

CARGAS GRATUITAS: OPORTUNIDAD DE PERFECCIONAMIENTO PARA EL ESTADO DE DERECHO

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

RESUMEN: El autor analiza la sentencia del Tribunal Constitucional que consideró ajustado a la Carta Fundamental el proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales. El análisis examina, especialmente, la distinción entre limitaciones y obligaciones derivadas de la función social del dominio, no susceptibles de indemnización, por una parte, y su privación que exige la reparación del daño patrimonial efectivamente causado, de otra, la cual estima tiene que ser perfeccionada.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Contenido del Proyecto de Ley 3. Sentencia 3.1. Criterios interpretativos 3.2. ¿Por qué el Tribunal declara constitucional la franja? 3.2.1. No afecta las reglas del juego electoral 3.2.2. Es una carga legítima 3.2.3 Es proporcional según variados estándares de análisis 3.2.4. No afecta la autonomía de los grupos intermedios 3.2.5. No lesiona el derecho de propiedad 3.2.6. Respeta la igualdad entre independientes y partidos políticos 3.2.7. Promueve el pluralismo político y es medio para ejercer el derecho a voto informado 3.3. Voto de minoría 4. Comentarios 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los profesores Arturo Fermandois y José Francisco García me han invitado a comentar, en esta nueva versión de *Sentencias Destacadas*, la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (el Tribunal) el 21 de junio de 2013, Rol N° 2.487, en virtud de la cual examinó el proyecto de ley que establece la obligación de los canales de televisión de libre recepción de transmitir propaganda electoral para las elecciones primarias presidenciales, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 1° de la Carta Fundamental, finalmente promulgado como Ley N° 20.681¹.

Para ese efecto y luego de resumir el contenido más relevante de la sentencia y del voto de minoría, examinaré la diferencia que,

¹ Publicada en el *Diario Oficial* el 25 de junio de 2013.

tradicionalmente, se ha atribuido a las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social del dominio, por una parte, respecto de la expropiación, por otra, especialmente, cuando se sostiene que aquellas no dan lugar a indemnización, la cual, en cambio, es de la esencia del acto privativo del dominio, salvo que las limitaciones y obligaciones referidas encubran una pérdida de la propiedad o de sus atributos o facultades, afectando la esencia del derecho de dominio.

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

La normativa sometida a control de constitucionalidad proponía incorporar, en la Ley N° 20.640², que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la Nominación de Candidatos a Presidente de la República, Parlamentarios y Alcaldes, el siguiente artículo 42 bis:

“En las elecciones primarias para la nominación de candidatos al cargo de Presidente de la República, los canales de televisión de libre recepción deberán destinar gratuitamente quince minutos diarios de sus transmisiones a propaganda electoral, los que se distribuirán en partes iguales entre los partidos o pactos que participen.

Para estos efectos, los canales de televisión determinarán, en conjunto con los partidos o pactos que participen, el horario en que se efectuarán las transmisiones. En caso de desacuerdo, la propuesta de los canales deberá ser aprobada por el Consejo Nacional de Televisión.

La transmisión de la propaganda electoral a que se refiere el inciso anterior solo podrá efectuarse desde el decimoctavo hasta el tercer día anterior al de la elección primaria”³.

La sentencia comienza exponiendo, en su considerando 11º, las características más relevantes de la nueva franja que la distinguen de aquella contemplada en la Ley N° 18.700:

² Publicada en el *Diario Oficial* el 6 de diciembre de 2012.

³ El proyecto contemplaba, además, el siguiente artículo transitorio:
“Para las elecciones primarias correspondientes al año 2013, la propaganda electoral señalada en el artículo anterior solo tendrá lugar desde el octavo hasta el tercer día anterior al de la elección primaria”.

- Solo opera respecto de candidatos al cargo de Presidente de la República y no para la elección de diputados y senadores y plebiscitos nacionales;
- Dura quince minutos diarios, no treinta o cuarenta minutos, como la franja general; y
- Se extiende por quince días, no treinta como la franja de las elecciones generales, sin perjuicio que, en la norma transitoria, este período es aún menor, porque dura solo seis días, en la medida que el proyecto de ley esté vigente en el octavo día anterior a la elección primaria.

