

TOMO II

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA Y REFLEXIONES PARA EL TOMO II	19
1. INTRODUCCIÓN	21
2. SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL APLICADA EN ESTE LIBRO	22
PRIMERA PARTE. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA	25
1. Sobre la Relación entre Constitución, Orden Público Económico y Autonomía de la Voluntad	27
1.1. Importancia de definir relación entre CPR, OPE y autonomía de la voluntad	27
1.2. Las nociones modernas de Orden Público Económico	28
1.3. Auge y caída del Orden Público Económico dirigista: la influencia de Georges Ripert en Chile	34
1.3.1. Introducción	34
1.3.2. Los primeros trabajos de Ripert sobre el OPE: <i>Le régime démocratique et le droit civil moderne</i> (1936)	36
1.3.3. El OPE en su <i>Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol</i> (1956)	37
1.3.4. El reconocimiento de Ripert al derecho de propiedad como parte del orden público	41
1.3.5. Los reparos de Ripert a la regulación legislativa de la economía	44
1.4. Conclusiones en torno al OPE y Georges Ripert	45
2. Constitucionalismo y regulación de la actividad económica	46
2.1. Nociones de regulación económica o comercial	47
2.2. Contenido de la regulación	52
2.3. La nueva regulación económica y esencia del derecho. El grado aceptable de regulación para la Constitución	53
2.4. Los costos de la regulación económica	57
2.4.1. ¿Es lícito para el derecho constitucional analizar las consecuencias de una regulación?	57
2.4.2. Los argumentos utilitarios y deontológicos en contra de la regulación	60
2.4.3. La crítica a la regulación que altera el funcionamiento del mercado	62

2.4.4. Las imperfecciones de la regulación administrativa del mercado en los monopolios naturales	65
2.5. Libertad o regulación: ¿cuál es el estado natural de los derechos económicos ante la Constitución de 1980?	69
2.5.1. Fuentes de la regulación económica bajo la Constitución de 1980	69
2.5.2. El proceso político como único determinante de la regulación de derechos constitucionales de naturaleza económica	77
2.5.2.1. Un caso comparado: el puente sobre el río Charles	78
2.5.2.2. El caso chileno del Congelamiento del parque de taxis (1998, 2002, 2005)	79
2.5.3. Regulación económica y Constitución: las distintas escuelas en la literatura universal	83
2.5.3.1. Las escuelas de la Economía Política Constitucional y de la Economía Constitucional	84
2.5.3.2. Alemania. La jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht en regulación. El caso Farmacias de 1958	85
2.5.3.3. Las escuelas de pensamiento ante la relación entre Constitución y regulación económica	86
2.6. Consideraciones finales	91
 SEGUNDA PARTE. ESTATUTO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO	 93
1. El Concepto Constitucional de Tributo	95
1.1. La potestad tributaria del Estado: concepto, fines y límites	96
1.1.1. El origen de la potestad tributaria y su relación con la equidad	102
1.2. La creciente problemática legislativa sobre la noción de tributo. El poder soberano para crear impuestos	104
1.3. Importancia del concepto tributo para el derecho constitucional. Uso uniforme de la voz tributo en la CPR. Trascendencia de la clasificación	108
1.4. Los incentivos institucionales para evadir la noción de tributo	111
1.5. El concepto de tributo y la doctrina fiscalista: distinción entre tributos, contribuciones y tasas	114
1.5.1. Consecuencia lógica de la doctrina fiscalista: los pagos obligatorios al Estado que tienen asociada una contraprestación en favor del que paga, no serían tributos	117
1.5.2. Réplica a los argumentos de las teorías fiscalistas	119
1.5.2.1. El grado de especificidad de los beneficios estatales retribuidos al contribuyente en una tasa o contribución	119
1.5.2.2. La problemática de la libertad en la elección de la contraprestación. La ley española	121
1.5.2.3. El contribuyente que rehúsa recibir contraprestaciones	124

