entenderse al Ministerio de Bienes Nacionales, el cual actúa a través de la Secretaría Regional Ministerial respectiva (SEREMI).

es en realidad el "acceso gratuito" a la playa de mar? ¿cuál es su naturaleza?, ¿es una limitación derivada de la función social de la propiedad?, y si es así, ¿atenta o no contra el contenido esencial del derecho de propiedad? o ¿es, por el contrario, una verdadera privación de los atributos y facultades esenciales del dominio?

Todas estas preguntas son gravitantes al momento de dilucidar si el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 guarda o no armonía con nuestra Constitución, y aún más, si respeta nuestra institucionalidad jurídica en general. Y son tan gravitantes porque en un tema aparentemente "pequeño" como sería el acceso a las playas de mar, renacen con fuerza las discusiones más trascendentes acerca de la función, naturaleza y contenido de nuestras instituciones jurídicas más básicas y a la vez importantes en cuanto sostén de un Estado de Derecho.

A nuestro juicio, el sistema actual de acceso a las playas de mar es la expresión más acabada de una ignorancia jurídica descollante, o quizás, de la realidad de que muchas veces se instauran sistemas que adolecen de graves inconstitucionalidades y que desconocen la naturaleza de instituciones jurídicas claramente construidas, por obedecer a designios ajenos al conocimiento y rigor que merece la ciencia jurídica y más cercanas a soluciones de índole política.

En el artículo 13 del Decreto Ley, el legislador se las ingenió para presentarnos el cúmulo más variado de inconstitucionalidades que alguien se pueda imaginar. Sin embargo, a fin de hacer un análisis ordenado y sistemático, abordaremos primero las inconstitucionalidades que explícitamente contiene la norma y que dicen fundamentalmente relación con el derecho de propiedad, para luego seguir con aquellas que importan un verdadero atentado a nuestro sistema constitucional en general. A las primeras llamaremos "inconstitucionalidades específicas", porque dicen relación con aspectos determinados y precisos de instituciones jurídicas; a las segundas, en cambio, las denominaremos "inconstitucionalidades genéricas", porque afectan a instituciones jurídicas previstas en nuestro ordenamiento, en forma general⁶³.

B.1) Inconstitucionalidades específicas:

La norma transcrita atenta contra diversos aspectos del derecho de propiedad, y también contra otras instituciones como la habilitación de potestades públicas y determinadas materias de orden jurisdiccional, según veremos.

a) *la gratuidad del acceso*. En el inciso 1° del artículo 13 se contempla la posibilidad de que los propietarios colindantes con las playas de mar faciliten "gratuitamente" el acceso a estas. Esta exigencia es a todas luces inconstitucional, pues la imposición de un acceso gratuito causa un daño patrimonial efectivo a su titular y que debe ser, por consiguiente, totalmente indemnizado. Pero para llegar a esta conclusión es necesario definir la naturaleza del acceso a las playas, para determinar si es en definitiva una limitación derivada de la función social de la propiedad que respeta el contenido esencial de esta, una verdadera privación, o bien, una limitación que aunque se funde en la función social de la propiedad, en el hecho sustraiga al titular del contenido esencial del derecho de propiedad.

Sigamos en esta materia a la sabia jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

"23° Que, a juicio de este Tribunal la obligación de los propietarios colindantes con las playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a estas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de este o una imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales de uso, goce,"⁶⁴

De esta manera, según cierta doctrina, la gratuidad del acceso no pareciera atentar contra la Constitución, pues si las limitaciones impuestas en razón de la función social de la pro-

que precisamente versaba sobre el procedimiento para la fijación de vías de acceso a playas de mar, ríos y lagos. En dicho Reglamento, como veremos, se reiteran las normas del artículo 13 en términos casi idénticos, pero se incurre todavía en nuevas y más flagrantes inconstitucionalidades. En este sentido, el fallo del Tribunal Constitucional no solo viene a poner fin a atentados manifiestos a la Constitución, sino que sobre todo aborda el tema con claridad y acierto, poniéndolo justo en la perspectiva constitucional en que siempre se ha debido encontrar.

⁶⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N° 245, 2/12/96, publicada en el D.O. el 2 de diciembre de 1996.

⁶³ Para hacer este análisis nos valdremos frecuentemente de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1 del 6 de agosto de 1996,

piedad, respetan íntegramente el contenido esencial del dominio, no hay daño susceptible de indemnización. Sin embargo, vimos que tales limitaciones dan lugar a la indemnización toda vez que se afecte el contenido esencial del dominio, como ocurre o suele ocurrir las más de las veces⁶⁵. Pues bien, precisamente esta circunstancia es lo que hace inconstitucional la gratuidad del acceso. Se trata de una limitación al dominio que afecta claramente las facultades y atributos esenciales del dominio. Citemos nuevamente al respecto el fallo del Tribunal Constitucional:

“34° Que, esta vía de acceso es evidente que causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son especialmente el uso y el goce del terreno”.

Al no establecer el Decreto Ley cómo se puede hacer uso de la vía de acceso, ello puede permitir un tránsito peatonal y de vehículos y obligará a dichos propietarios colindantes a adoptar una serie de medidas que no hay duda que causarán daño y además, si bien no les priva del dominio del terreno de la vía de acceso, *“se les limitan las facultades de uso y goce de tal forma que estas pasan a constituir en la práctica más que una limitación una privación parcial del uso y goce del ejercicio del derecho de dominio”.*

“En este caso no hay privación total del uso y goce pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que este debe ser indemnizado”⁶⁶.

⁶⁵ Esta afirmación es sostenida por la doctrina nacional, y también por el propio Tribunal Constitucional, particularmente en el fallo en comento. En el considerando 24° señaló: “Que, de acuerdo al artículo 19 N° 24, de la Constitución Política, las limitaciones y obligaciones al dominio deben ser impuestas por ley y derivan de la función social que tiene que cumplir la propiedad, y como bien lo ha dicho este Tribunal, en sentencia Rol N° 146, de 21 de abril de 1992, no pueden afectar la esencia del derecho, de acuerdo al artículo 19, N° 26, de la Constitución Política de 1980”.

⁶⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, ídem. En todo caso, más adelante veremos que las prevenciones particulares del ministro Ricardo García, consignadas al final del fallo, son todavía más enfáticas en considerar que el establecimiento de las vías de acceso a las playas de mar constituyen “efectivas privaciones de atributos o facultades esenciales del dominio” y “que como privaciones efectivas, darán derecho a indemnización”.

Creemos que la opinión sentada es totalmente acorde con nuestro estatuto jurídico de la propiedad, que siempre deja a salvo el contenido esencial del derecho de propiedad, y adicionalmente protege la real vigencia del artículo 19 N° 26 ya estudiado. Además, a nuestro juicio, con el acceso gratuito a la playa de mar se lesiona no solo las facultades de uso y goce que detenta el propietario colindante, sino también un atributo considerado “esencial” por la generalidad de la doctrina, como es la exclusividad del dominio, que significa para el titular la posibilidad de ejercer las facultades que le son propias, sin intromisión de terceras personas⁶⁷. Lo interesante del fallo es que reconoce la procedencia de indemnización, aun cuando la limitación no importa una privación total del uso y goce, es decir, se contempla expresamente la procedencia de la indemnización aunque la afectación del contenido esencial sea solamente parcial –en otras palabras, se indemniza aunque el cercenamiento, la reducción o constreñimiento del contenido esencial y no solamente su privación total.

También resulta acertada la referencia del Tribunal Constitucional respecto a la absoluta indeterminación en el uso de la vía de acceso –¿es peatonal o de vehículos?–, pues ello en la práctica puede importar un serio atropello a las facultades del propietario. Finalmente, hacemos presente que el propio Decreto Ley es bastante realista al reconocer la ocurrencia de daños, sin embargo nada dice en cuanto a su indemnización⁶⁸.

¿De dónde nace entonces el derecho a indemnización? El artículo 13 evidentemente no lo contempla, y la Constitución tampoco señala expresamente que proceda el derecho a indemnización, cuando haya una afectación esencial del derecho de propiedad. Nuevamente, seguiremos al Tribunal Constitucional que en el fa-

⁶⁷ Evidentemente, con un acceso público, el uso y posiblemente el goce de la faja de terreno habilitada para tal efecto queda entregado no “exclusivamente” al propietario particular, sino que a todos los usuarios del acceso.

⁶⁸ En el inciso 2° del artículo 13, la ley se pone en el caso que las partes involucradas no hayan llegado a un acuerdo para la determinación de las vías de acceso y autoriza al Intendente para fijarla, el que en todo caso deberá hacerlo “evitando causar daños innecesarios a los afectados”. A contrario sensu, fluye que necesariamente existirán daños que deberá soportar el propietario afectado.

llo concluye de manera concisa la existencia de este derecho a indemnización.

En la sentencia de dicho Tribunal, primero se establece que solo en los estados excepcionales de asamblea y de catástrofe el constituyente había señalado expresamente que procedía la indemnización frente a limitaciones impuestas al derecho de propiedad. En estos casos, se exigía para ello de la concurrencia de dos circunstancias: que se causara daño y que significara una privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (considerando 30°).

Más adelante, el Tribunal Constitucional aplica un principio de hermenéutica constitucional de plena validez: "La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía" (considerando 31°), y luego de citar distinta jurisprudencia en que se ha aplicado este principio, terminó por señalar que se debe utilizar este mismo criterio para ver si el Estado debe pagar o no indemnización por la vía de acceso gratuito que se impone a los propietarios colindantes, es decir, "es preciso determinar si esta limitación causa daño y si afecta alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio"⁶⁹; concluyó finalmente en los considerandos 33° a 35° que efectivamente concurren tales circunstancias, y que, en consecuencia, el propietario afectado tiene derecho a ser indemnizado por el daño patrimonial causado.