Adicionalmente, el Tribunal aclara, que, al igual que lo hace la regulación de los artículos 31 y 31 bis de la Ley N° 18.700, la franja sigue gravando solo a los canales de libre recepción, los que deben emitirla gratuitamente. Lo mismo sucede en cuanto al reparto del tiempo, que se distribuye en partes iguales.

Por último, en cuanto al horario, la norma examinada establece dos reglas: Que se debe determinar en conjunto entre los canales de televisión y los partidos o pactos que participen en ella; y que, en caso de desacuerdo, la propuesta debe ser aprobada por el Consejo Nacional de Televisión.

3. SENTENCIA

Comienzo, naturalmente, resumiendo los principales aspectos del pronunciamiento del Tribunal, el cual deja constancia de variadas dudas y objeciones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación parlamentaria del proyecto⁴.

3.1. Criterios interpretativos

En los considerandos 12° a 19°, el Tribunal expone lo que denomina *algunas variables* que guiarán su análisis, las cuales, evidentemente, resultan decisivas para la decisión que adoptará en favor de la constitucionalidad del proyecto, de entre las cuales creo conveniente destacar las siguientes cinco:

⁴ Considerandos 7° a 9°.

- Que las primarias tienen rango constitucional, pues fueron incorporadas por la reforma contenida en la Ley N° 20.414 al artículo 19, N° 15° de la Carta Fundamental⁵, estableciéndose, en ese nivel jurídico, sus elementos más relevantes, entre los cuales se encarga que una ley orgánica constitucional establezca un sistema de elecciones primarias, dentro del cual se enmarca la franja electoral;
- Que, entonces, el hecho que la Constitución las regule en sus aspectos medulares, descarta que estas sean un privilegio de los partidos o que impliquen establecer un monopolio de la participación;
- Que, en nuestro ordenamiento jurídico, la televisión tiene un tratamiento particular, lo cual se expresa –a nivel constitucional– en que hay una titularidad restringida y en que existe un órgano encargado de velar por su correcto funcionamiento y en la regulación contenida en la Ley N° 18.838, lo cual se justifica tanto por el fuerte impacto o influencia de este medio en la sociedad como por utilizar el espectro radioeléctrico que es un bien nacional de uso público, por definición limitado;
- Que el Tribunal ya se ha referido, en 1988, Rol N° 56, a la franja electoral incorporada a la Ley N° 18.700, validando su existencia sobre la base de sostener que la televisión poseía una titularidad restringida en nuestro sistema, cumplía una función pública y, en el caso de la televisión pública abierta, tenía ciertos privilegios de los que no goza el resto de los medios, siendo la gratuidad un gravamen medido y razonable; y
- Que los canales de televisión no pueden transmitir propaganda electoral, que no sea por medio de la franja, por lo que esta se convierte en el único mecanismo que tienen los candidatos para acceder a este medio de comunicación, definiendo los contenidos que quieren transmitir, en el espacio que se les asigne, sin ediciones, ni enmarcados en líneas editoriales determinadas y con continuidad por algunos días.

⁵ Véase la sentencia pronunciada el 6 de octubre de 1998, Rol N° 279 en que el Tribunal declaró contrario a la Constitución un proyecto de ley que establecía una regulación meramente legal de las elecciones primarias.

3.2. ¿Por qué el Tribunal declara constitucional la franja?

Revisando el contenido preciso de la sentencia, hay que reconocer, indudablemente, que el Tribunal fue acucioso en ocuparse de los fundamentos constitucionales que justifican la franja propuesta por el legislador, asumiendo el examen de cada una de las objeciones que, durante su tramitación parlamentaria o ante el mismo Tribunal, se plantearon.

