



Una ausencia de efectiva garantía jurisdiccional en el derecho urbanístico



JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ

RESUMEN EJECUTIVO

Este comentario jurisprudencial tiene por objeto analizar tanto la invalidación por parte de la Contraloría General de la República, de un permiso de edificación destinado a un Centro de Investigación Científico universitario, así como la resolución de los Tribunales Superiores de Justicia ante el recurso de protección interpuesto por el afectado en contra de aquel acto administrativo. En síntesis, respecto de este caso particular, se concluye que la actuación de ambas instituciones fundamentales del Estado ha afectado los elementos del Estado Constitucional, como son los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes, por la vía de desconocer los principios generales del derecho y del orden público económico, haciendo ilusorio el ideal de una sociedad libre e igualitaria.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Antecedentes de hecho y de Derecho: 1.- Consideraciones previas sobre los permisos de edificación; 2.- Del cumplimiento de los trámites legales para el otorgamiento del permiso de edificación; 3.- Actuación de la Contraloría General de la República; 4.- El Recurso de Protección de la Universidad Finis Terrae; 5.- Resolución del Recurso de Protección de la Universidad Finis Terrae; 6.- Argumentación del Recurso de Apelación interpuesto por la Universidad Finis Terrae; III.- Análisis de las decisiones de la Contraloría General de la República y de los Tribunales Superiores de Justicia: 1.- Estado de Derecho y principios generales de Derecho: 1.1.- La constitucionalización del derecho administrativo; 1.2.- Los principios generales del derecho como límites de la administración; 2.- Análisis del dictamen de la Contraloría General de la República: 2.1.- La Contraloría asumió atribuciones que no le correspondían; 2.2.- La Contraloría ignoró el procedimiento administrativo; 2.3.- La Contraloría se contradice con sus propios pronunciamientos; 2.4.- El razonamiento legal de la Contraloría es errado y tergiversa la doctrina. 3.- Análisis de la resolución de los Tribunales Superiores de Justicia: 3.1.- Defectos para la efectiva garantía jurisdiccional de derechos fundamentales; 3.2.- Alejamiento de la jurisprudencia análoga y razonada; 3.3.- Falta interpretación constitucional en el control jurisdiccional de la administración fiscalizadora. IV.- Estado de Derecho, orden social libre y derecho de propiedad: 1.- El Estado social de Derecho como fundamento de la sociedad libre; 2.- El derecho de propiedad, principio del orden público económico; 3.- El principio de subsidiariedad; 4.- El derecho de propiedad como principio constitucional; 5.- La actuación invalidatoria de la administración.

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario tiene por propósito explicar las causas de la interposición de un recurso de protección en contra de la Contraloría

89



por la invalidación de un permiso de edificación que había obtenido la recurrente y presentar la resolución de este caso por parte de los tribunales superiores de justicia. Además, se hace un análisis crítico del fallo analizando su consecuencia o disconformidad con los principios de un Estado constitucional de Derecho y de una sociedad libre.

En concreto, el 31 de diciembre de 2003, la Fundación Finis Terrae, propietaria de la Universidad del mismo nombre, interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de las dos más altas jerarquías de la Contraloría General de la República, el Contralor y el Subcontralor, con motivo de la invalidación de un permiso de edificación que había obtenido aquella. El recurso ingresó a la Corte de Apelaciones de Santiago con el rol N° 8765-2003, caratulado "**Universidad Finis Terrae con Contraloría General de la República y otros**".

Antes de entrar a un análisis más detallado de las causas de la interposición del recurso por parte de la referida Fundación, cabe señalar, someramente, que los fundamentos de hecho y de derecho de esta acción fueron, principalmente, la dictación por la Contraloría General de la República, del Dictamen N° 53.409, de fecha 26 de noviembre de 2003, por el que se procedió a invalidar el permiso de edificación N° 221, de septiembre de 2002, que autorizaba a la Universidad Finis Terrae para la construcción de un Centro de Investigación Científico en la comuna de Lo Barnechea.

Ese permiso había sido otorgado por la Dirección de Obras de la Municipalidad de Lo Barnechea y se sustentaba en informes de la Seremi Metropolitana de Vivienda y Urbanismo y la Resolución Exenta N° 593 de 2002 de la Corema Metropolitana, todos los cuales también fueron invalidados por la Contraloría General de la República.

La acción constitucional fue rechazada por resolución de fecha 11 de mayo de 2004 por la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo esta confirmada por sentencia de la Corte Suprema con fecha 12 de julio del mismo año, luego de ser apelada.

Sobre el caso en particular, es necesario anticipar, en primer lugar, que el acto invalidatorio de la Contraloría General de la República es contrario al ordenamiento constitucional y legal, asumiendo atribuciones que en este no se contemplan expresamente, afectando por este motivo de manera ilegal y arbitraria, derechos fundamentales que forman parte del denominado orden público económico, es decir, del conjunto de principios y valores reconocidos en la Constitución Política de la República, que tienen por finalidad garantizar el libre ejercicio de la activi-

dad económica de la sociedad. En segundo lugar, debe reprochársele a los Tribunales Superiores de Justicia, la falta de una debida interpretación y razonamiento jurídicos de alcance constitucional, al momento de resolver la acción de protección, a la cual recurrió la Universidad Finis Terrae para impedir la referida invalidación; esta deficiencia en la función jurisdiccional, resulta injustificable cuando a ella le corresponde avocarse de manera inexcusable y eficaz la garantía de los derechos fundamentales, que constituyen pilar esencial del Estado de derecho. Esta actuación cuestionable de los referidos tribunales ha hecho ilusorio el legítimo ejercicio de esos derechos.

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO

1. Consideraciones previas sobre los permisos de edificación

Considerando que el acto administrativo que la Contraloría General de la República ha invalidado, es de aquellos denominados como permiso de edificación, convendrá analizar previamente su naturaleza para comprende el análisis que precede.

Habrá que tener presente, entonces, que el permiso de edificación o la licencia urbanística, como es denominada en el derecho comparado, constituye *“un acto de autorización, que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el sujeto autorizado (como el derecho de propiedad), previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los planes”*¹.

El permiso o licencia se define en la doctrina como *“una declaración de voluntad de la administración municipal mediante la cual esta permite que otros sujetos ejerciten el derecho a edificar, previa comprobación de las circunstancias objetivas establecidas por la ley o, en virtud de la misma, por los planes de ordenación, como condicionamientos de tal ejercicio”*².