En abono de lo anterior, recuerda el fallo citado que el principio de responsabilidad del Estado es una realidad innegable en nuestro derecho, desde que la propia Constitución la reconoce en diversas disposiciones⁷⁰, de lo cual fluye que el Estado debe indemnizar a los propietarios por los daños causados mediante la fijación de la vía de acceso a la playa de mar. En síntesis, su opinión queda claramente resuelta en dos considerandos que a continuación citamos:

"39° Que, por lo expuesto anteriormente este Tribunal destaca que si la Constitución establece que en ciertos estados de excepción las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño (...)"

"40° Que, como se ha visto de los considerandos anteriores de esta sentencia la limitación al dominio que impone el Decreto Supremo N° 1, de Bienes Nacionales, de 1996, si bien no priva totalmente de los atributos de uso y goce de la propiedad, en el hecho hace ilusorio estos atributos, de lo que resulta en la realidad una privación de ellos que causa un daño que debe indemnizarse por la autoridad".

Con todo, el Tribunal Constitucional cierra su exposición con un argumento más. Señala que "el espíritu general de nuestra legislación bajo la vigencia de la Constitución de 1980" ha sido el pago de indemnizaciones ya sea por el Estado o los particulares que establecen servidumbres o limitaciones que afectan el uso o el goce de la propiedad, citando como ejemplo de ello a la Ley N° 18.755 del 7 de enero de 1989, artículo 7 letra j), que establece que el Director del Servicio Agrícola y Ganadero, servicio público funcionalmente descentralizado, deberá disponer el pago de indemnizaciones por restricciones que se impongan a predios rústicos; la Ley de Servicios de Gas, N° 18.856; el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, sobre Ley General de Servicios Eléctricos, y la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, todas las cuales obligan a los particulares a pagar indemnizaciones por las limitaciones al dominio. (Cons. 41°)⁷¹.

En definitiva, concluye que "interpretando las normas constitucionales en un sentido armónico y de acuerdo a los principios generales

⁶⁹ Considerando 32°, sentencia T.C., ídem.

⁷⁰ Véanse al respecto los artículos 6° y 7° que en caso de infracción a la Constitución por parte de las autoridades, da origen a su responsabilidad; los artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2° que protegen los derechos de la persona humana e imponen al Estado el deber de respetarlos y promoverlos; en fin, el artículo 38 inciso 2° que prevé la responsabilidad de la Administración por el daño causado.

⁷¹ A ello debemos agregar un notable argumento del profesor Bertelsen para comprobar que un daño ocasionado al propietario afectado y no indemnizado, merece serios reparos de índole constitucional. Señala el autor citado que "de admitirse la procedencia de este gravamen habría necesariamente que indemnizar al propietario, puesto que imponerle la obligación de conceder una vía de paso sin resarcirle los perjuicios causados significa, a mi parecer, una diferencia arbitraria, no justificada, que infringe la garantía de igualdad ante la ley que la Constitución asegura a toda persona" (Bertelsen Repetto, Raúl, ob. cit., p. 6).

y a los valores que inspiran el texto, este Tribunal estima que el Decreto Supremo N° 1, de 1996, al establecer la posibilidad que se imponga a los propietarios de los terrenos colindantes con playas, una vía de acceso a dichos bienes nacionales de uso público en forma gratuita, sin pago de indemnización, *atenta contra claras disposiciones constitucionales y causa daño por lo que debe acogerse el requerimiento planteado*". (Cons. 42°)⁷².

b) *la violación del contenido esencial del derecho de propiedad*. No hay duda que el artículo 13 supone una afectación a los atributos y facultades esenciales del dominio. No es, en lo formal, una verdadera privación de dominio, pues mientras en la fijación de las vías de acceso bajo la ley actual, se deja al titular vinculado todavía a la cosa, pero con una titularidad absolutamente simbólica y sin real vigencia, en una expropiación la faja de terreno que es objeto de la expropiación, con miras a la habilitación de un acceso a la playa, se desliga de su dueño, pues precisamente le es "privado", esto es, despojado de lo suyo, y radicado en el dominio de un ente público —supongamos, el Ministerio de Bienes Nacionales. Sin embargo, dicha fijación de vías de acceso resulta en la práctica constituida como una verdadera privación, pues "priva" totalmente de un atributo esencial de la propiedad como es la exclusividad, y "priva" asimismo, a lo menos parcialmente, de dos facultades que constituyen el contenido esencial de la propiedad, como son el uso y el goce del terreno colindante, de lo que resulta que el propietario se ve despojado del "uso y goce exclusivo del bien sobre que recae su derecho de propiedad".

⁷² Pese a que resulta innegable que la fijación de una vía de acceso es una limitación que afecta la "esencia del derecho de propiedad" y que, por ende, debe indemnizarse, podemos decir que la gratuidad del acceso tiene otra seria objeción que don Raúl Bertelsen se encarga de señalar y que la haría inviable en los términos concebidos en la norma, aun cuando tal limitación no afectara el contenido esencial del dominio, cuestión que es ilusoria. Dice Bertelsen específicamente acerca del alcance de la expresión "los fines turísticos o de pesca" que "(...) serán indubitables en aquellos interesados que quieran acceder a tales lugares para su propia recreación y para desarrollar una pesca de tipo deportivo, pero me parece que no debe aceptarse que concurren cuando se trate de una actividad económica basada en el turismo o en la pesca, pues aquí estamos ante una finalidad de índole lucrativa para lo que sería contradictorio facilitar a quienes la desarrollan el acceso gratuito a través de propiedades privadas". (Bertelsen Repetto, Raúl, ob. cit., p. 2).

Vimos que esta limitación derivada de la función social de la propiedad es de tal manera onerosa que importa el sacrificio —por lo menos, parcial— de las facultades esenciales de uso y goce y del atributo de la exclusividad. No ahondaremos en esto, pero para clarificar dejaremos un ejemplo. Supongamos que una empresa agrícola estuviera cosechando trigo en toda la extensión de un predio colindante con la playa de mar que tiene un paño de 100 hectáreas (1.000 m x 1.000 m), y en que dicha playa carece de algún acceso. De imponerse una vía de acceso "peatonal" de 2 metros de longitud, se estaría constituyendo una faja de acceso de 2.000 metros cuadrados, en la que evidentemente quedaría vedado al propietario el uso particular que le daba al terreno (cosecha de trigo) y el goce, traducido en los frutos que significan el ingreso económico que le reporta la cosecha en dicho sector. En otras palabras, no estaría usando y gozando libremente de su propiedad, sufriendo un menoscabo pecuniario, y sin recibir indemnización alguna. Ni pensar cuál sería la pérdida sufrida en caso que el acceso habilitado fuera por ejemplo para vehículos.

c) *la celebración de la audiencia en que se fija la vía de acceso con la asistencia del propietario, arrendatario o tenedor de la propiedad afectada*. Estamos en presencia de otra aberración jurídica que contiene nuestro artículo en estudio. Una vez que alguien presenta una solicitud de fijación, el primer paso es que el Intendente Regional cite a una audiencia al solicitante conjuntamente con el propietario, a fin de alcanzar un acuerdo sobre la fijación de la vía de acceso. Pero además, increíblemente, dicha audiencia puede realizarse con el "arrendatario" o incluso con el "tenedor de la propiedad afectada". Nos preguntamos ¿desde cuándo una persona que detenta una propiedad a título ajeno, sin tenerla con ánimo de señor y dueño, puede, sin embargo, disponer una medida que altera sustancialmente su uso y su goce, pero sobre todo la exclusividad que solo compete al verdadero dueño alterar? Acaso ¿no parece por lo menos curioso que se pueda imponer un gravamen de esta naturaleza sobre una propiedad, sin siquiera oír al verdadero titular del dominio, y con la sola audiencia de un arrendatario o tenedor que no son quienes ven privadas facultades propias, exclusivas y esenciales del dominio, precisamente porque carecen de él? Es cierto que el arrendatario tiene facultades de uso y goce du-

rante la vigencia del contrato de arrendamiento, pero ello no es suficiente para alterar el estatuto jurídico de la propiedad del verdadero dueño, pues la fijación de la vía de acceso opera en la práctica como un gravamen real, y por lo mismo, va aparejada a la propiedad, sin consideración al arrendatario que acordó su imposición, y aun cuando al contrato referido se le haya puesto término por cualquier causa legal.

En fin, no solo se impone una limitación que en la práctica opera como una verdadera privación de dominio, sino que además se permite que tal limitación sea establecida a espaldas del dueño de la propiedad afectada y sin mediar notificación alguna que lo ponga en conocimiento de dicha medida.

d) *la determinación prudencial de las vías de acceso por parte del Intendente.* Hemos estudiado los rasgos más distintivos de las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad, y hemos visto cómo el constituyente quiso garantizar, con el principio de reserva legal, la imposición de tales limitaciones, entendiéndose por nuestra jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la ley está llamada a regular con la mayor determinación posible la limitación de que se trate, dejando un campo de acción reducido a la potestad reglamentaria. Y por cierto, excluyéndose cualquier posibilidad de establecer limitaciones de esta naturaleza por un simple acto administrativo, como por ejemplo un oficio del Intendente Regional.

Pues bien, en este caso, nuevamente se desconoce toda nuestra regulación constitucional, cuando en el inciso 2º del artículo 13 se autoriza expresamente al Intendente para que, a falta de acuerdo entre solicitante y afectado, proceda a fijar “prudencialmente” las vías de acceso a las playas de mar. Es decir, se le atribuye la potestad pública de imponer, según su arbitrio, limitaciones a la propiedad que, más encima, la alteran en su contenido esencial, en circunstancias que solo es el legislador el llamado a dar las pautas para fijar esta clase de limitaciones.

Lo cierto es que no habiendo acuerdo entre las partes involucradas sobre la determinación de una vía de acceso a la playa, tal situación debió haber sido prevista por la ley, la que tiene en forma exclusiva y excluyente el deber de entregar una solución legal que dirima el asunto. El Intendente carece, pues, de cualquier posibilidad de atribuirse facultades para imponer limitaciones a la propiedad, y el hecho que en

este caso lo puede hacer todavía “prudencialmente”, deja la declaración en el más completo absurdo.