3.2.1. No afecta las reglas del juego electoral

En primer lugar, la Magistratura se pronuncia en torno de los cuestionamientos referidos a que el proyecto constituiría una vulneración de las reglas del juego para efectos constitucionales, por tratarse de una legislación de última hora que impondría una nueva normativa, la que, de existir al comienzo, habría cambiado las decisiones públicas de las candidaturas.

Esta impugnación, señala el Tribunal, lo lleva a recordar que, en la sentencia pronunciada el 8 de octubre de 2012, Rol N° 2.324, que controló preventivamente la constitucionalidad de la ley que estableció las elecciones primarias, declaró inconstitucionales determinadas normas, entre las cuales se encontraba el artículo 25 de dicho proyecto de ley, que disponía que el Servicio Electoral, entre otros asuntos, dictaría las normas que rigen la propaganda electoral en dichas elecciones, habida consideración que “el legislador orgánico debe precisar qué normas son las que regulan estas elecciones. Es la ley orgánica la que debe establecer el régimen jurídico de las primarias, no dejando en manos del Servicio Electoral definir ese marco jurídico en aspectos esenciales. El legislador puede establecer ese todo armónico y sistemático directamente o remitiendo a otras disposiciones legales. Pero no puede confiar esa tarea a la autoridad administrativa”⁶.

Así, el Tribunal, ya en octubre de 2012, había exigido del legislador reglas determinadas, precisas y con rango orgánico constitucional que regularan un conjunto de materias, entre ellas, las relativas a propaganda electoral.

⁶ Considerando 21°.

Adicionalmente, en el Congreso Nacional, mediante Boletín N° 8.819, se aprobaron una serie de perfeccionamientos a las disposiciones introducidas por la Ley N° 20.568, sobre inscripción automática y que modernizó el sistema de votaciones, una de las cuales preceptuaba que “para el caso de las elecciones primarias de Presidente de la República, esta obligación regirá durante los treinta días previos a dicha elección, en la franja de las 20:00 horas por dos minutos para cada candidato”.

Sin embargo, dicho precepto fue vetado por el Jefe del Estado, atendido que entraba en conflicto con la disposición general en materia de propaganda electoral transmitida por los canales de televisión; y porque la indicación establecía que deberían transmitirse dos minutos por candidato presidencial, sin señalar un límite que hiciera razonable la propuesta.

En consecuencia, la Magistratura declara que este asunto no constituye ninguna novedad y es parte de la determinación legal de las reglas aplicables propias de una votación popular y que deben extenderse, por esa misma condición, a la elección primaria, lo cual, si bien puede constituir un reproche a las formas de tramitación legislativa que, en el lapso de ocho meses, han implicado ya dos cambios a la propia *Ley de Primarias* N° 20.640, pero que, en sí mismas, no constituyen ningún vicio formal de constitucionalidad.

3.2.2. Es una carga legítima

En relación con que se trataría de una carga pública ilegítima, el Tribunal estima que debe distinguirse entre cargas reales y cargas personales según la naturaleza de la obligación, teniendo en cuenta que la Magistratura ha sido más estricta con las primeras, en tanto que las segundas han sido legitimadas en variadas oportunidades, v. gr., en la franja televisiva gratuita original en materia electoral, la limitación a los propietarios colindantes para permitir el acceso gratuito a las playas, la limitación del urbanizador para destinar y donar gratuitamente terrenos para áreas verdes y equipamiento comunitario, el cambio del precio de un contrato que pasa de libre a regulado, el pago de accidentes en actos de servicio que sufran los bomberos y que recae en las compañías de seguros, las caducidades en el procedimiento de constitución de la propiedad minera o el traslado de redes en la faja de camino público que deben soportar las empresas concesionarias de ciertos servicios públicos.

Se trata, a juicio del Tribunal de una carga real en un caso idéntica y en los demás similar al de otras limitaciones del dominio que se han estimado como obligaciones y limitaciones medidas y razonables; que no genera daño; que no desnaturaliza otros bienes jurídicos; que permite el despliegue de la actividad o realización del bien; que concretiza una función pública de la actividad; y que no constituye privación en sí misma.