De esta forma, el permiso de edificación permite el libre ejercicio de tales derechos, concretamente, del *“ius aedificandi”*, que constituye una expresión más de las facultades del dominio y, por lo tanto, amparada por la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24.

¹ PARADA, RAMÓN: *Derecho Urbanístico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 287.

Se afirma también, que “el otorgamiento de la licencia determina la adquisición del derecho a edificar, por lo que la licencia urbanística tiene un efecto constitutivo que normalmente no acompaña a las autorizaciones y está ligada a la condición de propietario de su titular”³. La autorización también permite que la obra que se construya y recepcione definitivamente, se incorpore al patrimonio del propietario, en lo que se denomina el derecho a la edificación.

Según Carceller⁴, las características de dicha autorización son: *simple*, porque tiene solo por objeto controlar la actividad autorizada; *por operación*, pues no crea vínculo entre la administración y el sujeto autorizado; *real*, porque su punto de mira es el objeto sobre el que recae y, *de naturaleza reglada*.

Por otra parte, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico urbanístico, tal autorización, destinada a ejercer el derecho a edificar o *ius aedificandi*, caduca en el plazo de tres años desde la fecha de otorgamiento del permiso, si no se hubieren iniciado las obras o hubieren permanecido paralizadas durante el mismo lapso, según lo dispone el artículo 1.4.17 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

2. Del cumplimiento de los trámites legales para el otorgamiento del permiso de edificación

La Universidad Finis Terrae, en el ámbito de sus objetivos de educación superior decidió la construcción de un Centro de Investigación Científico, en un predio de su propiedad, ubicado en el denominado Cerro del Medio en la comuna de Lo Barnechea.

Con el fin de obtener el permiso de edificación respectivo, dicha institución procedió a realizar los trámites administrativos legales y reglamentarios ante la Dirección de Obras de la Municipalidad de Lo Barnechea. En tal sentido, inicialmente la Universidad presentó un anteproyecto ante esa autoridad urbana, el que fue aprobado mediante la correspondiente resolución.

Cabe hacer presente que los anteproyectos de obras de edificación, según se define en el artículo 1.1.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, constituyen la presentación previa de un proyecto de esa naturaleza. Ellos contemplan los aspectos esenciales

² Ob. cit. p. 98.

³ Ob. cit. p. 98.

⁴ CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO: *Introducción al derecho urbanístico*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 98.

relacionados con la aplicación de normas urbanísticas y tienen por objeto preciso, una vez que ha sido aprobado, mantener vigentes o fijar las condiciones urbanísticas establecidas en los instrumentos de planificación respectivos y en la Ordenanza General que se hubieren considerado en ese anteproyecto, para los efectos de obtener posteriormente el permiso definitivo con esas mismas condiciones. En buenas cuentas, el anteproyecto determina las normas urbanísticas que deberán respetarse en el permiso, otorgando a los propietarios certeza y seguridad jurídicas.

En el caso que se analiza, la Dirección de Obras de Lo Barnechea resolvió favorablemente el anteproyecto para la construcción del Centro de Investigación, sobre la base de un pronunciamiento de la Secretaría Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo. Este organismo que depende del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y es el superior jerárquico técnico del titular de aquella unidad municipal, tiene competencia de acuerdo a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, entre otras materias, para interpretar los instrumentos de planificación territorial. Dichos pronunciamientos y actos de los organismos antes mencionados datan del año 2001.

La Seremi estableció en aquella oportunidad que el proyecto se ajustaba en cuanto al emplazamiento de las construcciones, porcentaje de ocupación de suelo, actividades principales y complementarias y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.2.1 de la Ordenanza del Plan Regulador de Santiago, que se refiere al Sistema Metropolitano de Áreas Verdes y Recreación y que dispone que las condiciones técnico-urbanísticas para las instalaciones y edificaciones complementarias serán determinadas en los proyectos específicos que aprueben las Direcciones de Obras Municipales.

Por otra parte, para la aprobación del proyecto de edificación del Centro de Investigación que calificaba como proyecto inmobiliario, el propietario debió someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, por exigencia de la Ley de Bases del Medio Ambiente y el Reglamento respectivo. El proyecto obtuvo en octubre de 2002, resolución favorable de la Comisión Regional del Medio Ambiente.

Sin perjuicio de las resoluciones favorables antes mencionadas, en un primer momento, la Dirección de Obras de Lo Barnechea rechazó el proyecto y no otorgó el permiso de edificación solicitado por la Universidad Finis Terrae.

Sin embargo, luego que el propietario recurriera, de acuerdo a la Ley

General de Urbanismo y Construcciones, a los procedimientos administrativos de reclamo ante la Secretaría Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo y esta los resolviera favorablemente, la Dirección de Obras se vio obligada a otorgar el permiso de edificación N° 221, en septiembre de 2002.

De esta forma, la Universidad Finis Terrae obtuvo un permiso de edificación de acuerdo a un procedimiento administrativo absolutamente reglado, que contó con los trámites habilitantes, emanados de todos los órganos de la Administración competentes en la materia.

3. Actuación de la Contraloría General de la República

Más de un año después de haberse otorgado el permiso de edificación a la Universidad Finis Terrae, en noviembre de 2003, emana de la Contraloría General de la República el Dictamen N° 53.409, por el que se determina e instruye a la Dirección de Obras Municipales y demás organismos que participaron en el procedimiento de aprobación del proyecto de aquella Universidad, dejar sin efecto dicho permiso y los pronunciamientos respectivos, mediante la figura de la invalidación de los mismos.

Es importante señalar que la invalidación de los actos se produjo a instancias de un grupo de ecologistas, quienes solicitaron a la Contraloría General de la República, en diciembre de 2002, se declarara la ilegalidad de tal permiso de edificación, basados en que la Universidad Finis Terrae lo que pretendía era la construcción de un establecimiento educacional en terrenos del Parque Intercomunal Cerro del Medio, tipificados como "Cerros Islas", lo que sería contrario a la legalidad.

El referido dictamen de la Contraloría señala entre sus fundamentos para proceder a la invalidación de los actos y pronunciamientos de los organismos públicos, textualmente lo que sigue:

"la configuración de este conjunto de edificios (que comprende el Centro de Investigación de la Universidad Finis Terrae) no se aviene con las exigencias de la normativa que regula el Sistema Metropolitano de Áreas Verdes y Recreación contemplado en el artículo 5.2. de la citada Ordenanza del Plan Regulador Metropolitano de Santiago, ni a la orientación determinada en el referido punto 4.9.2.3. de la memoria de dicho instrumento, pues se aparta de los objetivos del aludido Sistema, al crear al interior de un Cerro isla un establecimiento educacional, con un núcleo compuesto de edificios de importante magnitud, sin perjuicio del mencionado artículo 5.2.3.2. que limita los usos de suelo exclusivamente a aquellos relacionados con áreas verdes, recreacional-deportivo, de culto, cultural, científico, esparcimiento y turismo al aire libre".