Finalmente, resulta de meridiana claridad concluir que una atribución como la dada al Intendente haría más proclive todavía la violación flagrante al artículo 19 N° 26 de la Constitución. Como sostiene Bertelsen: “En su sentencia de 30 de octubre de 1995, el Tribunal ha dicho que toda limitación ha de ser precisa, igual, incuestionable y determinada, para ajustarse a la Constitución, y es dudoso que el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 –y menos el reglamento– lo haga, *dada la amplitud de las atribuciones de que aparece investido el Intendente Regional para determinar las vías de acceso, autoridad que ha de actuar ‘prudencialmente’ aunque ‘evitando causar daños innecesarios a los afectados’*”^{73, 74}.

e) *la atribución de potestades públicas difusas al Intendente y a la Secretaría Regional Ministerial.* El gobierno y la administración superior de la región reside en el Intendente y para la ejecución de su cometido este cuenta con otros entes, según la materia de que se trate, entre ellos, la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, órgano subordinado del Ministerio de la misma denominación.

Ahora bien, lo normal es que la ley radique en el jerarca máximo las atribuciones o poderes jurídicos correspondientes a su gestión –lo que Soto Kloss denomina “competencias concentradas”–, pero puede ocurrir que la ley no atribuya esos poderes jurídicos al jefe superior, “sino que, precisamente, para agilizar la gestión burocrática de la organización, extrae o saca de la

⁷³ Bertelsen Repetto, Raúl, ob. cit., página 6.

⁷⁴ El mismo principio lo recoge el fallo del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de Ley de Prensa, rol N° 226, del 30 de octubre de 1995, cuando señala en su considerando 47º: “Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que toda pretendida limitación o restricción a un derecho constitucionalmente asegurado, puede establecerse únicamente en los casos o circunstancias que en forma precisa y restrictiva indica la Carta Fundamental; y que, además, tales limitaciones deben ser señaladas con absoluta precisión, a fin de que no sea factible una incorrecta o contradictoria interpretación. Asimismo, esa exigida precisión debe permitir la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos los afectados, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación del momento en que aquellas limitaciones nacen o cesan”. (R.D.J., fallo cit., p. 202).

cúspide esos poderes (si a él han sido antes conferidos) o no los atribuye al directivo máximo (si son nuevos esos poderes), sino que los radica en un órgano inferior, frecuentemente en el nivel inmediatamente sucesivo a aquel máximo, sea en el orden funcional, sea en el orden territorial, tal como un Subsecretario, un Director Regional de Servicio Nacional, un *Secretario Regional Ministerial* (...)⁷⁵.

Esta institución es conocida como la desconcentración, que podemos definir como "la radicación de una o más potestades administrativas que hace la ley en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica de un ente de la Administración del Estado"⁷⁶. Pues bien, existe a nuestro juicio una verdadera desconcentración en el procedimiento previsto en el artículo 13 para la determinación de las vías de acceso a las playas de mar. Tal desconcentración consiste en que determinados poderes jurídicos, que corresponden al Ministerio de Bienes Nacionales, quedan radicados, sin embargo, en la Secretaría Regional Ministerial.

En efecto, el inciso 2° del artículo 13 dispone que: "La fijación de las correspondientes vías de acceso las efectuará el Intendente Regional, a través de la Dirección (...)", y más adelante agrega que de la resolución adoptada podrá reclamarse ante los Tribunales, dentro de diez días contados "...desde la notificación de la resolución de la Dirección (...)". Contempla, por lo tanto, una intervención de la Secretaría Regional Ministerial, premunida de potestades previstas por la ley para ello.

Sin embargo, no nos parece adecuada la referencia legal. ¿Cuál es el papel de la Secretaría Regional? ¿Qué rol está llamado a desempeñar en este procedimiento de fijación de las vías de acceso? ¿Es acaso un órgano asesor y meramente consultivo, o es, en definitiva, el que le señalará al Intendente la vía de acceso a adoptar? ¿Solo tiene el deber de notificar la resolución de un Intendente, o participa activamente en todo el procedimiento, prestando su cooperación e interviniendo en el desenvolvimiento del mismo?, y por otra parte, ¿qué atribuciones tiene por ende el Intendente Regional, o visto

de otra forma, cuáles no le han sido atribuidas por estar radicadas en la Secretaría Regional? Se trata de preguntas básicas, pues la desconcentración supone la radicación de potestades específicas, pero en este caso: ¿cuáles son estas potestades específicas?

La ley solo se ocupa de señalar que el procedimiento de fijación se realiza conjuntamente entre ambos, sin especificar las atribuciones exactas y definidas que competen a la Seremi de Bienes Nacionales y al Intendente. Es evidente que por la naturaleza de la desconcentración tales potestades deben estar perfectamente delimitadas en la ley autorizante de la misma. Pero nada de ello ocurre en el DL N° 1.939. No están definidas claramente las atribuciones, y por ende, nuevamente hay un campo amplio de discrecionalidad administrativa que no puede existir tratándose de limitaciones al derecho de propiedad, en virtud tanto de la reserva legal como de la naturaleza jurídica de la desconcentración⁷⁷.

f) *La falta de determinación del tiempo o duración que rige la vía de acceso señalada por el procedimiento*: El artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939 contiene normas sobre la fijación de una vía de acceso a la playa de mar. En dicho precepto legal se establecen requisitos para solicitar tal fijación y una serie de aspectos relativos al procedimiento a que da lugar la referida solicitud. Sin embargo, nada se dice en torno a la duración de la vía de acceso a la playa de mar o a las causas o circunstancias bajo las cuales se pone término a la vía de acceso habilitada⁷⁸.

⁷⁵ Soto Kloss, Eduardo, "La Desconcentración en el Derecho Administrativo Chileno", *Revista de Derecho Público*, N° 51/52, 1992, página 102.

⁷⁶ Soto Kloss, Eduardo, *ídem*.

⁷⁷ De hecho, la respuesta oficial del Gobierno no se ha hecho esperar. Mediante un "Manual para fijación de accesos", de octubre de 1997, señala que la Seremi de Bienes Nacionales "recopila los antecedentes e inspecciona el terreno para ofrecer la mejor alternativa al Intendente", y más adelante indica que esta "propone resolución para firma del Intendente y este ordena su notificación por carta certificada a las partes involucradas". Resulta una solución bastante poco feliz el regular estas materias por oficios, manuales u otros actos de ningún valor jurídico, en circunstancias que está comprometido una garantía constitucional, expresamente amparada por la reserva legal, y que la propia desconcentración prevista también solo es materia de ley, pues conforme al artículo 3° de la Constitución, la desconcentración se dará "en conformidad a la ley", y ni siquiera por DFL, porque como vimos, ello no procede cuando están comprometidas garantías constitucionales, como en la especie (art. 61 inc. 2° de la Constitución).

⁷⁸ Por cierto, creemos que hay en el artículo 13 una causal implícita que pone término al acceso habilitado para lle-

Lo anterior, sin duda que da lugar a una nueva objeción, porque si se trata de una privación de los atributos y facultades esenciales del dominio hecha sin indemnización alguna, el legislador por lo menos debió haber tenido la preocupación de señalar si ello se iba a realizar con el carácter de permanente o temporal. Un gravamen como el de un acceso gratuito y público, incorporado a la propiedad de un particular es decisivo no solo en el daño actual que ocasiona con la privación de dominio que lleva de suyo, sino que con la eventual proyección de una venta o transferencia de dominio a futuro. En efecto, el perjuicio económico que puede causar un gravamen de esta índole en el valor del terreno es algo que tampoco tuvo a la vista el legislador, y si se concibe tal gravamen como algo permanente, se está en el hecho declarando que toda las ventas, arrendamientos o cualquier otro acto de disposición sobre la propiedad siempre irá aparejada a dicho gravamen.

Ahora bien, si fuera una vía de acceso temporal, ¿cuál va a ser su duración?: 3, 5 o acaso 10 años. ¿Cuál será el criterio a utilizar para delimitar su vigencia temporal? y ¿quién será el encargado de hacerlo?: el Intendente Regional, la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales; en fin, los propios solicitantes en acuerdo con el afectado. Es precisamente de esta absoluta indeterminación del legislador de donde nacen dudas que pueden dar lugar a mayores controversias en el futuro, y cuya solución no puede ser omitida por el legislador y dejada a la discrecionalidad administrativa, máxime cuando se trata de limitaciones al dominio, que en el hecho importan una verdadera privación de los atributos y facultades esenciales de la propiedad.

Ello resulta todavía más lamentable si se observa que, a nivel jurisprudencial, se le ha dado al acceso a la playa de mar el tratamiento jurídico de un "gravamen real", esto es, que afecta directamente a la propiedad, sin consideración a las personas, y que, por lo mismo, subsiste, no obstante, su transferencia de dominio⁷⁹. Y

gar a la playa de mar. A nuestro juicio, el acceso debe ser eliminado cuando dejan de subsistir las causas que motivaron su fijación, como por ejemplo si se habilita un acceso público al efecto, o si se deja de utilizar la playa de mar para fines turísticos o de pesca.

⁷⁹ Véase al respecto el Apéndice "Nuestra jurisprudencia frente al Recurso de Protección y el acceso a las playas de mar", en la Tesis titulada "Régimen jurídico de acceso a las playas de mar", Pontificia Universidad Católica de Chile, julio de 1999.

probablemente con el objeto de atenuar lo inconstitucionalmente gravosa que resulta la actual situación para el propietario afectado, el Gobierno de turno ha adoptado la tesis contraria, esto es, que nunca puede tratarse de una servidumbre de tránsito con el carácter de permanente, creyendo que con ello va a salvar los atentados que la norma contiene⁸⁰.