3.2.3. Es proporcional según variados estándares de análisis

En tercer lugar, la sentencia evalúa si la franja en sí misma, comparada con la vigente y contrastada con otras mediciones comparativas que el legislador y el operador de televisión, es proporcional.

La Magistratura advierte que se trata de una franja de menor intensidad que la vigente, en los minutos que se destinan a ella, en la proporción del horario prime que podría ocupar, en comparación a otras obligaciones legales que imponen limitaciones en la programación televisiva, como la que dispone que debe existir, a lo menos, una hora de programas culturales a la semana y porque otorga el derecho a las operadoras de acordar, en conjunto con los partidos o pactos que participen, el horario en que se efectuarán las transmisiones. Se constata, de esta manera, que se configura una intervención razonable, medida y mínima sobre el derecho del operador televisivo de libre recepción en la determinación de su programación.

3.2.4. No afecta la autonomía de los grupos intermedios

En cuarto lugar, en relación con que se lesionaría la autonomía de los canales de televisión abierta, pues se afectaría su línea editorial, al imponérseles transmitir determinados contenidos, la sentencia sostiene que la televisión no es un grupo intermedio cualquiera, pues la Constitución convoca a la ley para regular una serie de aspectos y dado que la autonomía no es sinónimo de imposibilidad para que el legislador los regule, sobre todo considerando que la televisión está constitucionalmente estructurada sobre la base de que debe prestar el servicio con un *correcto funcionamiento*.

3.2.5. No lesiona el derecho de propiedad

Adicionalmente, el Tribunal estima que no existe afectación del derecho de propiedad, frente al cual se ha sostenido que la franja obliga a los canales a sacrificar espacio vendible y a exponerse a una eventual pérdida de audiencia existe una función pública envuelta en la actividad afecta a la limitación, puesto que se trata de una franja destinada a lograr un voto informado en una elección popular y en que se zanjarán democráticamente liderazgos para una elección presidencial, no afectándose la facultad de disposición ni se hacen desaparecer las de uso y goce. Tampoco se ponen en peligro las utilidades de los canales de televisión afectados, quienes pueden hacer su publicidad habitual antes y después de la franja, de apenas quince minutos ni tiene un costo adicional de producción, pues solo deben transmitir lo que los partidos les entregan. Asimismo, el proyecto establece que el horario de transmisión debe ser concordado con los partidos o pactos.

Máxime si se trata de una actividad que tiene privilegios, donde surge una justificación para imponer una limitación al dominio, ya que no cualquiera puede realizar emisiones televisivas, sino solo los que tienen concesiones.

3.2.6. Respeto la igualdad entre independientes y partidos políticos

Frente al cuestionamiento que el proyecto configuraría una diferencia de tratamiento entre los independientes y los miembros de los partidos políticos, el Tribunal expone las diferencias entre unos y otros, concluyendo que, además de los preceptos ya declarados constitucionales, al examinar la Ley N° 20.640, las elecciones primarias constituyen un derecho de los partidos políticos al cual estos pueden incorporar a candidatos independientes, pero las elecciones primarias han sido definidas por el constituyente para los partidos políticos; porque satisfacen un objetivo constitucional directamente establecido; porque el hecho de que algunos partidos convoquen a candidatos independientes resulta de un valor fundamental y guarda armonía con la autonomía que la Constitución les preserva en cuanto cuerpos intermedios; y porque refleja una de las modalidades que permiten y a su vez exige el diálogo con la sociedad que deben representar.

3.2.7. Promueve el pluralismo político y es medio para ejercer el derecho al voto informado

Finalmente, la Magistratura considera que la franja electoral en las primarias no solo es constitucional, sino que promueve valores protegidos por la Carta Fundamental: Favorece la más amplia participación, permite la igualdad de oportunidades en el contexto de desarrollar la democracia, basado en el ejercicio de derechos fundamentales significativos para la libre promoción de ideas, promueve el libre intercambio de creencias políticas y posibilita el incremento del pluralismo político.