1.6. La noción introducida por la Constitución de 1980. La CENC y la nueva clasificación del tributo	125
1.6.1. La unificación del concepto tributo	125
1.6.2. Tributos y cargas públicas. Sentencia TC en caso Abogado de Turno, 2008. Acierto y contradicción	128
1.7. Aclaraciones de lenguaje constitucional: tasas como tributos. Tarifas y otros precios públicos como esfera contractual. Pagos por servicios monopólicos del Estado, aun demandados voluntariamente, son tributos	131
1.8. Alguna jurisprudencia en torno al concepto de tributo	140
1.8.1. La Justicia Ordinaria	140
1.8.2. La Contraloría General de la República	141
2. El concepto de tributo en el derecho constitucional comparado	142
2.1. Estados Unidos: Jurisprudencia	142
2.2. España. Jurisprudencia constitucional	144
2.2.1. Normas genéricas y reserva de ley tributaria	144
2.2.2. El concepto de tributo en España. Artículo 31.3. de la Constitución. Las sentencias de “precios públicos” en los tribunales constitucionales de España (1995) y Chile (2008). Los elementos de un “derecho” como ingreso público	145
2.2.3. España: el caso de la inconstitucionalidad de las multas judiciales (1983)	150
2.3. Otros países. Normas constitucionales tributarias	151
2.4. Alguna doctrina extranjera adicional	151
3. Los principios constitucionales tributarios en la Carta chilena	152
3.1. La legalidad tributaria	152
3.1.1. La doctrina en materia de legalidad tributaria	153
3.1.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre legalidad tributaria	156
3.1.2.1. Corte Suprema, Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Compañía de Teléfonos de Chile, 28 de enero de 1992	157
3.1.2.2. Tribunal Constitucional, Rol N° 247, 14 de octubre de 1996	159
3.1.3. Las lecciones de la jurisprudencia en materia de legalidad tributaria	160
3.2. La justicia tributaria, igualdad, no confiscatoriedad o razonabilidad	161
3.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	163
3.2.2. Birk: la razonabilidad como expresión de la igualdad	169
3.2.3. La arbitrariedad intrínseca y el principio constitucional de proporcionalidad o razonabilidad de las leyes tributarias. Alemania y Argentina	170
3.2.4. Razonabilidad e igualdad de leyes tributarias. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España y de Chile	172
3.2.5. Estados Unidos	173
3.2.5.1. La cláusula de Igual Protección	173

3.2.5.2. El fallo Allegheny Pittsburgh	174
3.2.5.3. El principio de la distribución	175
3.3. El principio de la no afectación tributaria	176
3.3.1. La lógica de este principio	176
3.3.2. Los problemas para la vigencia del principio: el ámbito de aplicación de la disposición 6ª transitoria	180
3.3.3. La excepción del inciso final del N° 20: aplicación de impuestos con clara identificación regional o local	181
3.4. Estatuto constitucional de las cargas públicas	183
3.4.1. Principio de igualdad constitucional: plena aplicación a las cargas públicas	183
3.4.2. Principio de legalidad: vigente para las cargas públicas	184
3.4.3. El principio de no afectación tributaria: inaplicable a las cargas públicas no tributarias	186
4. La jurisdicción tributaria en Chile. Crítica histórica, inconstitucionalidad y nuevos tribunales tributarios (2009)	187
4.1. La discusión doctrinaria que precedió la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario	188
4.2. La sentencia del Tribunal Constitucional que causó la derogación del artículo 116 del Código Tributario. La llegada de los nuevos Tribunales Tributarios en la ley N° 20.322	192
5. Reiteración del concepto constitucional de tributo propuesto en esta obra	197
6. Estudio de casos prácticos: algunos proyectos de ley con aplicación deficiente de la idea de tributo	197
6.1. El proyecto de royalty a la minería (2004)	197
6.2. El proyecto de subsidios maternales (2003)	201
6.3. El proyecto de Jornada Escolar Completa (2004)	204
6.4. Conclusión: proyectos de ley concretos que circundan y evaden la noción de tributo	206
 TERCERA PARTE. EL DERECHO DE PROPIEDAD	 209
1. Introducción	211
2. Los aspectos que comprende el estatuto constitucional de la propiedad	212
3. Los objetivos de la Comisión Constituyente al reformular el derecho de propiedad en la Constitución de 1980. Antecedentes históricos	213
3.1. El deterioro del derecho de propiedad como antecedente de la Constitución de 1980. Doctrina	214
3.2. El debilitamiento de la propiedad en la década 1963-1973	216
3.2.1. La reforma agraria en Chile: culminación de un proceso	217
3.2.1.1. Antecedentes doctrinarios de la reforma agraria	217