B.2) Inconstitucionalidades genéricas:

El tratamiento jurídico actual de las vías de paso impuestas al predio particular colindante con las playas de mar no solo merece reparos por su violación al derecho de propiedad y otras instituciones jurídicas particulares. La verdad es que en estricto rigor, tal régimen no guarda ninguna armonía con los principios y valores más fundamentales en que descansa nuestro ordenamiento jurídico. La permisibilidad de tal régimen altera sustancialmente tales principios y valores, de suerte que pone en peligro no solo la vigencia de una garantía constitucional, sino que toda la organicidad, armonía e integridad de nuestro sistema jurídico. Veamos a continuación en qué forma concreta se manifiesta esta violación.

a) *Vulnera el principio de primacía de la persona humana y de servicialidad del Estado.* El principio de primacía de la persona humana tiene un reconocimiento sustantivo en nuestra Constitución. Ya en el propio artículo 1^º⁸¹ se puede advertir que el constituyente quiso colocar a la persona humana en su expresión más propia,

⁸⁰ El Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, mediante Ordinario N° 1079 de fecha 10 de diciembre de 1996, complementado por ordinario N° 205 de 31 de enero de 1997, impartieron lo siguiente sobre la materia: "El acceso gratuito a la playa de mar, ríos o lagos, debe fijarse sin que este signifique perjuicio a los propietarios o implique el establecimiento de una servidumbre permanente o expropiación de hecho" (citado en "Las Playas son de todos los chilenos. Manual para fijación de los accesos", octubre 1997, Howard Impresores, p. 16).

⁸¹ El artículo 1º señala en su inciso 1º: "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos", agrega en el inciso 3º: "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios (...) y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir con sus propios fines específicos". Finalmente, en el inciso 4º al establecer que el Estado debe propender al bien común, dispone que esta tarea debe cumplirla "con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

esto es, como un ente racional, social y libre, que goza de derechos esenciales –derivados de su propia naturaleza–, y a cuya protección deben concurrir el Estado y el ordenamiento jurídico esencial. Esta cualidad será reiterada en el artículo 5° inciso 2° cuando imponga al Estado el deber no solo de respetar, sino que de promover los derechos que emanan de la naturaleza humana. La dignidad de la persona humana, reconocida por la estructura propia de su naturaleza intrínseca –ser libre, racional y dotado de voluntad– irá quedando particularizada en las diversas garantías constitucionales, cuyo corolario será precisamente el artículo 19 N° 26 que impide afectar tales derechos en su esencia.

Por contrapartida, es fácilmente reconocible la visión del constituyente acerca del Estado; el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés, y ello precisamente porque la persona humana es superior al Estado, ya desde una perspectiva puramente filosófica, ya desde la perspectiva cristiana⁸². Este principio queda plasmado en diversas disposiciones, a saber; en el propio artículo 1° inciso 4° que impone al Estado el deber de respetar los derechos de las personas, en su tarea de consecución del bien común; en el artículo 5° inciso 2° citado, y en los artículos 1° inciso 3° o 19 N° 23 inciso 2° que le otorgan una función subsidiaria de la que compete a los particulares.

Ahora bien, ¿que quiere decir todo esto en relación al acceso a las playas de mar como limitación impuesta al dominio? Tan simple como que si el Estado en su función de búsqueda del bien común, estima necesario adoptar

medidas tales como alterar el estatuto jurídico de la propiedad privada mediante limitaciones al dominio, deberá hacerlo, “con pleno respeto a los derechos de las personas”, esto es, reconociendo que tales limitaciones deben reunir ciertos requisitos –reserva legal, causales fundadas y derivadas de la función social– y que jamás pueden afectar el contenido esencial del derecho de propiedad, pues en caso contrario no se respeta ni el derecho de propiedad (artículo 19 N° 24) ni el derecho a la seguridad jurídica (artículo 19° N° 26), tal como ha venido ocurriendo hasta ahora. Con una disposición como la del artículo 13, el Estado está muy lejos de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana –como manda el artículo 5° inciso 2°–, y aún más, ni siquiera se ha ocupado de respetarlos.

b) *Viola el principio de supremacía constitucional y el principio de juricidad.* La Constitución es el estatuto fundamental de la comunidad nacional y de la sociedad política que ella configura, dentro del orden temporal⁸³. En este sentido, la Ley Suprema es la piedra angular en que han de apoyarse todas las demás normas y todas las actuaciones o manifestaciones jurídicas del Estado. De ahí que se hable con propiedad de la “supremacía constitucional”, pues las normas que se dicten y los actos que se ejecuten no tienen valor sino en cuanto se conforman con la Carta Fundamental. Ello ha sido expresamente reconocido por nuestro constituyente en el artículo 6° inciso 1°: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, y en el inciso 2°, que impone la obligatoriedad y aplicación directa de cualquier disposición constitucional a todos los órganos del Estado, sin excepción, estableciendo que la contravención a este artículo “generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley” (artículo 6° inciso 3°). Por su parte, el principio de juricidad será el que permita en la práctica la operatividad y vigencia de la supremacía constitucional⁸⁴. Este principio se

⁸² En esto seguiremos a Soto Kloss, quien señala en cuanto a la perspectiva filosófica: “Tanto desde el punto de vista del ser, como desde el punto de vista del fin el hombre es superior al Estado. Desde el ángulo del ser, porque mientras el hombre es un ser sustancial, la sociedad o el Estado son solo seres accidentales de relación (...) desde el prisma del fin, porque mientras las sociedades o Estados se agotan en el tiempo y en la historia, el hombre los trasciende, ya que vive en la historia, pero no se agota en ella”. (Soto Kloss, Eduardo, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 13). En cuanto a la fundamentación teológica, esta puede expresarse en términos muchos más simples, el hombre es “el único ser viviente en el universo hecho a imagen y semejanza de Dios, arranca de allí su *primacía* sobre todo lo creado (...)”. (Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 16).

⁸³ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 32.

⁸⁴ Soto Kloss define a este principio como “la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar”, dando así un concepto acabado y preciso del principio. Véase al respecto su Derecho Administrativo, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile, 1996, p. 20 y ss.

halla reconocido claramente en el artículo 7^o⁸⁵ y en los ya citados artículos 1^o inciso 4^o y 5^o inciso 2^o.

Pues bien, ocurre que el artículo 13 del DL 1.939 vulnera también flagrantemente ambos principios. Vulnera la supremacía constitucional, pues establece un procedimiento de fijación de las vías de acceso a las playas de mar, que desconoce la naturaleza jurídica propia de las limitaciones a la propiedad y su deslinde con el contenido esencial de los derechos, en la forma que estas instituciones se hayan recogidas en nuestro Código Político, vulnerando así los artículos 19 N^o 24 y 19 N^o 26, y haciendo olvido, con ello, del artículo 6^o inciso 1^o, que obliga a los órganos del Estado, sea el Intendente Regional o la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, a someter su acción –esto es, toda la órbita de su actuar jurídico– a la Constitución y las normas que hayan sido dictadas “en conformidad de ella”, lo que no ocurre tratándose del artículo 13 del Decreto Ley N^o 1.939.

Vulnera, asimismo, el principio de juricidad, pues el Intendente Regional o la Seremi aparecen mediante la ejecución de los actos previstos en el artículo 13, atribuyéndose una autoridad distinta de la que expresamente se le han conferido en virtud del Estatuto Orgánico y las leyes –por cierto, conforme a ellas–, cuestión que no podrían hacer “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”. ¿Quién podría pensar que el constituyente autorizaría al Intendente y a la Seremi a violentar tan gravemente el estatuto de la propiedad, en la forma que él mismo lo ha previsto?

c) *Atenta contra el principio de responsabilidad del Estado.* Sin duda que la responsabilidad del Estado es uno de los temas capitales del Derecho Público. Por lo mismo, sería tarea inagotable pretender tratarlo aquí cabalmente, y por lo demás, ello no corresponde a la naturaleza de este trabajo⁸⁶.

Baste aquí decir que un sistema en que se posibilita imponer limitaciones a la propiedad (vías de acceso que atraviesan predios privados para llegar a las playas), que vulneran los atributos y facultades esenciales del mismo, y que importan para su titular un desmedro, menoscabo o detrimento patrimonial, deben necesariamente ser indemnizadas. No volveremos sobre la argumentación del Tribunal Constitucional sobre el punto, ya analizada. Pero sí diremos algo respecto el principio de responsabilidad del Estado.

En nuestro sistema jurídico nadie está fuera o por sobre del derecho, pues tanto a los particulares como a la autoridad pública las normas jurídicas les son vinculantes. De lo anterior fluye que si un particular causa un daño a otro, y por ello, debe indemnizarlo, igual cosa debiera ocurrir frente al daño que el Estado –manifestado en sus diversos entes públicos– causa a un particular, solo que para ello no será necesario recurrir a las normas civiles sobre “Responsabilidad Extracontractual”, sino que encontraremos claras normas en nuestra propia Constitución que nos llevan a concluir el reconocimiento de una “responsabilidad del Estado”, responsabilidad que es de origen constitucional. Citaremos, al respecto, los artículos 6^o y 7^o, contenidos en el Capítulo I que encabeza la Carta Fundamental, denominado “Bases de la Institucionalidad. En el artículo 6^o se hace responsable a los “órganos del Estado” de las infracciones que cometan por no someter su acción a la Ley Suprema y a las normas dictadas conforme a ella. Por su parte, el artículo 7^o inciso 3^o establece no solo la nulidad del acto emitido, dictado o convenido con infracción a dicha disposición, sino que prevé expresamente su responsabilidad consecuencial; los artículos 1^o inciso 4^o y 5^o inciso 2^o, ya vistos, que imponen al Estado la obligación de proceder en su actuar con respeto a los derechos de las personas, y que reconocen como limitación a las actuaciones realizadas en ejercicio del poder público (“soberanía”), los derechos que emanan de la naturaleza humana, que la Constitución reconoce, delimita y ampara; el artículo

en la obra “Derecho Administrativo”, Tomo II, Ed. Jurídica, 1996, página 244 y sgtes. Nos basaremos fundamentalmente en esta obra para desarrollar las páginas siguientes.