3.3. Voto de minoría

Por último, cabe considerar que los Ministros Iván Aróstica Maldonado y María Luisa Brahm Barril estuvieron por declarar que las normas consultadas eran contrarias a la Carta Fundamental, atendido que, a su juicio: Interfieren indebidamente en la independencia y línea editorial de los canales de televisión abierta, al imponerles una programación forzada; porque la franja fue admitida, en 1988, dentro de un contexto diferente y con una finalidad completamente distinta a la que acontece en la actualidad, en que ya la titularidad de este medio de comunicación no está restringida al Estado y a las universidades; adicionalmente, si se argumenta que es la contrapartida a la cesión gratuita del espectro radioeléctrico, habría que extenderlo a otros medios de comunicación social que ocupan dicho bien de uso público, como las radioemisoras; es innecesario, desde el momento en que los canales de televisión y la asociación que los agrupa han organizado debates entre los precandidatos; porque desalienta la promoción de candidaturas independientes; infringe la norma del N° 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, no solo en lo que respecta a la afectación del tiempo de emisión del cual dejan de disponer, sin ser indemnizados, sino también en cuanto a que, de acuerdo a las preferencias de los televidentes, dinámicas, volátiles y mayormente apolíticos, estos emigrarán a otras formas de entretención, con la consiguiente pérdida de sintonía, lo que también repercute en sus ingresos; y, en fin, vulnera la igualdad ante la ley tanto desde la perspectiva de los canales de televisión de libre recepción como desde la óptica de los candidatos a Presidente de la República que no participan en elecciones primarias.

4. COMENTARIOS

Como anticipaba en la Introducción, creo interesante, primeramente, destacar el contraste nítido, frontal y directo que marca el voto de minoría con cada uno de los argumentos esgrimidos por la mayoría, dejando en evidencia que, al menos desde el ángulo conceptual, resulta plausible sostener, en principio, ambas posiciones con fundamentos igualmente sólidos, donde, entonces, lo que en definitiva inclina la decisión se vincula con una forma de concebir la potestad legislativa de imponer cargas de frente a la Constitución, antes que la determinación del contenido de los principios y normas de esta que regulan aquella potestad. Una y otra posición, al fin y al cabo, trasuntan una posición ante la potestad legislativa antes que una aplicación de la Carta Fundamental en un proceso de razonamiento judicial inverso al que demanda la supremacía constitucional.

Asimismo, se echan de menos, tanto en la sentencia como en su disidencia, comprobaciones empíricas que justifiquen las afirmaciones de hecho de las cuales se deriva la directa aplicación del derecho, por ejemplo, para comprobar si efectivamente sigue siendo válido sostener el fuerte impacto o influencia de la televisión abierta en la sociedad⁷ o si ella promueve valores como favorecer una más amplia participación en los procesos electorales⁸ o si, por último, la franja ahuyenta televidentes.

En este sentido, debe avanzarse, por el legislador, en la regulación de la prueba como etapa procesal necesaria, ante el Tribunal Constitucional, incluso en procesos de control preventivo para que sobre la base de estándares generales se disponga acerca de la presentación, rendición, impugnación y evaluación de la prueba rendida por las partes o requerida por el propio Tribunal.

⁷ Así, por ejemplo, el 15 de febrero de 2014 se informaba, en www.latercera.com/noticia/entretencion/2014/02/661-565432-9-sintonia-de-cable-supera-por-primera-vez-a-la-de-la-tv-abierta-entre-sus.shtml, que, por primera vez desde que se mide la sintonía de la televisión de pago en Chile, el rating total del cable durante todo el día, considerando todos los segmentos, logró superar a la audiencia de la televisión abierta entre suscriptores.

⁸ URIBE, RODRIGO ET AL (2007) pp. 12-19 quienes sugieren cambios, en relación con la franja electoral tradicional, porque, evaluando la realizada en 2005, posee una audiencia promedio baja, no muy rica cualitativamente, con problemas de frecuencia y alcance hacia el final de sus emisiones.