3.2.1.2.	La reforma agraria bajo el gobierno de Alessandri	218
3.2.1.3.	Acentuación del proceso de reforma agraria: Eduardo Frei	219
3.2.1.4.	Radicalización del proceso: El período del presidente Allende	221
3.2.1.5.	Aristas constitucionales del proceso de reforma agraria	222
3.3.	Breve evaluación del proceso 1963-1973	226
3.4.	El fortalecimiento jurídico del derecho de propiedad a contar de 1973	227
3.4.1.	Bando N° 5 (1973): Justificación jurídica de la llegada del nuevo gobierno	227
3.4.2.	Decretos Leyes N° 128 (1973) y 788 (1974): <i>Atribuciones del nuevo constituyente</i>	228
3.4.3.	Declaración de Principios de la Junta de Gobierno (1974)	228
3.4.4.	El Acta Constitucional N° 3 (1976): Reconocimiento y reforzamiento del derecho de propiedad	229
3.4.5.	Hitos posteriores a la Constitución Política (1980)	230
3.4.5.1.	Modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual	230
3.4.5.2.	Nueva Ley de Propiedad Industrial	230
3.4.5.3.	La Ley de Protección de datos de carácter personal	231
3.4.5.4.	Los “hurtos hormiga”	231
3.4.5.5.	El procedimiento administrativo	232
4.	La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (Artículo 19 N° 23 CPR)	232
4.1.	El texto constitucional	232
4.2.	La filosofía de la garantía del derecho a la propiedad	233
4.2.1.	Introducción y fundamento de la garantía	233
4.2.2.	¿Qué garantiza en definitiva el Art. 19 N° 23?	235
4.3.	Los bienes excluidos de apropiabilidad	236
4.3.1.	Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres	236
4.3.2.	Los bienes que deban pertenecer a la Nación toda y una ley lo declare así	238
4.3.2.1.	Los Bienes Nacionales	238
4.4.	Las limitaciones a la libertad para apropiarse de bienes. Sentido y alcance del inciso segundo	246
4.5.	El interés nacional como justificante de las limitaciones	248
4.6.	Ejemplos de leyes que imponen limitaciones a la libertad para adquirir el dominio de bienes	248
4.6.1.	Ley General de Bancos	248
4.6.2.	Ley General de Pesca y Acuicultura	248
4.6.3.	Decreto Ley N° 1.939	249
4.6.4.	Ley de Caza	249
4.7.	Ejemplos de leyes que han vulnerado el artículo 19 N° 23 de la CPR	249
5.	El derecho de propiedad (Artículo 19 N° 24 CPR)	250
5.1.	La propiedad. Concepto y complejidades	251