Orega el mismo dictamen, entre los fundamentos para proceder a la

invalidación, lo siguiente:

“este proyecto infringe la citada medida M4OTR1⁵ del Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, que obliga a la preservación de la áreas verdes de la Región y, excepcionalmente, permite des-afectar un porcentaje de ellas no consolidadas, siempre que se cumplan diversas medidas de compensación, que en la especie no existen.”

Finalmente, añade la Contraloría en su dictamen invalidatorio:

“En este sentido, corresponde puntualizar que, aun en el evento de entender que la referida obra pudiera relacionarse con lo científico, el mismo precepto exige que ella sea complementaria y compatible con el carácter de área verde de uso público o privado que es consubstancial a tales parques, lo cual no ocurre en la especie, toda vez que en modo alguno tiende a perfeccionar o reforzar dicho carácter de área verde, sino que, por el contrario, se trata de la generación de un área destinada a un establecimiento educacional, comprendiendo la obra, en forma primordial, aulas y oficinas administrativas, que se interrelacionan con el sector de laboratorios y talleres, objetivos que son de un orden ajeno a la naturaleza y finalidades propias de los Parques Intercomunales”.

En su parte resolutive, el referido dictamen del organismo contralor manifiesta lo siguiente:

“En consecuencia, de lo antes comentado se concluye que tanto el permiso edificación N° 221, de 2002, de la Dirección de Obras Municipales de Lo Barnechea, al autorizar la construcción del Centro Científico del Campus La Dehesa de la Universidad Finis Terrae, como los informes expedidos por la SEREMI de Vivienda y Urbanismo mediante ORD. 2576 de 10 de julio de 2001, y ORD. 1037, de 15 de marzo de 2001, que amparan dicho destino, y la resolución exenta N° 593, de 2002, de la COREMA Metropolitana, infringen las disposiciones de la Ordenanza del Plan Regulador Metropolitano de Santiago que regulan el Sistema de Áreas Verdes y Recreación, especialmente el artículo 5.2.3.2., en

⁵ Se exige el cumplimiento de esta medida en el inciso 5° del artículo 5.2.1.1. del Plan Regulador Metropolitano de Santiago relativo a la recuperación de áreas verdes en la Región Metropolitana. La medida M4OTR1 se encuentra señalada en el **Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica para la Región Metropolitana**, aprobado por D.S N° 22 y publicado en el *Diario Oficial* de 06.06.98, correspondiendo a la Línea de Acción 2 sobre “Desarrollo de Parques y Áreas Verdes”, Estrategia 2 “Manejo y reparación del recurso suelo”. Por D.S. N° 20 de 22.01.01. se modificó el citado Plan, estableciéndose en su artículo 1° N° 20 un nuevo contenido a la medida M4OTR1, consistente no solo en preservar áreas verdes existentes, sino fomentar la construcción y mantenimiento de otras nuevas. En su inciso 3° se dispone textualmente: “En los Parques Metropolitanos, Parques Intercomunales y Áreas Verdes Complementarias, no consolidados, se podrán destinar, concentradas en un solo paño, hasta un 20% de sus superficies originales respectivas, a las destinaciones que, al efecto, señale en cada caso la Secretaría Regional Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo”, cuando se reúnan las condiciones exigidas, tales como, destinar otro terreno a área verde y comprometerse a construirlo en un lapso de 20 años.

⁶ PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS: *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003, p. 76 y sgtes.

cuanto admiten la construcción de un establecimiento educacional en un Parque Cerro Isla, uso de suelo no permitido en dicha área verde”.

Y en su parte final la Contraloría concluye:

“En relación a lo anterior y dado que, al tenor de lo previsto en los incisos primero y segundo del artículo 6° de la Constitución Política de la República y de los artículos 2°, 10° y 11° de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, constituye un deber de todo órgano de la Administración invalidar sus actos administrativos contrarios a derecho, corresponde que los servicios públicos nombrados actúen en el sentido indicado, dejando sin efecto los actos singularizados”.

Este organismo contralor, con ocasión del recurso de protección que interpondrá la Universidad Finis Terrae en su contra, por la dictación del Dictamen N° 53.409, argumentará en defensa del mismo con los siguientes fundamentos:

1. Que la actuación de la Contraloría General de la República es legal por cuanto se ha efectuado de acuerdo a las normas constitucionales y legales, que le impone el deber de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración. Del mismo modo, se ha pronunciado a través de la formalidad exigida, es decir, mediante un dictamen.
2. Que la actuación no es arbitraria, pues se estudió de acuerdo a lo formulado por los peticionarios de la ilegalidad y por lo órganos administrativos involucrados en los actos administrativos que se invalidaron. Tampoco se omitió *“sopesar las consecuencias derivadas del respectivo pronunciamiento. Así, al aceptarse la nulidad del permiso de edificación N° 221 se tuvo en consideración la situación de hecho, que consiste en que no existe obra material alguna iniciada como consecuencia del otorgamiento de dicha autorización... Por tanto, no se trata de demoler o destruir edificaciones sino solamente de dejar sin efecto un acto administrativo irregular”*. Agrega el organismo contralor, en este mismo acápite sobre la arbitrariedad, que *“no se advierte cómo la actuación de la especie por parte de esta Contraloría General podría configurar un acto arbitrario que pueda servir de fundamento para la interposición del recurso de autos, dado que el dictamen impugnado fue elaborado luego de un procedimiento razonable, etapa por etapa, ponderando todos los hechos que se le hicieron presente y consultando la normativa vigente”*.
3. En lo que respecta a la eventual vulneración del derecho de propiedad de la Universidad, derivado de la invalidación del permiso de edificación, la Contraloría General expresa que, habiéndose otorgado este con infracción a la normativa que regulaba su otorgamiento, no ha podido lesionar su legítimo ejercicio, descartando, además, la calidad

de tercero de buena fe respecto del propietario titular del derecho y peticionario directo del mismo permiso.

4. En cuanto a la potestad invalidatoria de la Contraloría General, esta manifiesta que su fundamento radica en la Ley 10.336, Orgánica Constitucional, en sus artículos 6, 9 y 19 y en el ámbito municipal, tiene atribuciones fiscalizadoras otorgadas por los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, pudiendo emitir dictámenes jurídicos sobre materias sujetas a su control.