En lo más directamente vinculado con el fondo de la decisión que tuvo que adoptar la Magistratura, me parece que no admite dudas que el proyecto incurre en discriminación, cualquiera sea el parámetro o *tertium comparationis* que se utilice, pues existen otros medios de comunicación, tan relevantes hoy (especialmente para los electores más jóvenes), que podrían ser destinatarios de la misma carga; y/o porque también utilizan gratuitamente bienes públicos, si es que fuera válido acudir a este criterio para resolver el respeto de la igualdad.

Con todo y vinculándolo con el derecho de propiedad, no existe cláusula constitucional que permita justificar, necesariamente y *per se*, la imposición de cargas gratuitas en la utilización de bienes públicos, máxime cuando ellas redundan, directa o indirectamente, no solo en beneficio de la colectividad, sino también o preferentemente en beneficio de particulares ciertos y determinados⁹.

En estos casos, estimo que –en el proceso constante de perfeccionamiento del Estado de Derecho– procede requerir un tratamiento diverso por el legislador y un estándar más exigente desde el ángulo constitucional, pues no es extraño que una limitación u obligación, surgida *ex novo*, sea impuesta al titular del derecho de propiedad, fundado en la función social del dominio, cumpla efectivamente con las condiciones constitucionalmente requeridas para superar el respeto de la Carta Fundamental, sobre todo, a la luz de lo ya resuelto consistentemente por el Tribunal Constitucional¹⁰.

Así y tal como se sostiene en la sentencia que comento, es posible estimar que una carga constituye una limitación al dominio *mesurada y razonable*, que encuentra justificación en las reglas definidas en el artículo 19 N° 24° inciso 2° y que goza de proporcionalidad e idoneidad para la consecución del fin propuesto que es, además, constitucionalmente lícito¹¹.

Entonces, sobre la base de la distinción tradicionalmente utilizada en nuestro Derecho, en cuanto a que dicha carga no alcanza a cons-

⁹ En esta misma línea, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2013) pp. 113-131.

¹⁰ HUEPE ARTIGAS (2006) p. 241.

¹¹ Sobre las exigencias que cabe imponer a las limitaciones y obligaciones derivadas de la función pueden leerse los considerandos 28° a 30° de la sentencia pronunciada el 30 de abril de 2009, Rol N° 1.215.

tituir una privación del dominio –que requiere ser indemnizada¹²–, sino que constituye una intervención justa en el derecho de propiedad, no admite esa especie de resarcimiento¹³.

La distinción expuesta, a partir de la comparación entre el texto expreso de lo dispuesto en los incisos 2° y 3° del numeral 24° y cuyo origen se encuentra en los mismos antecedentes de dicho numeral¹⁴, me parece que ya no es suficiente para considerar que –siempre y sin excepción– una carga gratuita respeta, cabalmente, los derechos que la Constitución asegura a todas las personas.

Sobre todo, si se considera que “la introducción de la función social ha producido una transformación profunda en el régimen jurídico de la propiedad privada, la que se refleja en *limitaciones cada vez más crecientes* y necesarias que restringen el ámbito de la propiedad privada como resultado también de la reciente intervención estatal en la economía, tales como: servidumbres, cargas tributarias, instrumentos de planificación territorial, etc.”¹⁵.

Efectivamente, hay dos instituciones distintas¹⁶ –entre otros rubros, por el resarcimiento que exigen del Estado– consistentes en las limitaciones y obligaciones que se imponen por función social, de una parte, frente a la privación del dominio, de otra. Pero ello no es suficiente para sostener que las primeras no requieren, necesaria e indefectiblemente, contraprestación, sin que sea indispensable, claro está, que lleguen a irrogar perjuicio porque, entonces, deberán ser igualmente indemnizadas¹⁷.

¹² NOGUEIRA ALCALÁ (2010) pp. 208-209.

¹³ Considerandos 10° a 12° de la sentencia pronunciada el 15 de Abril de 1997, Rol N° 253; los considerandos 12° y 16° de la sentencia pronunciada el 25 de noviembre de 2003, Rol N° 388; y los considerandos 22° y 23° de la sentencia pronunciada el 6 de marzo de 2007, Rol N° 505.