5.1.1.	Los textos básicos. Constitución y Código Civil	251
5.1.2.	Las etapas históricas y escuelas sobre el origen del derecho de propiedad	254
5.1.3.	Escuelas filosóficas sobre el derecho de propiedad	259
5.1.4.	El derecho de propiedad en la Doctrina Social de la Iglesia	260
5.1.4.1.	La enseñanza de Tomás de Aquino	260
5.1.4.1.1.	En cuanto a la apropiabilidad de los bienes	260
5.1.4.1.2.	Licitud y necesidad del derecho de propiedad	261
5.1.4.2.	Documentos pontificios	262
5.1.4.3.	Conclusión	265
5.2.	La propiedad sobre cosas corporales e incorporeales	265
5.3.	El carácter perpetuo y absoluto del derecho de propiedad	271
5.3.1.	La perpetuidad como atributo esencial del dominio	271
5.3.1.1.	Limitaciones a la perpetuidad	271
5.3.1.2.	Consideraciones respecto a la perpetuidad	272
5.3.1.3.	Protección constitucional a la perpetuidad del dominio	274
5.3.2.	El dominio como derecho absoluto	275
5.3.2.1.	Protección constitucional al carácter absoluto del dominio	276
5.3.3.	Conclusiones parciales en consideración a lo expuesto	276
5.3.4.	Relación entre carácter perpetuo y absoluto del dominio y facultad de disposición	277
5.3.5.	El atributo de la perpetuidad en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución	279
5.3.6.	La facultad esencial de disposición en los tribunales constitucionales de Chile y Alemania	283
5.3.7.	Enajenación forzosa de bienes: ¿lícita en la legislación antimonopolios?	287
5.3.7.1.	Análisis de resoluciones del TLDC que imponen ventas forzadas	288
5.3.7.2.	Conclusión: antimonopolios, perpetuidad y disposición	292
5.4.	Propiedad, retroactividad y derechos adquiridos	293
5.4.1.	La doctrina	293
5.4.2.	El Tribunal Constitucional	295
5.4.3.	La Corte Suprema	297
5.4.4.	Conclusión	299
5.5.	La reserva legal en materia de derecho de propiedad	299
5.6.	La función social de la propiedad. Su origen, alcance constitucional y contradicciones	301
5.6.1.	La literatura jurídica en materia de función social de la propiedad	307
5.6.2.	Origen y trayectoria de la función social en la Constitución chilena	310
5.6.3.	Función social: ¿hay real cambio entre los textos de 1967 y 1980?	312
5.6.4.	Derecho de propiedad y función social: ¿armonía o conflicto?	313

5.6.5. Sumario formal del balance derecho de propiedad y limitaciones provenientes de su función social	314
5.6.6. Tesis del autor sobre la función social de la propiedad	316
5.7. La protección de la esencia del derecho de propiedad	317
5.8. La expropiación regulatoria o Regulatory Takings	323
5.8.1. La expropiación regulatoria en el derecho comparado	323
5.8.1.1. Estados Unidos: Introducción y casos básicos: Penn Coal, Penn Central y Lucas	323
5.8.1.2. Los últimos fallos de la Corte Suprema Norteamericana	327
5.8.1.3. Derecho de propiedad y expropiación regulatoria en Alemania	329
5.9. Definición del contenido del derecho de propiedad	339
5.9.1. Jurisprudencia en vulneración de la esencia de la propiedad por alteraciones legislativas y regulatorias. El principio de confianza legítima	340
5.9.1.1. Zapata y su factor de constitucionalidad. Nuestra lista de elementos de ponderación de la constitucionalidad en una limitación de la propiedad. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre privación de las facultades esenciales del dominio	345
5.9.1.2. Expropiación regulatoria en la jurisprudencia de las Cortes Europeas de Justicia	353
5.9.2. Un caso de limitaciones al dominio: el derecho urbanístico y las postergaciones de permisos	358
5.9.2.1. Presentación del caso	358
5.9.2.2. El sentido y justificación del mecanismo del congelamiento del artículo 117 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones	359
5.9.2.3. La excepcionalidad constitucional del congelamiento urbanístico	364
5.9.2.4. Los requisitos del congelamiento urbanístico	366
5.9.2.5. La jurisprudencia administrativa y judicial sobre congelamientos. Procedimientos, plazos y limitaciones	371
5.9.2.6. Conclusiones generales	383
6. El estatuto constitucional de la expropiación	384
6.1. ¿Por qué tolerar la privación del dominio? El fundamento de la institución de la expropiación	384
6.2. El estatuto constitucional de la expropiación	385
6.3. La expropiación como privación del dominio	385
6.3.1. Definición de expropiación	386
6.3.2. Elementos de la expropiación	389
6.3.2.1. Sujetos	389
6.3.2.2. Objeto	390
6.3.2.3. Causa de la expropiación	391