⁸⁵ El artículo 7^o dispone; “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (inciso 1^o). Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (inciso 2^o). Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale” (inciso final).

⁸⁶ Véase, en todo caso, al respecto, el trabajo del profesor Soto Kloss, “La Responsabilidad del Estado”, publicado

lo 4º que establece que “Chile es una república democrática”, y como dice Soto Kloss: “Sí, configurar un Estado como república no es otra cosa que instituir un régimen de gobierno jurídicamente institucionalizado, donde todos los sujetos –gobernantes y gobernados– son responsables, esto es, responden en el Derecho y dan cuenta de sus actos y conductas, donde todo agraviado o lesionado por sus hechos o actos puede pedirles cuenta y llevarlos a los Tribunales para que estos declaren la adecuación o inadecuación de ellos frente al Derecho y resarzan los daños y perjuicios que ilícitamente ha provocado (...)”⁸⁷; el artículo 19 N° 2 que dispone que “La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados...” y su inciso 2º: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”⁸⁸. Tales son, en sucinta descripción, las normas constitucionales que estructuran el principio general de la Responsabilidad del Estado.

Pero del mismo modo que nuestro constituyente enunció este principio, se encargó de materializarlo o concretizarlo a través de dos normas específicas.

La primera de ellas es el artículo 19º N° 24 ya estudiado, que para nuestro análisis sobre la Responsabilidad del Estado significa lo siguiente: “(...) Que solo la ley –es decir materia de reserva legal– puede establecer las ‘limitaciones y obligaciones’ que deriven de la función social de la propiedad, ‘función social’ que la misma Constitución se encarga de precisar en sus contornos, *ley que en caso alguno podrá afectar el derecho de propiedad en su esencia, ni imponerle condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”⁸⁹. Por su parte, solo mediante una expropiación se puede privar de un bien a su titular, y siempre indemnizándolo en todo el daño patrimonial efectivamente causado. De lo anterior se concluye que cualquier otra causal de privación –aun parcial– del do-

minio, no prevista por el constituyente, deviene en inconstitucional, infringe su texto, y por lo mismo, da lugar a la responsabilidad del Estado, desde que todo acto en contravención al Texto Superior genera las responsabilidades y sanciones que la ley señala.

Siguiendo esta idea, como señala Soto Kloss, “*todo daño*, cualquiera sea el órgano del Estado que lo haya producido, ocasionado, provocado, y cualquiera sea la naturaleza del daño, significa o es un *detrimento* de la esfera jurídica de un sujeto, sea este natural o jurídico; es decir, un menoscabo de lo que le pertenece, una *lesión en lo suyo* (...)”⁹⁰. Ahora bien, un daño producido por la actividad de los órganos del Estado y que no esté previsto en la preceptiva constitucional, constituye una infracción a las bases fundamentales que la Constitución ha señalado, y, en consecuencia, hace que el afectado deba ser indemnizado total e íntegramente, “a fin de restituir a la víctima en la situación que se encontraba antes de sufrir ese daño antijurídico, daño que no estaba jurídicamente obligado a soportar”⁹¹.

El artículo 19 N° 20 constituye la segunda disposición constitucional que actualiza la responsabilidad del Estado. Dicha norma establece que: “La Constitución asegura a todas las personas: La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la *igual repartición de las demás cargas públicas*.” Sucede que un daño causado por el Estado a un sujeto, o incluso a toda la comunidad, que esté no previsto constitucionalmente, importa una carga desigual, y por lo mismo, supone una infracción al artículo 19 N° 20, que hace responsable al Estado conforme a los artículos 6º y 7º.

En síntesis, la responsabilidad del Estado, conforme a la normativa constitucional, puede entenderse como “el efecto jurídico que la Constitución da a los actos, hechos, conductas u omisiones contrarios a Derecho producidos por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, cualesquiera sean estas, y que ocasionan daño a una víctima que no está jurídicamente obligada a soportar (...)”⁹².

⁸⁷ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 295.

⁸⁸ Cabe preguntarse: ¿no sería acaso una “diferencia arbitraria” el imponer al Estado la obligación de indemnizar cuando se trata de expropiaciones, y sostener, en cambio, la absoluta irresponsabilidad del Estado cuando estamos en presencia de limitaciones que afectan el contenido esencial de la propiedad, constituyendo en el hecho, una verdadera privación, como en la especie?

⁸⁹ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 298.

⁹⁰ Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 299.

⁹¹ Soto Kloss, Eduardo, ídem.

⁹² Soto Kloss, Eduardo, ob. cit., p. 307.

Todo lo anterior va a significar, en la especie, que la fijación de una vía de acceso impuesta sobre un predio privado ribereño en cuanto limitación atentatoria de la esencia del derecho de propiedad, supone un detrimento patrimonial en el dueño, causado por el Estado –concretizado en el Intendente Regional y la Seremi de Bienes Nacionales–, no previsto constitucionalmente, y aún más, prohibido expresamente (19 N° 26); importa una carga desigual, infracción expresa a la igual repartición de las cargas públicas; implica un daño que no da derecho a indemnización, lo que es equivalente a afirmar la irresponsabilidad del Estado, lo que está absolutamente proscrito por nuestra Constitución, conforme a los artículos 4°, 6° y 7°; en fin, significa otorgar al Estado la posibilidad de actuar jurídicamente en forma contraria a la Carta Principal, causando daño, pero sin hacerse responsable del mismo, y olvidando que su deber último es la consecución del Bien Común, el que, en todo caso, debe alcanzarse con pleno respeto a los derechos de las personas⁹³.

d) *Vulnera el principio de reserva legal.* El hecho que la Ley Fundamental haya entregado al legislador la autoridad para imponer limitaciones, o incluso privar del dominio, no fue antojadizo. Se quiso con ello resguardar la regulación de las garantías constitucionales de cualquier invasión administrativa por medio de normas de rango inferior, y a la vez, dejar esta materia entregada a la norma legal, que en cuanto general y abstracta, y emitida por el órgano representativo de la ciudadanía, iba a ser menos permeable a regulaciones abusivas, arbitrarias o claramente atentatorias.

El artículo 13 que rige el tema en estudio, está contenido en un Decreto Ley, que según la Constitución tiene validez en la medida que sea conforme a ella (Disposiciones transitorias,

quinta, por analogía). En este sentido, no pareciera haber objeción al respecto.

Sin embargo, la objeción es válida si se analiza el contenido del artículo 13. En efecto, una simple lectura nos permite concluir que –a falta de acuerdo entre partes involucradas– en el hecho quien establece las limitaciones al dominio no es el legislador sino que es el Intendente Regional. Es este funcionario público quien se halla premunido de facultades discrecionales para determinar la vía de acceso, su extensión, deslindes, ubicación y recorrido. Y esta sola situación trastoca todo el principio de reserva legal, en cuya virtud precisamente se quiso sustraer de la injerencia administrativa la regulación de garantías constitucionales.

Consentimos en que puede haber una utilidad pública que motive implantar vías de paso por predios privados y que puede dictarse una ley al efecto, sin embargo, discrepamos profundamente de la posibilidad de que dicha ley entre a regular la materia en términos genéricos y ambiguos, dotando al órgano público de que se trate de atribuciones que en la práctica hacen casi inoficiosa la regulación legal, y dejan todo en manos del ente administrativo. Sin duda que tal no fue el objeto del constituyente al reconocer la vigencia de este principio con relación a las garantías constitucionales, y en especial, tratándose del derecho de propiedad (19 N° 24 incisos 2° y 3°).

C. *El Decreto Supremo N° 1*

Haremos en el presente trabajo una breve referencia al Decreto Supremo N° 1, reglamento publicado en el Diario Oficial el 6 de agosto de 1996, bajo el Gobierno del Presidente Eduardo Frei, que fijaba el “Procedimiento para la fijación de las vías de accesos a las playas de mar, ríos y lagos”⁹⁴. Dicho Reglamento preten-

⁹³ Como bien señala Soto Kloss sobre la responsabilidad del Estado; “Se trata de una responsabilidad “constitucional” en que corolario de la supremacía constitucional (arts. 6° inc. 3° y 7° inc. 3°) no tiende al castigo de un culpable (...), sino a que al ejercicio de la función estatal –que tiende al bien común– respete la Constitución en su integridad y en plenitud y, por tanto, se resarza, compense o restituya al tercero/víctima de un daño cometido por el Estado en su actividad, tercero que no se encuentra obligado jurídicamente a soportarlo, y que ha visto ‘lo suyo’ menoscabado o lesionado de una manera que la Constitución ni lo ha previsto ni lo consiente o admite”. (SOTO KLOSS, Eduardo, ob. cit., p. 308).

⁹⁴ Reproduciremos a continuación su contenido:

“Artículo 1°.- Todo aquel que tenga interés en acceder gratuitamente a las playas de mar, ríos o lagos podrá solicitar, a través del Ministerio de Bienes Nacionales, que el Intendente Regional, en uso de las facultades que le concede el artículo 13°, del D.L. N° 1.939, de 1977, proceda a fijar la correspondiente vía de acceso (inciso 1°). Para realizar dicha solicitud, deberán concurrir, a lo menos, los siguientes requisitos: a) Que sea con fines turísticos o de pesca; b) Que el acceso se deba hacer necesariamente a través de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos; c) Que no existan otras vías de acceso o caminos públicos al efecto (inciso 2°).

día facilitar la aplicación o ejecución del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, y junto con reproducir en forma casi idéntica su contenido,

Artículo 2°.— Toda vía de acceso deberá fijarse prudencialmente, de modo que se garantice un libre y expedito tránsito, evitando causar daños innecesarios a los afectados.

Artículo 3°.— Para los efectos de lo señalado en el artículo 1°, el interesado deberá presentar una solicitud en la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la respectiva Región, entregando, en cuanto fuere posible, todos aquellos antecedentes que permitan individualizar el o los predios ribereños involucrados (inciso 1°). El interesado podrá también proponer, en dicha solicitud, la faja de tierra donde se pretende la vía de acceso.