5. Agrega que esa potestad respecto de un *“acto viciado de ilegitimidad responde a la plena observancia del principio de juridicidad que enmarca el accionar de la Administración y de todos los órganos del Estado y que, entre otras disposiciones, recogen los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y 2 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado”*.

6. Respecto del mismo aspecto de la potestad invalidatoria, la Contraloría General argumenta que su ejercicio se habría efectuado por la vía de acoger los recursos administrativos de reposición y jerárquico. Agregando además, que *“actualmente la invalidación se encuentra prevista como una potestad de la autoridad administrativa en el artículo 53 de la ley 19.880”*.

7. Por otra parte, el organismo contralor pretende desvirtuar el argumento de la recurrente de protección, la Universidad Finis Terrae, del hecho de haber actuado como comisión especial vulnerando así un principio del debido proceso, sosteniendo que la invalidación del permiso de edificación, deriva de la competencia que la Constitución y las leyes le confieren a la Contraloría General para emitir dictámenes respecto de los servicios fiscalizados por ella, los que le son obligatorios.

8. En relación a la eventual transgresión de la Ley 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo, en que habría incurrido la Contraloría General, según lo calificado por la Universidad Finis Terrae en su recurso de protección, ese organismo afirma lo siguiente: *“las peticiones formuladas a los entes administrativos con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 19.880, quedan al margen de las disposiciones de ese cuerpo legal”, toda vez que, ante la ausencia de normas transitorias que regulen su vigencia temporal, es menester aplicar lo previsto en el artículo 24 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, según el cual “las actuaciones y diligencias que estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*. Agrega que, en la especie la solicitud del grupo ecologista para que se declare la ilegalidad del permiso, se

presentó antes de la publicación de la Ley N° 19.880, por lo que tales actuaciones se rigen por las leyes vigentes al momento de su presentación.

9. Finalmente, el mismo organismo contralor, se aboca a analizar acerca del efectivo cumplimiento normativo del proyecto de la Universidad Finis Terrae para construir el denominado Centro Científico del Campus La Dehesa. En este punto se detiene la Contraloría General a dilucidar si el permiso de edificación N° 221 se otorgó en conformidad a la normativa vigente y si realmente es lo que indica su denominación, es decir, un Centro Científico.

10. Dicho organismo informa a la Corte de Apelaciones, lo siguiente:

“la preceptiva que rige la materia en estudio está contenida en los artículos 5.2.3. y 5.2.3.2. de la Ordenanza del Plan Regulador Metropolitano de Santiago. En la primera de ellas se determina, en lo que interesa, que los Parques Intercomunales son “áreas verdes de uso público o privado que pueden acoger actividades recreacionales, deportivas, de culto, culturales, científicas, de esparcimiento y turismo al aire libre”. Añade la norma que dichos usos deben “ser complementarios y compatibles y no podrán alterar su carácter de área verde, su valor paisajístico o su equilibrio ecológico”. En la Segunda se establece, dentro de los Parques Intercomunales, la categoría “Cerros Islas”, y en esta, en la comuna de Lo Barnechea, la zona denominada “parte del Cerro del Medio”.

11. Luego de un análisis de las características del proyecto concluye que,

“aun en el evento de entender que la referida obra pueda relacionarse con lo científico, el artículo 5.2.3.2. de la Ordenanza del Plan Regulador Metropolitano de Santiago exige que ella sea complementaria y compatible con el carácter de área verde de uso público o privado que es consubstancial a tales parques, lo cual no ocurre en la especie, toda vez que de modo alguno tiende a perfeccionar o reforzar dicho carácter de área verde sino, por el contrario, se trata en lo fundamental de la generación de un área destinada a establecimiento educacional, comprendiendo la obra, en forma primordial, aulas y oficinas administrativas, que se interrelacionan con el sector de laboratorios y talleres, objetivos que son de un orden ajeno a la naturaleza y finalidades propias de los Parques Intercomunales”.

4. El recurso de protección de la Universidad Finis Terrae

La recurrente interpondrá esta acción constitucional, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo establecido por el Auto Acordado sobre Tramitación del mismo, contados desde la fecha de notificación que se hiciera de la Resolución emanada de la Dirección de Obras Municipales que dejó sin efecto el permiso de edificación. Ello por cuanto no fue notificada por la Contraloría General de la República de su Dictamen 53.409, del cual solo tuvo conocimiento a través de la anterior resolución.

La Universidad, en el escrito de su acción, junto con realizar una secuencia de los hechos y actos que han servido de sustento al permiso de edificación N° 221 otorgado por la Dirección de Obras Municipales de Lo Barnechea, destinado a la construcción del Centro de Investigación Campus La Dehesa, además, se encarga de reprochar la actuación de la Contraloría General de la República no solo por el pronunciamiento invalidatorio de ese permiso, contenido en su Dictamen N° 53.409, sino, además, por el hecho que ese organismo no le hubiese dado traslado ni notificado de la presentación del grupo de personas que impugnaron el referido permiso.

Al respecto, la recurrente afirma que la Contraloría General al no darle traslado de la petición de ilegalidad del permiso, le ha desconocido la calidad de interesado, es decir, poseedor de un interés directo y derecho legítimo en el acto que se deja sin efecto y de esta forma ha incurrido en un actuar ilegal y arbitrario. Ilegal, por vulnerar el procedimiento contemplado en la Ley 19.880, especialmente el artículo 2, que dispone que la invalidación procederá previa audiencia del interesado. Arbitrario, por desentenderse de los antecedentes que tuvo a la vista y omitir la notificación e información a la Universidad.

En efecto, en relación a lo anterior, la Universidad argumenta sobre la base de pronunciamientos anteriores de la propia Contraloría General de la República, la que ha expresado que *“la potestad invalidatoria de la administración se encuentra limitada por la necesidad de garantizar la certeza o seguridad de las situaciones jurídicas constituidas al amparo del respectivo acto administrativo, por lo cual un eventual decreto rectificatorio no puede afectar los derechos que se hayan incorporado inequívocamente con anterioridad al patrimonio de terceros de buena fe”*.

Alega también, la Universidad, su calidad de detentadora de buena fe del permiso de edificación, lo que le autoriza a ejercer el derecho de propiedad, el que se encuentra legítimamente incorporado en su patrimonio y, por lo tanto, amparado por la Constitución Política de la

República.