6.3.2.4. Ley de expropiabilidad	391
6.3.2.5. Acto administrativo expropiatorio	393
6.3.2.6. La indemnización	395
6.3.2.7. Procedimiento expropiatorio (análisis del D.L. 2.186)	399
6.4. Principales garantías del expropiado	402
6.4.1. Reserva legal en materia de expropiación	404
6.4.2. Derecho a reclamo del expropiado	404
6.4.3. Derecho a la indemnización	406
6.4.4. Derecho a ser indemnizado totalmente antes de la toma de posesión material del bien expropiado	406
6.5. Reflexión final	407
7. La propiedad minera	407
7.1. Dos teorías en torno al dominio minero	409
7.2. Evolución histórica de la cuestión	410
7.2.1. Primera etapa	410
7.2.2. A partir de la dictación de la ley de reforma constitucional N° 17.450, de 1971	410
7.2.3. La propiedad minera en la Constitución de 1980	411
7.3. La Ley Orgánica Constitucional de Minería y el Código de Minería	413
7.4. Las sustancias no concesibles	415
7.5. Un asunto constitucional aún pendiente: el royalty a la minería (2005)	416
7.6. Nuestra posición en torno a la propiedad minera	416
7.6.1. Campo de análisis	417
7.6.2. Argumento histórico	417
7.6.3. Argumento sistemático	418
7.6.4. Argumento finalista	419
7.6.5. Conclusión	419
7.7. La constitucionalidad del saneamiento de las pertenencias. Debate y resolución por el Tribunal Constitucional	419
7.7.1. Introducción	419
7.7.2. La controversia: materia y rango del artículo 96, inciso tercero, in fine, del Código de Minería	420
7.7.3. Las normas constitucionales en disputa: ¿contradicción en la propia Constitución?	421
7.7.4. La consulta de la Junta de Gobierno al Tribunal Constitucional en 1983	422
7.7.5. ¿Qué trámites diferenciaban a una LOC de una ley común en 1983?	423
7.7.6. El fallo del Tribunal Constitucional de 2007: la profundización del argumento cronológico y el interés público de la riqueza minera	424
7.7.6.1. Rechazo de la inconstitucionalidad de forma	425
7.7.6.2. El fondo: sentencia judicial e interés público en explotación de riqueza minera	426

7.7.7. Conclusiones	426
8. La propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y la propiedad industrial	427
8.1. Introducción	428
8.2. Los temas centrales discutidos en la CENC sobre propiedad intelectual e industrial	430
8.2.1. La protección de las creaciones intelectuales. Literatura y arte	431
8.2.2. La expropiación de la propiedad intelectual	432
8.2.3. La inexpropiabilidad de los derechos morales	434
8.3. La propiedad intelectual	435
8.3.1. Duración de la protección	436
8.3.2. Expropiación	436
8.3.3. Elementos de la propiedad intelectual	436
8.3.3.1. Derechos patrimoniales	437
8.3.3.2. Derechos morales	437
8.3.3.3. Derechos del autor	438
8.4. La propiedad industrial	439
8.4.1. El Know-How	441
8.4.2. Órganos encargados de llevar el registro	442
8.5. Naturaleza constitucional de las propiedades intelectual e industrial	442
8.5.1. Necesidad de la norma	442
8.5.2. Formulación del problema	443
8.5.3. La fuente originaria de la propiedad intelectual: ¿la creatividad personal o el Estado? El problema de la perpetuidad	443
8.5.4. La propiedad marcaria participa de los atributos de la propiedad común y plena. Doctrina y jurisprudencia	445
8.5.5. La propiedad marcaria: ¿cabe ser limitada en el tiempo? Problema de la renovación	446
8.5.6. La renovación marcaria no altera el dominio perpetuo del creador sobre su marca comercial registrada: es sólo una oportunidad que se concede al titular para abandonarla	449
8.5.7. Las leyes equiparan la propiedad marcaria a la propiedad común	451
8.5.8. La Constitución equipara la propiedad común y la propiedad marcaria	451
8.5.8.1. La Comisión Constituyente	451
8.5.8.2. La protección constitucional de la propiedad marcaria y su naturaleza	452
8.5.9. Jurisprudencia	453
8.5.10. La confiscación de la propiedad marcaria vigente en Chile: privación de derechos adquiridos	454
8.5.11. Privación de la propiedad intelectual e industrial	456
8.5.12. Conclusión	458
8.6. Las leyes y tratados que complementan este derecho	458

8.6.1. Propiedad Intelectual	458
8.6.2. Propiedad Industrial	459
8.6.3. Ver también	459

BIBLIOGRAFÍA	461
ÍNDICE ONOMÁSTICO	469
ÍNDICE DE CONCEPTOS	472