Artículo 4°.— Presentada la solicitud, el Secretario Regional Ministerial la admitirá a tramitación y citará a el o los propietarios, arrendatarios o tenedores de los terrenos involucrados, a una audiencia dentro de los 15 (quince) días siguientes de presentada la solicitud, estableciendo día y hora al efecto, y cuyo objeto será fijar de común acuerdo la vía de acceso (inciso 1°). La solicitud y su proveído serán notificadas a los respectivos propietarios, arrendatarios o tenedores, por carta certificada, a sus respectivos domicilios (inciso 2°).

Artículo 5°.— La audiencia será presidida por el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales y se llevará a cabo con los propietarios, arrendatarios o tenedores del inmueble que asistan (inciso 1°). En dicha audiencia el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales procederá a escuchar los planteamientos de las partes y requerir de ellas todos aquellos antecedentes que estime pertinentes en defensa de sus derechos. Posteriormente, instará a los mismos a fijar de común acuerdo, una vía de acceso. (inciso 2°) En caso de existir acuerdo, se detallarán los deslindes, dimensiones y superficies de la vía y se comunicará al Intendente, quien procederá a fijar la correspondiente vía de acceso, sobre la base del acuerdo. (inciso 3°). En el caso de no haber acuerdo o que el respectivo propietario, arrendatario o tenedor no asista a la audiencia, el Secretario Regional Ministerial, previo análisis de todos los antecedentes que obren en su poder, propondrá, fundadamente al Intendente Regional, la fijación de la correspondiente vía de acceso, acompañando los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, cuando correspondiere (inciso 4°).

Artículo 6°.— En todo caso, al momento de resolver una solicitud y elaborar la propuesta que será dirigida al Intendente Regional, el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales deberá evaluar si se cumplen los requisitos señalados en el artículo 1° de este reglamento. De no concurrir estos requisitos, el Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales propondrá al Intendente negar la fijación de la vía de acceso.

Artículo 7°.— Dentro de los 30 (treinta) días siguientes de recibida la propuesta, el Intendente se pronunciará sobre esta y comunicará su decisión a la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales, ordenando que proceda a dictar la correspondiente resolución (inciso 1°). La resolución deberá ser notificada a todos los afectados por carta certificada, la que se remitirá a sus respectivos domicilios.

Artículo 8°.— De la resolución se podrá reclamar a los Tribunales de Justicia dentro del plazo de 10 (diez) días contados desde la notificación. El Tribunal se pronunciará sobre el reclamo y resolverá con la audiencia del Intendente y de los afectados.

Artículo 9°.— Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, concurriendo nuevos antecedentes, cualquier persona podrá solicitar mediante presentación escrita, debidamente fundada y dirigida al Secretario Regional

agregaba otros elementos, requisitos y procedimientos no previstos en la norma legal que motivó su dictación.

La importancia de este Reglamento radica en que, como señala Bertelsen, "merece diversos reparos de índole constitucional, la mayor parte de los cuales, sin embargo, no le son directamente imputables sino que son consecuencia de lo establecido en el texto legal que pretende dar aplicación y que no es otro que el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977"⁹⁵.

Y de hecho, fueron tantos estos reparos de índole constitucional, que una cuarta parte de los diputados y senadores en ejercicio, presentaron con fecha 5 de septiembre de 1996 un requerimiento constitucional ante el Tribunal Constitucional, para que conforme al artículo 82 N° 5 de la Constitución Política del Estado, declarase la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 196. Para tal efecto, acompañaron sendos escritos, cuyos fundamentos eran similares a los que hemos desarrollado en el presente trabajo.

Luego de los argumentos del Contralor General de la República —que tomó razón de él, sin reparar ni en las ilegalidades ni en las inconstitucionalidades que contenía, como era su deber constitucional (artículo 88 inciso 1° frase 1ª e inciso 3°)— y del Presidente de la República a favor de la constitucionalidad del D.S. citado, el Tribunal Constitucional procedió a resolver el requerimiento con fecha 2 de Diciembre de 1996.

El fallo del Tribunal Constitucional constituye un notable tratamiento jurídico del tema. En él se abordaron prácticamente todas las instituciones jurídicas tocadas por la materia con particular agudeza y precisión, tanto en el pro-

Ministerial de Bienes Nacionales respectivo, la revisión de la resolución que fija la vía de acceso. La revisión de dicha resolución se tramitará de acuerdo al mismo procedimiento establecido en el Reglamento (D.S. N° 1, publicado en el D.O. el día 6 de agosto de 1996)".

⁹⁵ Bertelsen Repetto, Raúl, ob. cit., p. 4.

⁹⁶ Recordemos que el Tribunal Constitucional, conforme a nuestra Constitución, está llamado a velar no solo por la constitucionalidad de la ley, sino que también de los actos administrativos, y en particular, los decretos que emanan del Ejecutivo. En efecto, el artículo 82 N° 5 señala textualmente que son atribuciones del Tribunal Constitucional: "Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República... dicte un decreto inconstitucional".

pio contenido del fallo como en las prevenciones particulares del Ministro señor Ricardo García⁹⁷.

Parte sustancial de este fallo ha sido ocupado en nuestro trabajo. Hay, sin embargo, una gran extensión que no hemos citado, y que da lugar a grandes argumentos que dan por establecida la inconstitucionalidad del D.S. N° 1, y consecuentemente, del texto legal que le dio origen, el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939.

No nos ocuparemos aquí de analizar el contenido del D.S. N° 1, por una razón muy sencilla. Tal D.S. fue fundadamente declarado inconstitucional en el fallo del T.C., y es la propia Constitución la que señala los efectos de tal declaración en el artículo 83, cuando dispone que, "el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo", y además contra dicha resolución no procederá recurso alguno (artículo 83 inciso 1°). En consecuencia, el D.S. N° 1 no ingresó jamás a la órbita jurídica, y quedó desprovisto en forma definitiva y perentoria de cualquier efecto jurídico. Aún más, "dicha declaración produce efectos *ex-tunc*, es decir, el acto administrativo inconstitucional (D.S. N° 1) se entiende ineficaz desde el instante mismo de su dictación"⁹⁸.

Finalizamos nuestro análisis con una interesante pregunta: ¿por qué si era tan evidente la inconstitucionalidad del artículo 13, texto que dio origen al D.S. N° 1, y que da el mismo tratamiento jurídico al tema del acceso a las

playas de mar, el Tribunal Constitucional no se encargó de declarar su derogación por la nueva Constitución?

Dejemos que sean los propios miembros del Tribunal Constitucional quienes den la respuesta: "17° Que, de los considerandos anteriores queda claro que *la atribución del Tribunal es examinar la constitucionalidad del decreto y si este no se ajusta a la Ley Fundamental debe declarar su inconstitucionalidad, lo que en este caso hace innecesario pronunciarse sobre la derogación del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, artículo 13*".

Ello es así, porque el Tribunal Constitucional ha entendido que no le corresponde pronunciarse sobre legislación, sino sobre Proyectos de ley. Por lo mismo, la afirmación es absolutamente cierta. La materia del requerimiento era la declaración de inconstitucionalidad del D.S. N° 1. Desde su publicación corrieron los plazos para su interposición, y su fundamento consagrado en el artículo 82 N° 5 estaba previsto para atacar un decreto del Presidente que fuera ilegal, pero jamás un Decreto Ley. Ello, empero, no es óbice para sostener que el Decreto Ley N° 1.939, en su artículo 13, se encuentra plenamente vigente.

A continuación veremos que la validez del artículo 13 es profundamente dudosa, y a nuestro juicio, carece de tal en términos absolutos y categóricos.

D. La validez del Decreto Ley N° 1.939 en su artículo 13

Hemos dado por sentado que el artículo 13 del D.L. N° 1.939 contiene notorias y flagrantes violaciones constitucionales. Por lo mismo, fuerza es concluir que su validez y vigencia actual no debiera admitirse bajo ninguna perspectiva, y que el texto de dicha disposición —única atingente al tema de acceso a las playas— se encuentra tácitamente derogado por la Constitución Política de 1980⁹⁹.

Con todo, debemos advertir que el tema de la derogación tácita de las leyes no ha sido un tema pacífico, especialmente, para nuestra

⁹⁷ En una forma sistemática y clara fueron siendo tratados sucesivamente los siguientes temas; 1) Concepto y naturaleza de las playas (Considerando N° 6); 2) Concesiones marítimas como una excepción a los bienes nacionales de uso público (C. N° 7 y 8); 3) Normas vigentes relativas a la playa de mar (C. N° 9 y 10); 4) La Libertad para adquirir el dominio y su relación con la playa (C. N° 12); 5) Competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la materia (C. N° 14 a 17); 6) Constitucionalidad de las limitaciones al dominio impuestas por el D.S. N° 1; a) Privación o Limitación de Dominio (C. N° 20, 21, 22, y 23 particularmente); b) Función social de la propiedad (C. N° 24, 25 —concepto—, 26, 27, 28); c) El derecho a indemnización y la responsabilidad del Estado por el daño causado (C. N° 29 a 42); 7) Naturaleza del reglamento de ejecución y su deslinde con el dominio legal (C. N° 43 a 56).

⁹⁸ Fiamma Olivares, Gustavo, "El control de constitucionalidad de los actos administrativos", Separatas "Control Jurisdiccional sobre la Administración", Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 1994, p. 101.

⁹⁹ Véase sobre esta materia los trabajos de los profesores José Luis Cea Egaña, "Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales", R.Ch.D., Volumen 13 N° 1, 1996, pp. 25 y ss., y Jorge Precht Pizarro, "Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación Tácita e Inaplicabilidad", R. D. J., Tomo 84, N° 3, Primera Parte, 1987, pp. 87 y ss.

jurisprudencia. A continuación, ahondaremos, pues, en una materia controvertida y respecto de la cual hay diversas soluciones entregadas por la jurisprudencia nacional¹⁰⁰.