¹⁴ Informe con Ideas Precisas, VIII Revista Chilena de Derecho N° 1-6 (Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1981) pp. 213-214.

¹⁵ VIVANCO MARTÍNEZ (2004) p. 461.

¹⁶ Como ya aparece en el considerando 22° de la sentencia pronunciada el 2 de diciembre de 1996, Rol N° 245 y 246.

¹⁷ Por ejemplo, véase lo que constituye, a mi juicio un ejemplo en la materia, en el artículo 4° de la Ley N° 20.494, publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2011. Sobre el particular, FERNANDOIS VÖHRINGER (2010) pp. 323-339, especialmente, en relación con la jurisprudencia alemana en el caso *Derechos de Autor*, a propósito del cual, Jurgen Schwabe, citado por el profesor Fernandois, señala que la protección del derecho de propiedad no puede conducir a “(...) un acrecentamiento patrimonial

En otras palabras, no se trata –para lograr resarcimiento– de tener que encontrar una privación encubierta en la regulación legislativa¹⁸, de tal manera que no procede cuando las cargas son inherentes al dominio, pues forman parte integrante del bien sobre el cual recae¹⁹.

Me refiero, más bien, a hipótesis donde la limitación u obligación cumple con los estándares requeridos por el artículo 19 N° 20° y N° 24° inciso 2° de la Carta Fundamental, así como con las exigencias requeridas jurisprudencialmente, en particular, la de proporcionalidad, pero que surgen a raíz de hechos completamente nuevos que el propietario no pudo prever, pues constituyen verdaderas creaciones *ex nihilo*, por parte del legislador²⁰, y que importan cargas gratuitas²¹ para el titular del dominio que deberá incurrir en costos o en pérdida de ingresos que, con independencia de su cuantía, deben ser cubiertos por el Estado, precisamente, en razón del fin constitucionalmente legítimo que justifica su imposición.

Es claro, sin embargo, que nuestra jurisprudencia ha venido interpretando, desde el comienzo, la distinción función social/expropiación en los términos binarios tradicionalmente concebida, salvo escasísimas excepciones²², desde los estudios ya clásicos de los

injustificado. Por consiguiente, la exclusión del derecho a una compensación no se puede justificar mediante cualquier consideración de bienestar general; en especial, no es suficiente el interés general al acceso a una obra protegida por el derecho de autor” que era el caso, como se lee en JURGEN SCHWABE (2009) p. 407.

¹⁸ FERNANDOIS VÖHRINGER (2005) p. 21; DELAVEAU SWETT (2006) pp. 411-438; EMANUEL (2012) pp. 404-409.

¹⁹ CEA EGAÑA (2012) pp. 574-581.

²⁰ Así, lo dispuesto en el artículo 1° N° 8) de la Ley N° 20.552, publicada en el *Diario Oficial* el 17 de diciembre de 2011. Al contrario, el artículo 7° de la Ley N° 20.448, que introdujo una serie de reformas en materia de liquidez, innovación financiera e integración del Mercado de Capitales, publicada en el *Diario Oficial* el 13 de agosto de 2010, en relación con su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 1.512, de 2010, del Ministerio de Hacienda, publicado en el *Diario Oficial* el 27 de abril de 2011, sobre los denominados *créditos universales*.

²¹ Sobre cargas personales, véanse los considerandos 19° y 51° de la sentencia pronunciada el 8 de septiembre de 2008, Rol N° 1.138. En relación con la televisión y franjas electorales, el considerando 12° de la sentencia pronunciada el 9 de agosto de 1988, Rol N° 56.