Destaca la recurrente de protección, que lo más reprochable de la actuación de la Contraloría General ha estado constituido por la privación del derecho de propiedad de un tercero de buena fe. Agregando que dicha acción calificada de ilegal y arbitraria, es contraria a los propios principios de derecho que ese organismo ha sustentado en su jurisprudencia, citando al efecto dictámenes que manifiestan que la potestad invalidatoria está restringida cuando el acto administrativo atenta contra los principios de seguridad o certeza jurídica y la buena fe, los que priman por sobre aquella.

Finalmente, la Universidad funda su legitimidad activa para accionar de protección en su calidad de afectado en grado de privación de su derecho de propiedad, garantizado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República. También invoca como garantía vulnerada por el actuar de la Contraloría General, el artículo 19 N° 3 inciso cuarto del Texto Constitucional, que dispone que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal establecido por la ley. Respecto de este último aspecto, la recurrente manifiesta que en el evento de existir vicios en el permiso de edificación, debió recurrirse a los tribunales de justicia con el fin de que estos declararan la nulidad de derecho público, ilustrando esta opinión con sentencias judiciales.

Ilustra también su argumentación y línea de fundamentación en la doctrina, especialmente en la tesis de la nulidad de derecho público, principalmente elaborada y desarrollada por el profesor Soto Kloss, que niega la autotutela declarativa a la Administración y, en consecuencia, resta validez a la figura de la invalidación, haciendo radicar la declaración de nulidad, en los tribunales de justicia, mediante un procedimiento jurisdiccional idóneo.

5. Resolución del Recurso de Protección de la Universidad Finis Terrae

La Corte de Apelaciones, con fecha 11 de mayo de 2004, fallará el asunto sometido a su jurisdicción por vía de la acción de protección. Luego de reseñar en los vistos los diversos argumentos de las partes y de los organismos que participaron en los actos administrativos que se dejaron sin efecto e invalidaron por la Contraloría General de la República, en la parte considerativa de la sentencia, el tribunal se dedica a citar normas de diversos textos legales, de cuya relación deduce que *“aparece de manifiesto que la Contraloría General de la República tiene la atribución de fiscalizar la legalidad de los actos de la Administración,*

entre los que se encuentran las Municipalidades, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, incluyendo sus Secretarías Regionales Ministeriales, y la Corporación Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana, atribución que puede llevarla a efecto mediante la toma de razón o a través de los otros medios que franquea la ley y que exterioriza o manifiesta por medio del correspondiente dictamen”.

La misma sentencia intenta desvirtuar los reproches de la recurrente en cuanto a la ilegalidad y arbitrariedad por parte de la Contraloría General de la República. Según la Corte, dicho organismo no ha transgredido la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, por cuanto al momento de iniciarse el procedimiento con la petición del grupo ecologista que solicitó que se declarara ilegal el permiso de edificación, esa norma legal no se encontraba vigente. En cuanto a la arbitrariedad, esta no se verificaría, sino que, al contrario, la decisión del organismo contralor ha sido razonada y sus motivos explicitados, habiendo procedido *“al análisis del proyecto de construcción y de sus planos por personal técnico especializado de la Contraloría, y también se consulta la normativa vigente”*.

La sentencia también se encarga de desvirtuar la impugnación de ilegalidad en contra de la Dirección de Obras Municipales, señalando que esta se encuentra bajo la potestad administrativa de la Contraloría General.

En fin, la Corte rechaza el recurso de protección, teniendo como último razonamiento el siguiente:

“Que, siempre que se aboque al conocimiento y fallo de un recurso de protección, la Corte de Apelaciones no podrá prescindir ni desatender la circunstancia que dicha acción fue concebida por el constituyente como un remedio eficaz y urgente para amparar al afectado en el ejercicio “legítimo” de un derecho preciso –como se dijo en el párrafo primero del considerando 7º–, derecho que a su vez ha de ser también legítimo, indubitado, y no disputado– como igualmente se dijo en el párrafo 2º del mismo motivo–, presupuestos constitucionales que, al no concurrir copulativamente en el caso de la especie, no habilitan al órgano jurisdiccional para “restablecer el imperio del derecho” y para “asegurar la debida protección del afectado”, cuales son los dos objetivos finales y específicos de esta acción cautelar que, separada pero armónicamente, miran, el primero a la salvaguardia del ordenamiento jurídico en general, y el segundo a la protección singular e individual del afectado”.

Inmediatamente más adelante en la misma sentencia, la Corte declara:

“ante la clara y notoria controversia relativa a la naturaleza, finalidad y extensión de la construcción en comento, mal podría la Corte, sin facultad jurídica sufi-

ciente, alterar la eficacia material de las constataciones de orden técnico hechas por los organismos especializados recurridos, efectuadas que ellas fueron en el ámbito de sus respectivas funciones y atribuciones particulares que, en conjunto, miran a la planificación territorial, a la evaluación del impacto ambiental, a la preservación de la salud de la población y al adecuado uso de los recursos naturales”.

Esta sentencia será apelada extensa y fundadamente ante la Corte Suprema, resolviendo esta, en pocas líneas, con una simple confirmación de aquella.

6. Argumentación del recurso de apelación interpuesto por la Universidad Finis Terrae

La apelación a la sentencia de la Corte de Apelaciones, se basará en confirmar como hechos indubitados, establecidos y no objeto de controversia, en primer lugar, la adquisición de un inmueble en el denominado Cerro del Medio, a un costoso valor, luego de la aprobación de un anteproyecto de construcción de un Centro de Investigación Científica, en ese lugar. Este anteproyecto aprobado, de acuerdo a la normativa legal y reglamentaria, otorgaba seguridad y certeza jurídica en cuanto a las normas aplicables al proyecto. También se indica como hecho indubitado, la posterior obtención de un permiso de edificación, sobre la base del pronunciamiento favorable de diversos órganos de la Administración, competentes en la materia.

Asimismo, se menciona como hechos indubitados, el Dictamen N° 53.409 de la Contraloría General de la República, por el que se invalidó el referido permiso de edificación N° 221 de septiembre de 2002, a solicitud de un tercero ajeno y sin que se diera debido emplazamiento de esta al propietario del terreno y titular del derecho de edificación, Universidad Finis Terrae.

Se señala que el criterio impuesto por el organismo contralor fue impugnado por los órganos técnicos competentes en materia urbanística y medioambiental, los que confirmaron en sus respectivos informes a la Corte de Apelaciones su posición favorable al permiso de edificación invalidado.