En general, se ha distinguido a la derogación de la ley de la inaplicabilidad de la misma por inconstitucionalidad como dos instituciones distintas en cuanto a su extensión y efectos, aunque ambas descansan en un mismo presupuesto: la contradicción entre preceptos legales y preceptos recogidos en la Carta Estatal. La distinción más fundamental que se ha hecho radica en el alcance de la inaplicabilidad y su deslinde con la derogación tácita de la ley, es decir, en la pregunta acerca de si es que todo precepto legal contrario a la Constitución, sea anterior o posterior a la misma, puede ser declarado inaplicable por la Corte Suprema, o tal declaración solo queda circunscrita a los preceptos legales posteriores a la entrada en vigencia de la Ley Suprema y contrarios a ésta¹⁰¹.

¹⁰⁰ En todo caso, veremos que en ciertos períodos jurisprudenciales se terminó por subsumir la "derogación" en la inaplicabilidad, dada la extensión omnicompreensiva que se le dio a esta última.

¹⁰¹ Como advirtiéramos, el criterio jurisprudencial ha sido notoriamente cambiante. En un principio, bajo el imperio de la Constitución de 1925, donde expresamente se consagraba el recurso de inaplicabilidad, el criterio jurisprudencial fue el de "no establecer distinciones entre precepto legal anterior o posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, sino efectuar la comparación entre el texto legal impugnado y la Constitución vigente al tiempo de interponer el recurso (Precht, Pizarro, Jorge, ob. cit., p. 89). A partir del pronunciamiento militar, la jurisprudencia irá alternando en los criterios adoptados; en un primer período, la Corte Suprema va a estimar que el recurso de inaplicabilidad solo va a tener lugar cuando en el precepto legal (Decreto Ley) contrario a la Constitución no se haya ejercido el Poder Constituyente; en cambio, de haberse ejercido, tal precepto legal reformador de la Constitución no será objeto de la declaración de inaplicabilidad, mas sí lo será toda norma legal que a virtud de dicha reforma haya sobrevenido inconstitucional. Bajo esta postura, todo gira en torno a la inaplicabilidad, y la derogación tácita carece de reconocimiento. El problema tomará, sin embargo, otro rumbo con la dictación del Acta Constitucional N° 3. A partir de entonces, según Precht, "la Corte Suprema realiza una innovación jurisprudencial en un 'doble sentido' que americaniza" el recurso de inaplicabilidad: (a) Decide que la contradicción entre un precepto legal anterior a la norma constitucional vigente hoy es una *cuestión de derogación de leyes efectuada por una norma superior posterior* y corresponde al juez *a quo* o jueces de fondo decidir el litigio y no a la Corte Suprema. (b) Decide, sin embargo, que si un principio constitucional es mantenido tácitamente por la nueva Constitución el recurso de inaplicabilidad puede basarse en la Constitución vigente a la época de la dictación de la ley". Es decir, por primera vez se define el

En el panorama más reciente, y bajo el imperio de la Constitución de 1980, se puede sostener con razón que las corrientes jurisprudenciales han sido fundamentalmente dos.

Por una parte, se ha reafirmado la doctrina que distingue entre derogación tácita de la ley e inaplicabilidad, según si el precepto legal impugnado es anterior o posterior a la Carta Fundamental vigente al tiempo de interponer el recurso, reconociendo que la derogación corresponde ser declarada por los jueces *a quo* o de fondo frente a preceptos legales anteriores al Estatuto Orgánico, y que son contrarios a esta, mientras que la declaración de inaplicabilidad es exclusiva de la Corte Suprema, y se reserva para aquellos preceptos con fuerza de ley posteriores a la Carta Fundamental y que la contravienen¹⁰².

Ha surgido, sin embargo, una nueva tesis jurisprudencial que da una extensión amplísima al recurso de inaplicabilidad, volviendo con ello al criterio adoptado bajo la Constitución de 1925. El primer antecedente se encuentra en un voto disidente del Ministro Retamal en fallo de 1985: "Aunque los jueces de la instancia pueden estudiar y resolver la posible derogación de una ley anterior por la Constitución posterior cuando aquella es contradictoria con esta, tal facultad de los jueces *no inhibe* a la Corte Suprema para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de esta ley anterior si *contraviene* la Constitución posterior"¹⁰³. Este mis-

ámbito de la derogación y la inaplicabilidad, en base a la distinción de si es un precepto legal anterior o posterior a la vigencia de la Constitución, pero con una concesión a favor de la inaplicabilidad, esta puede declararse aun cuando se trate de preceptos legales anteriores, siempre que vulneren principios constitucionales mantenidos en la nueva Constitución.

¹⁰² Por vía ejemplar citamos el fallo de la Corte Suprema recaído en causa rol N° 20.778, "Leyton, Garavagno, Luis", con fecha 16 de enero de 1987: "Considerando Cuarto: ... la petición formulada a fojas 1 por el recurrente escapa de la órbita propia de un recurso de inaplicabilidad, porque lo que realmente plantea es un problema de derogación de una ley común anterior por la Constitución Política posterior, esto es, una cuestión de supervivencia de la ley que corresponde resolver a los jueces de la instancia; Considerando Quinto (...), porque este Tribunal cuando conoce de un recurso de inaplicabilidad debe confrontar la ley que se pretende inaplicable con el texto constitucional vigente, y no con los anteriores que han perdido su vigencia". (citado por Precht Pizarro, Jorge, ob. cit., p. 100).

¹⁰³ Citado por Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 27. En el mismo fallo el ministro se encarga de señalar por qué la

mo criterio se iría adoptando en otros fallos pronunciados por la Corte Suprema.

Todo lo anterior significa en la especie lo siguiente: el artículo del Decreto Ley N° 1.939 de 1977 vulnera normas constitucionales expresadas recogidas en la Carta Fundamental de 1980. En otras palabras, se trata de un precepto legal anterior a la Ley Constitucional vigente, y contrario a esta. De este modo, y acorde con lo que hemos venido estudiando, corresponderá a los jueces de fondo o de la instancia respectiva declarar la derogación tácita del artículo 13, por contravenir disposiciones de nuestra actual Constitución. Como señala Cea, "la derogación tácita de tal precepto pueden declararla todos los jueces del fondo, de la instancia o sentenciadores, cualquiera sea su jurisdicción, competencia, y el asunto pendiente ante ellos, si aquel pugna esencialmente con el ordenamiento constitucional posterior, pues se trata de una norma legal vigente con anterioridad a la fecha en que entró a regir el nuevo ordenamiento supremo que impera *in actum*."¹⁰⁴ Empero, conforme a cierta nueva jurisprudencia, tal declaración de derogación tácita no será obstáculo para que la Corte Suprema también se imponga del asunto y declare la inaplicabilidad del artículo 13. De manera que, en la práctica, podrá ocurrir que el asunto se resuelva, en definitiva, vía inaplicabilidad y no derogación tácita.¹⁰⁵

derogación tácita no inhibe la facultad que tiene la C.S. de declarar la inaplicabilidad. Dice: "En efecto, el artículo 80 de la Carta Fundamental de 1980 *no hace diferencia alguna* entre leyes anteriores y posteriores a ella y confiere a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucional cualquiera ley que resulte ser contraria a dicha Carta. Por consiguiente si esta Corte, so pretexto de una derogación posible de una ley anterior por la Constitución entrega a los jueces de la instancia la decisión de declarar esa derogación posible y se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la inaplicabilidad, renuncia a su facultad constitucional y hace entrega exclusiva a los jueces de una posibilidad que naturalmente tienen". Dirá más adelante, que el control de la ley sobre las leyes comunes lo tiene solo la Corte Suprema; que la inaplicabilidad impide que el precepto legal contrario a la Constitución tenga lugar del todo, aun en los actos y contratos en que estuviese incorporada, en cambio la derogación no produce tal efecto, ya que el precepto legal podría seguir teniendo aplicación en tales actos y contratos en virtud de la supervivencia o ultraactividad de la ley.

¹⁰⁴ Cea Egaña, José Luis, ob. cit., p. 30.

¹⁰⁵ Esta solución no aparece tan apartada de la realidad si atendemos a un hecho bastante concreto: los jueces de fondo, en general, no se han abocado a declarar la derogación de preceptos legales, dejando el asunto en manos de la Corte Suprema. Como dice Precht: "Bertelsen mues-

Con todo, nos inclinamos a pensar que la institución más apropiada para la abrogación del artículo 13 es la derogación, pues esta entraña una notable diferencia con la inaplicabilidad, que va más allá de la mera extensión temporal de cada una. Como señala Carl Schmitt, la inaplicabilidad "(...) no significa, propiamente, una denegación de validez, sino solo una falta de aplicación de la ley simple, al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional"¹⁰⁶. En cambio, la derogación supone que un precepto legal queda desprovisto de toda validez, y ello no puede ser más cierto, si pensamos que rigiendo la Constitución de 1980 *in actum*, más que hacer "inaplicable" el artículo 13, lo ha dejado sin validez, es decir, lo ha derogado.

III. CONCLUSIONES

(1) La playa es un bien nacional de uso público, de modo que para que el uso común de la misma se materialice es necesario que existan vías de acceso expeditas al efecto. En la actualidad, el acceso a las playas de mar puede efectuarse por diversas vías tales como: bienes nacionales de uso público –como es el caso de caminos públicos y calles–, bienes fiscales o de otros entes personificados, o bienes de propiedad particular. Sin embargo, respecto de esta última clase de bienes se suscita un grave conflicto entre el propietario colindante, que desea preservar la integridad de su predio y no verse privado de los atributos y facultades esenciales del dominio que detenta sobre él, y los ciudadanos que desean hacer uso de la playa de mar y que recurren para tal efecto a la tutela del Estado, solicitando que sea habilitada una vía de acceso por medio de tales predios ribereños de propiedad particular, tarea de la cual el Estado no puede excusarse por tratarse de un situación en que se halla comprendida la utilidad pública.

tra muy bien que la vía jurisprudencial abierta en junio de 1978 habría sido fecunda si los jueces *a quo* o de la instancia hubieren efectivamente declarado la derogación tácita de los preceptos legales anteriores. Ello no ha ocurrido y muy probablemente no era fácil que ello ocurriera con jueces formados en una mentalidad diferente, a saber, la de un sistema concentrado de control material de constitucionalidad". (Precht Pizarro, Jorge, ob. cit., p. 101).