²² Como puede leerse en la sentencia, pronunciada por la Corte Suprema el 7 de agosto de 1984, en *Comunidad Galletué con Fisco*, publicada en LXXXI *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 5ª N° 3 (1984) p. 181 que, como expone el profesor ZÚÑIGA URBINA (2005), constituye una jurisprudencia “tradicional y archicitada” (p. 95), a lo cual habría que agregar señera, resultando muy útil leer el desarrollo jurisprudencial que consigna en las páginas inmediatamente siguientes.

profesores Cea²³ y Mohor²⁴, ambos presentados en las Jornadas de Derecho Público realizadas en Concepción, en 1987²⁵.

Pero ello debe ser superado, en cumplimiento de la exigencia que se perfeccione, siempre y sin fin, el Estado de Derecho para el respeto y promoción de los derechos de todos, como lo impone el artículo 5° inciso 2° de la Constitución²⁶, abriendo también –porque tiene base en los artículos 1° inciso 4° y 5° inciso 2° de la Carta Fundamental– la posibilidad que el legislador disponga que se pague lo justo a quien es objeto de una carga cuando ella no pudo ser prevista por el propietario, pues responde a hechos sustancialmente nuevos e imprevistos; y redunda en beneficio de la colectividad, pero también de personas grupos determinados, como pueden ser los emprendedores, los consumidores o los partidos políticos.

5. CONCLUSIONES

El Estado de Derecho, en constante proceso de perfeccionamiento, requiere superar la distinción tradicional entre función social y expropiación, evaluándose por el legislador si procede, en ciertos casos, compensar a un particular a quien le impone una carga, en beneficio de la sociedad, pero que redunda, más directa o indirectamente, en favor de otros particulares y cuya necesidad surge de hechos completamente nuevos e imprevistos, lo cual sería completamente respetuoso de la Carta Fundamental.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, EUARDO (2006) “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. XXXIII N° 2 (Santiago,

²³ CEA EGAÑA (1988) pp. 55-68.

²⁴ MOHOR (1988) pp. 69-113.

²⁵ Con extraordinaria claridad para presentar la dicotomía y mostrando la situación en el Derecho Comparado, ALDUNATE (2006) pp. 285-303.

²⁶ Como ya señala CORDERO (2006) “el examen de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales a las que se ha llegado en Chile nos lleva a concluir la necesidad urgente de formular una reconstrucción dogmática del contenido prescriptivo del artículo 19 N° 24 CPR, que nos permita comprender mejor el conjunto de garantías que establece, sus alcances y sentido dentro del Texto Constitucional, así como el objeto hacia el cual se encuentran orientadas”, pp. 125-148.

- Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (2012) *Derecho Constitucional Chileno* Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (1988) “Delimitación y Privación del Dominio en la Constitución de 1980” (Concepción, Imprenta Aníbal Pinto).
- CORDERO QUINZACARA, EDUARDO (2006): “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho* Vol. XIX N°1 (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile)
- EMANUEL, STEVEN L. (2012) *Constitutional Law* (Wolters Kluwer, New York)
- FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO (2005) “Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales”, *Sentencias Destacadas 2004* (Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo).
- FERMANDOIS VÖHRINGER, ARTURO (2010) *Derecho Constitucional Económico* Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2013) “Certeza Jurídica y Control de Constitucionalidad de la Decisión que confiere Efecto retroactivo a las Leyes”, *Sentencias Destacadas 2012* (Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo)
- HUEPE ARTIGAS, FABIÁN (2006) *Responsabilidad del Estado* (Santiago, Ed. LexisNexis)
- MOHOR, SALVADOR (1988) “De las Limitaciones al Dominio y, en especial, de las que afectan a la Propiedad Ganadera” (Concepción, Imprenta Aníbal Pinto).
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2010) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago, Ed. Librotecnia)
- RODRIGO DELAVEAU SWETT (2006) “La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. XXXIII N° 3 (Santiago, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).
- JURGEN SCHWABE (2009): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* (México, Fundación Konrad Adenauer)

URIBE, RODRIGO *et al.* (2007) “Las Audiencias de la Franja Presidencial Chilena” Cuadernos de Información (Santiago, Facultad de Comunicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile)

VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA (2004) *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile)

ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2005) *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador* (Santiago, LexisNexis).