La apelación destaca también las infracciones jurídicas en que incurre el fallo de la Corte de Apelaciones. Se reprocha el amparo judicial a la invasión por la Contraloría General de la República de facultades privativas de órganos técnicos de la Administración, las que se encuentran expresamente establecidas en la legislación y confirmadas por aquel mismo órgano contralor, en diversos dictámenes. También se advierte

que este error jurídico importa una infracción grave al artículo 73 de la Constitución Política de la República, que hace radicar las facultades jurisdiccionales en los Tribunales de Justicia y no en la Contraloría General de la República. Añade a este respecto el apelante, que se ha vulnerado el principio de legalidad, consagrado en las normas sobre principios formales del Estado de derecho, artículos 6 y 7 de la norma fundamental.

La apelación denuncia la falta de aplicación de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, que debió entrar a regir *“in actum”*, al momento de su promulgación. Así se desvirtúa el argumento de la Contraloría General de la República en orden a que en el asunto sometido a su conocimiento regiría el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, y, por lo tanto, tuvo que aplicar el procedimiento administrativo vigente a la fecha de la presentación de los terceros que solicitaron se dejara sin efecto por ilegal el permiso de edificación. En este sentido, el apelante contraargumenta, afirmando que a esa fecha no existía norma que regulara procedimiento, *“dando ultractividad a normas inexistentes que regularían actos que se insertan en el campo del Derecho Público”*.

Lo anteriormente afirmado y en especial, teniendo presente, que la referida Ley sobre Efecto retroactivo de las Leyes, se inspira en la distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas, lleva a concluir que, *“se han dejado de aplicar normas sobre procedimientos administrativos vigentes a la fecha de pronunciarse el Dictamen que motiva el presente recurso, desamparando, de este modo, al administrado, y lesionando sus derechos adquiridos legítimamente en conformidad a las leyes vigentes”*.

Finalmente, el recurso de apelación insiste en el quebrantamiento de la Ley 19.880, no solo en el aspecto mencionado anteriormente, es decir, la no aplicación de la misma, sino que, en el evento de reconocer que la Contraloría General de la República tuviese facultades invalidatorias, estas no se ejercieron en la forma que dispone la misma ley.

III. ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Descritos los hechos y acciones, corresponde entonces, entrar a analizar la actuaciones tanto de la Contraloría General de la República como de los Tribunales Superiores de Justicia en relación a la materia y determinar si ellas se conformaron o no a los principios que inspiran y sustentan un Estado de derecho y, por ende, resultó respetuoso de las

bases de un orden social en libertad.

Para no dejar en suspenso hasta después del presente análisis, la calificación de las actuaciones de dichas instituciones, desde ya puede señalarse que ellas constituyen un auténtico debilitamiento del Estado de derecho, según se desprenderá del razonamiento que se realizará a continuación.

1. Estado de derecho y principios generales del derecho

1.1. La constitucionalización del derecho administrativo

En efecto, en primer lugar, la Contraloría General de la República al emitir el Dictamen N° 53.409 de 26 de noviembre de 2003, por el que invalidó el permiso de edificación, ha desconocido fundamentales principios generales del derecho, como consecuencia de hacer primar exclusivamente una interpretación meramente normativa en la situación sometida a su conocimiento.

La idea de un Estado de derecho en la actualidad no se inspira en el simple respeto del conjunto de normas jurídicas emanadas de los distintos órganos potestativos, sino que, superada la etapa más yerma del positivismo, el derecho se entiende a partir de valores o principios que han sido recogidos por el constituyente en un momento determinado, así como por aquellos valores que la propia comunidad va incorporando en el devenir histórico, y que adquieren el carácter de bienes jurídicos protegidos. Se afirma⁶ que en la actualidad se ha producido un cambio desde el antiguo Estado de derecho legal para convertirse en Constitucional, donde cobra protagonismo el juez ordinario o constitucional y no la discrecionalidad de la Administración fiscalizadora. Diríamos que hoy se tiende a superar el problema de la “*administrativización*” del derecho constitucional, para alcanzar una auténtica *constitucionalización* no solo del derecho, sino, de la administración e incluso, de la economía.

Así también, la concepción de un Estado de derecho no solo implica el respeto irrestricto de los gobernados al ordenamiento jurídico, sino, la garantía por parte de todos los poderes y órganos estatales y personas, de que los derechos individuales y sociales y los mismos principios generales del derecho serán respetados de igual forma por el Estado, pues, como se sostiene por la doctrina mayoritaria, son anteriores y superiores a este. En estos últimos radica la verdadera esencia de la juridicidad.

1.2. Los principios generales del derecho como límites de la Administración

Algunos de los principios generales del derecho que importa destacar en este análisis, en especial, aquellos limitativos de la actuación de la Administración del Estado, son: del debido proceso en sus elementos característicos de la citación del afectado, emplazamiento, revisión judicial, idoneidad del procedimiento y legalidad del tribunal; del orden público económico, como la no discriminación arbitraria, la libre iniciativa, el derecho de propiedad, la servicialidad del Estado, el bien común; también, la buena fe, la discrecionalidad administrativa fundada en la oportunidad, el mérito, la conveniencia, pudiendo agregar, además, la proporcionalidad, en fin, no deben olvidarse los principios de la seguridad y la certeza jurídicas⁷.

Como señala Restrepo Valencia, los principios generales sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento⁸. Idea que cobra cada vez mayor importancia, desde que el ejercicio de la actividad estatal, ya sea de la Administración activa o la fiscalizadora, así como del Estado jurisdiccional, en su relación con las personas o los administrados y cuando son los derechos de estos los que se encuentran en juego, debe ser capaz de garantizarlos eficazmente, sobre la base de criterios de interpretación acordes con la norma constitucional, que consagra los derechos fundamentales y sus mecanismos cautelares, así como los aspectos sustanciales de un Estado de Derecho. Solo bajo esta forma puede desarrollarse un orden social en libertad, descartando hacerlo sobre la base de criterios de legalidad formal, cuyo horizonte será normalmente, la simple visión en negro y blanco de la actuación administrativa, es decir, solo si es legal o ilegal, sin atender a criterios de contexto o finalísticos.

2. Análisis del Dictamen N° 53.409 de la Contraloría General de la República

2.1. La C.G.R. asumió atribuciones que no le correspondían

De acuerdo a lo anterior, la Contraloría General de la República, en su afán legítimo de fiscalizar la actuación de los órganos de la Administración y de corregir los vicios en que estos puedan incurrir en el cumplimiento de sus funciones, sin embargo, con excesivo celo en el caso que se analiza, hizo primar imperativamente sus atribuciones,

⁷ Para un análisis más exhaustivo de esta materia, ver ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE: *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado*

transgrediendo los límites de la legalidad, la constitucionalidad y varios de los propios principios generales del derecho que se han mencionado anteriormente.