¹⁰⁶ Precht Pizarro, Jorge, ob. cit., página 88.

(2) La controversia descrita obliga a preguntarse si se puede afectar la propiedad particular con miras a satisfacer una necesidad pública, y en caso afirmativo, cuál es el régimen que mejor se adecua a la necesidad en que se encuentra el Estado de asegurar un mecanismo efectivo y conforme a la Constitución Política de acceso a la playa de mar a favor de todos los habitantes. Para ello, debe indagarse sobre los derechos que asisten a cada una de las partes en conflicto: propietario ribereño y personas innominadas que desean acceder a la playa de mar, y el estatuto jurídico que protege a cada uno de ellos.

(3) En lo relativo a la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental), se contempla expresamente la existencia de ciertas instituciones en cuya virtud puede afectarse el estatuto de la propiedad adquirida, cuando hay una utilidad pública que así lo requiera. Con todo, debe advertirse que se trata de instituciones autónomas entre sí y distintas en su origen, alcances y efectos; por una parte, *las limitaciones derivadas de la función social de la propiedad* –artículo 19 N° 24 inciso 2°–, y por otra, *la privación del dominio por medio de la expropiación* –artículo 19 N° 24 inciso 3°–, y relacionado con ambas, operando como salvaguarda del núcleo irreductible de la propiedad, el contenido esencial del dominio.

Las *limitaciones al dominio derivadas de la función social de la propiedad* son restricciones impuestas al ejercicio del derecho de propiedad, por las causales expresamente previstas por el constituyente para ello, que reducen o circunscriben su extensión normal, y que cuando afectan el contenido esencial del dominio o importan una carga desigual, dan siempre derecho a indemnización para quien debe soportarlas.

La *privación de dominio*, en cambio, es una institución que se materializa a través de la expropiación, y que va encaminada a radicar una propiedad de dominio privado en el patrimonio de un órgano público, a título originario, previo el pago de la indemnización convenida con el expropiado o determinada por el juez ordinario.

(4) Tratándose del estatuto jurídico que garantiza el acceso a las playas por los habitantes de la nación, en la actualidad, la única referencia legal al problema de acceso a las playas de

mar se encuentra prevista en el artículo 13 del DL N° 1.939, del 10 de noviembre de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposiciones de bienes del Estado. En resumen, dicho precepto legal establece que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deben facilitar *gratuitamente* un acceso a estos, para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto. En el inciso 2° del artículo 13 se contempla un procedimiento breve para la imposición de las vías de acceso por el Intendente Regional, en conjunto con la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales.

(5) El régimen actual de acceso a las playas de mar no es satisfactorio en la solución de este conflicto, pues con su aplicación se incurre en innumerables inconstitucionalidades, ya sea referidas específicamente al derecho de propiedad, ya sea porque atentan en forma general contra los principios y bases en que se apoya nuestra institucionalidad.

En efecto, se vulnera el derecho de propiedad por diversas razones, a saber: se obliga a los propietarios de terrenos ribereños a habilitar un acceso gratuito a la playa de mar, sin reconocer derecho alguno de indemnización, en circunstancias que se trata de limitaciones al dominio, que excediendo su propia denominación, se constituyen en verdaderas privaciones de atributos y facultades del dominio como lo son el uso y el goce exclusivo de la propiedad; se viola directamente el contenido esencial de la propiedad, esto es, se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal, que el derecho de propiedad deja de ser reconocible en su integridad; se autoriza para fijar la vía de acceso a la playa de mar con el acuerdo del arrendatario o incluso tenedor de la propiedad afectada, no obstante que ellos detentan la propiedad reconociendo dominio ajeno y, en consecuencia, no podrían jamás estar habilitados para disponer un gravamen como el descrito sobre la propiedad, sin que siquiera sea oído el verdadero propietario; se deja a la determinación prudencial y discrecional del Intendente Regional la fijación de las vías de acceso, quedando autorizado para imponer por sí solo una limitación al dominio que encima afecta el contenido esencial de la propiedad, vulnerándose no solo dicho contenido esencial, sino también el principio de reserva legal, señalado por el constituyente, para la imposición

de las limitaciones al dominio que deben estar mencionadas en forma clara, concisa, con parámetros incuestionables y con una indubitable determinación; y en relación con lo anterior, se atribuyen potestades públicas difusas al Intendente y a la Secretaría Regional Ministerial, sin delimitarse claramente su competencia en el procedimiento de fijación de las vías de acceso; en fin, se omite cualquier referencia al tiempo de vigencia o duración que ha de tener el acceso habilitado, constituyéndose en la práctica como un verdadero gravamen real.

Se vulnera, asimismo, la vigencia de principios básicos recogidos en nuestra o Código Político, en los que descansa nuestra institucionalidad, como ocurre con el principio de primacía de la persona humana y servicialidad del Estado (artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2°), el principio de supremacía constitucional y principio de juridicidad (artículos 6° y 7°), el principio de responsabilidad del Estado (artículos 6° inciso 3° y 7° inciso 3°, y en relación ellos, artículos 19 N° 24 y 19 N° 20), el principio de reserva legal (artículo 19 N° 24 inciso 2° y 3°, en relación con artículo 60 N° 2 y 61 inciso 2°).

(6) En definitiva, una correcta aplicación de las normas constitucionales vigentes en la materia, fuerzan concluir que necesariamente debe construirse un régimen de acceso a las playas de mar ajustado a Derecho –esto es, a la Constitución Política del Estado, y las normas dictadas en conformidad a ella–, en cuya virtud sea posible reconocer el uso común que las playas de mar deben prestar a los habitantes de la nación, sin hacer ilusorio ni extremadamente gravoso el derecho que asiste a los dueños de predios ribereños o colindantes con la playa de mar. Tal es la tarea a la que debe propender el Estado, en virtud del mandato que le impone el artículo 1° inciso 4° de la Ley Suprema, de actuar en la búsqueda del bien común, “con pleno respeto a los derechos de las personas”¹⁰⁷.

BIBLIOGRAFÍA

1. “Actas de la subcomisión de derecho de propiedad”, en Sesiones Comisión de Estudio de la Nueva Constitución N° 148, Anexo de Documentos.
2. BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Informe Constitucional: Reglamento-Procedimiento para fijar vías de acceso a playas de mar, ríos o lagos”, Informe N° 1335, 16 de agosto de 1996.
3. CALDERA DELGADO, Hugo, “Algunas consideraciones en torno a la expropiación”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 83, Primera Parte, 1986, pp. 67 y ss.
4. CALDERA DELGADO, Hugo, “Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980”, XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, pp. 55 y ss.
5. CEA EGAÑA, José Luis, “Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 13 N° 1, 1996, pp. 25 y ss.
6. CEA EGAÑA, José Luis, “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo II, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1995.
7. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Espasa-Calpe, Madrid, 19ª edición, 1970.
8. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
9. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos”, Separatas “Control Jurisdiccional sobre la Administración”, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, 1994, pp. 97 y ss.
10. “Las playas son de todos los chilenos, manual para fijación de los accesos”, Howard Impresores, 1997.
11. MOHOR ABUAUAD, Salvador, “De las limitaciones al dominio y, en especial, de las que afectan a la propiedad ganadera”, XVIII Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1988, pp. 77 y ss.
12. PRECHT PIZARRO, Jorge, “Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación Tácita e Inaplicabilidad”, R. D. J., Tomo 84, N° 3, Primera Parte, 1987, pp. 87 y ss.
13. RAJEVIC MOSLER, Enrique, “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 23, N° 1, pp. 44 y ss.
14. RÍOS ALVAREZ, Lautaro, “El principio constitucional de la función social de la propiedad”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 84, N° 2, 1987, 1ª parte, pp. 57 y ss.

¹⁰⁷ Sobre un régimen constitucional de libre acceso a las playas de mar, propuesto en reemplazo del régimen actual criticado en este trabajo, véase el Capítulo III de nuestra Tesis titulado “Hacia un régimen constitucional de acceso a las playas de mar”.

15. RODRÍGUEZ, Pedro Jesús, "La Propiedad Privada", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIX, enero-abril, N° 1-2, 1972, pp. 111 y ss.
16. ROZAS VIAL, Fernando, "Derecho Civil: Los Bienes", *Distribuidora Forense Limitada*, 1984.
17. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, "Legalidad de la expropiación", *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 23, N° 1, pp. 99 y ss.
18. SOTO KLOSS, Eduardo, "La Organización de la administración del Estado; un complejo de personas jurídicas. *Gaceta Jurídica*, N° 73, 1986, pp. 16 y ss.
19. SOTO KLOSS, Eduardo, "Derecho Administrativo: Bases Fundamentales", Tomo II, *Editorial Jurídica de Chile*, 1996.
20. SOTO KLOSS, Eduardo, "La Desconcentración en el Derecho Administrativo Chileno", *Revista de Derecho Público*, N° 51/52, 1992, pp. 102 y ss.
21. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Segunda Parte-Sección Sexta, N° 91, Tomo 2, 1994, p. 9, Fallo Tribunal Constitucional, Rol N° 185, 28 de febrero de 1994.
22. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Segunda Parte-Sección Sexta, N° 92, Tomo 2, 1994, p. 202, Fallo Tribunal Constitucional, Rol N° 226, 30 de octubre de 1995.
23. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, tomo 27, Tomo II, Sección Primera, 1930, pp. 744-748, fallo "Lapostol con Fisco".
24. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA, Tomo 81, Segunda Parte-Sección Quinta, 1984, pp. 181-189, fallo "Comunidad Galletué con Fisco".