En la especie, la Contraloría General de la República invadió el ámbito de competencia que le corresponde legalmente a otros órganos de la Administración, contradiciendo de esta forma su propia jurisprudencia y aquella emanada de los Tribunales Superiores de Justicia que ha establecido los límites de la misma. En efecto, según diversos dictámenes emanados de la misma Contraloría y, por lo demás, en virtud del propio artículo 4° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, las materias técnico-urbanísticas, reguladas en la normativa legal y reglamentaria pertinente, deben ser supervisadas en cuanto a su cumplimiento por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo y a las Secretarías Regionales Ministeriales del mismo ramo, así como interpretar los instrumentos de planificación territorial.

Como consecuencia de la modificación de que fuera objeto el artículo 4° antes citado de la L.G.U.C., en virtud de la Ley 18.738 en 1988, la Contraloría General quedó privada de la facultad de pronunciarse sobre materias de orden técnico, pudiendo solo informar sobre interpretación y aplicación en casos concretos sobre las normas de uso de suelo, debiendo respetar el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de los órganos competentes de acuerdo a la ley.

La evidente transgresión de la Contraloría General en el caso en cuestión, no solo proviene del hecho de haberse atribuido facultades que no le correspondía, sino, además, desconocer el criterio discrepante con el Dictamen N° 53.409, que manifestaron y representaron en la materia los órganos de la Administración competentes por expreso mandato legal. Esta discrepancia debía ser zanjada por la opinión del órgano técnico competente, la Seremi de Vivienda y Urbanismo, en razón de que por su naturaleza, es él el encargado de acuerdo a la ley para determinar e interpretar el auténtico sentido y alcance de la norma aplicable.

chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003. También en RESTREPO VALENCIA, HERNÁN: *Nomoárquica, Principalística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1993. Ver también RODRÍGUEZ GREZ, PABLO: *El Derecho como creación colectiva*, Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo, Santiago, 1999.

⁸ Restrepo Valencia, Hernán, ob. cit. p. 416.

⁹ Ese mismo permiso y resolución aprobatoria de un loteo, habían sido previamente impugnados por los vecinos, los mismos que simultáneamente impugnaron otro proyecto contiguo, de la misma naturaleza, recurriendo para su anulación, a diversos procedimientos

En último caso, este auténtico conflicto de competencias, debió haber sido resuelto por los tribunales de justicia, especialmente si se tiene presente que con la ilegítima invalidación de la Contraloría General de la República, se vulneraba gravemente el ejercicio del derecho a edificar, amparado por el permiso de edificación de que era titular la Universidad Finis Terrae y garantizado constitucionalmente por el derecho de propiedad.

2.2. La C.G.R. ignoró el procedimiento administrativo

Por otra parte, resulta aberrante y contraria a los principios de supremacía constitucional, de legalidad administrativa y generales del derecho, la actuación invalidatoria del organismo contralor, al desconocer la aplicación de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, norma plenamente vigente al momento de emitir el Dictamen impugnado.

Como se ha señalado precedentemente, la Contraloría argumenta en su defensa que dicha norma legal fue promulgada con posterioridad al inicio del procedimiento de invalidación, solicitado por un grupo de ecologistas contrarios al desarrollo del proyecto de construcción del Centro de Investigación Científica de la Universidad Finis Terrae. Se ampara aquel organismo en una interpretación de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, en el sentido que tal reclamo se regiría por las normas sobre procedimiento administrativo vigentes a la fecha de su presentación, esto es, los recursos de reposición y jerárquico contemplados en la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Sin embargo, es preciso afirmar que antes de la entrada en vigor de la Ley 19.880, no existía norma que contemplara un procedimiento administrativo de revisión e invalidación de los actos, es decir, existía un vacío normativo. En esas circunstancias y para tal fin, debía necesariamente recurrirse al procedimiento ordinario de nulidad de derecho público, que solo puede ser declarado judicialmente, especialmente si se tiene presente que existían derechos adquiridos de por medio, por terceros o no, pero de buena fe, a fin de respetar en este caso, la garantía del debido proceso o de un justo y racional procedimiento, es decir, el derecho a ser citado, emplazado, a presentar pruebas y descargos, a revisión judicial y a que conociera y resolviera un órgano independiente dotado de legítima jurisdicción. También pudo recurrirse al reclamo del artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Resulta absurda la afirmación de la Contraloría, en orden a sostener que el requerimiento del grupo ecologista se habría efectuado mediante la interposición de recursos administrativos de reposición o jerárquico, en circunstancias que ya había transcurrido un tiempo más que prudencial para su ejercicio y, además, teniendo presente que se encontraba plenamente vigente un procedimiento especial e idóneo, para impugnar las resoluciones de los Directores de Obras, contemplado en el artículo 12 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, el que se interpone dentro del plazo de 30 días ante la Seremi de Vivienda y Urbanismo, órgano que, como se ha dicho anteriormente, posee la competencia técnica exclusiva en materia urbanística, de acuerdo a la ley.

Por otra parte, no resulta una excusa válida del organismo contralor, el argumento de que la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo no podía ser aplicada para resolver el asunto sometido a su conocimiento, pues, la presentación que dio origen al procedimiento de invalidación se efectuó con anterioridad a la publicación de aquella ley. No es válido el argumento, porque, como se señaló anteriormente, el procedimiento idóneo para impugnar el permiso de edificación era el del artículo 12 de la L.G.U.C. o la demanda ordinaria de nulidad de Derecho Público.

En fin, es necesario advertir que la Contraloría General al proceder a invalidar el permiso de edificación N° 221 se desmiente a sí misma y desvirtúa su propio argumento de la no aplicabilidad de la Ley 19.880, pues, recurre para resolver la petición del grupo ecologista, a un procedimiento administrativo de invalidación que recién en ese precepto legal se reconocía y regulaba. Es decir, actúa con total falta de imparcialidad.

Por lo anterior, tampoco es válida la argumentación de la Contraloría General, porque en el evento de aceptar la tesis de la inexistencia de un procedimiento administrativo idóneo, sin embargo, al momento de emitirse el Dictamen en cuestión la Ley 19.880 ya se encontraba vigente, pues, como toda norma de derecho público, regía *in actum* y, en razón de la garantía del propietario y legítimo titular del permiso de edificación, había nacido para este el derecho a gozar de una garantía, mediante los principios de contradictoriedad, imparcialidad, audiencia previa, etc. Por lo demás, la garantía del respeto y reconocimiento de los derechos de propiedad y debido proceso se encuentran consagrados por la Constitución Política de la República, a la que se encuentran sujetos los integrantes de los órganos del Estado, así como toda persona, institución o grupo.

Sin perjuicio de lo anterior, y en el evento que la aplicación de la Ley 19.880 no pudiese ser efectiva al momento de resolverse el asunto, la Contraloría General de la República, al abocarse ilegítimamente funciones jurisdiccionales, debió respetar, especialmente, los principios generales del derecho vinculados a un debido proceso y sus elementos integrantes, lo que omitió flagrantemente. En este sentido, se ha dicho que *“quien conoce los principios generales, domina todo el derecho. El que los ignora, nada sabe sobre él”*.

2.3. La C.G.R. se contradice con sus propios pronunciamientos

En cuanto a la invalidación efectuada por la Contraloría General en la situación analizada, ella contradijo el criterio finalista pronunciado en su Dictamen N° 44.492 de 20 de noviembre de 2000, con ocasión de la denuncia que hace la Seremi de Vivienda y Urbanismo de la actuación del Director de Obras de Vitacura por negarse a dejar sin efecto un permiso de edificación y resolución aprobatorio de un loteo DFL 2 con construcción simultánea⁹⁻¹⁰.

En dicho pronunciamiento, la Contraloría General expresará en síntesis, lo siguiente:

“No obstante todo lo expresado, la probable invalidación del permiso de edificación que se ha cuestionado merece ser resuelta, según los criterios que a continuación se enumeran:

1.- No es solo facultad sino también deber de todo órgano de la Administración el de invalidar sus actos administrativos contrarios al principio de juridicidad. Así resulta de lo expresamente previsto en los incisos 1° y 2° del art. 6 de la Constitución Política y más aún si se les relaciona con las normas de los artículos 32 N° 8 y 88 de la Ley Fundamental. Por otra parte, también la consagra, dando aplicación concreta a esas normas, lo prescrito en los artículos 2, 9 y 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, todo lo cual condice con gran parte de la doctrina, como ocurre con que señalan autores tales como Fernando Garrido Falla, Luis Cosculluela Montaner y Ramón Parada y que enfatizan: ‘Es obvio que el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan el ordenamiento, acomodándolo a aquel.’”

2.- Limitación importante al anterior criterio y que le hace excepción, se presenta cuando, en relación al acto irregular, se han consolidado, de buena fe, situaciones jurídicas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, puesto que la seguridad jurídica de tal relación posterior asentado en esos supuestos amerita su amparo. De otro modo, podría presentarse el caos y daños irreparables e injustos. Concordante con lo anterior la doctrina

propugna que la nulidad de Derecho Público se justifica en la medida que ella se aplica para no originar situaciones más graves que las que se pretenden evitar con su vigencia. Dicha conclusión además indica que, en tal situación, corresponde investigar y establecer las responsabilidades de los agentes públicos que han vulnerado el principio de juridicidad.

Por otro lado, **aplicar la invalidación a este supuesto, podría comprometer la responsabilidad civil extracontractual del órgano administrativo que emitió el acto irregular**, pues dicho actuar por ser viciado y ocasionar un daño, configuraría una especie de mal funcionamiento del servicio que haría procedente el pago de una indemnización”.

Más adelante y al finalizar, la Contraloría General manifiesta un criterio completamente contradictorio con el pronunciado en el Dictamen 53.409, especialmente en relación a la presunción de buena fe, al señalar lo que sigue:

“Por otra parte, en la especie, **no hay antecedentes aportados que determinen fehacientemente una mala fe del permisionario y en consideración a que la buena fe se presume, habría que estimar que la habido por parte del interesado. En estas condiciones y teniendo en cuenta que se conjugan en este caso, la buena fe, la confianza en el actuar de la administración y la necesidad de la certeza jurídica, y de acuerdo con los criterios jurisprudenciales, expuestos anteriormente, cabe concluir en que tanto el permiso de edificación N° 202 de 1998, de la Dirección de Obras Municipales de ese Municipio como la resolución sección 2 N° 40 de esa misma procedencia no pueden ser invalidadas y por tanto sustentan la ejecución de las obras correspondientes a todas las autorizadas por tales actos administrativos.**

Finalmente, las irregularidades que pudieren reflejar los actos municipales antes señalados si bien no corresponde sancionarlas con la nulidad de los actos que las contienen, bien pueden ser investigadas y determinadas en el procedimiento sumarial respectivo, para establecer si hay responsabilidades administrativas comprometidas. Para este efecto, este Organismo instruirá el proceso sumarial por los hechos señalados”.

que en ese momento franqueaba la ley, aunque no todos idóneos para ese fin, pudiendo mencionarse, el recurso de protección, el reclamo de ilegalidad municipal, la demanda de nulidad de derecho público y la denuncia en Policía Local.

¹⁰ Se entiende por Loteo DFL 2 con construcción simultánea, de acuerdo al artículo 6.2.5., aquellos proyectos de viviendas que pueden alterar las normas del instrumento de planificación territorial. Por su parte el artículo 1.1.2. de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones define la construcción simultánea como: “obras de edificación que se ejecutan conjuntamente con la subdivisión y las obras de urbanización del suelo...”.

¹¹ PARADA, RAMÓN: *Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999, p. 298.

¹² Estos son conceptos que contienen una zona de certeza, una zona de incertidumbre y una zona de certeza negativa. Sirven para analizar la correspondencia entre la hipótesis normativa y la situación de hecho comprobada.

2.4. El razonamiento legal de la C.G.R. es errado y tergiversa la doctrina

Se debe advertir que el organismo contralor cita en el punto 1 de este dictamen, como fundamentos para ejercer la facultad de invalidación de los actos administrativos, diversas normas constitucionales y legales, sin embargo, es preciso afirmar, corrigiendo lo aseverado por aquel, que ninguna de esas normas autoriza la invalidación propiamente tal. Solo la Constitución Política consagra la nulidad de derecho público, que debe ser declarada judicialmente.

Sobre este aspecto, no cabe más que afirmar que la Contraloría General ejerció atribuciones en contradicción con las normas constitucionales y legales, recurriendo a un procedimiento invalidatorio no contemplado en el ordenamiento jurídico, sino hasta la entrada en vigencia de la Ley 19.880, aplicándolo además como se demuestra con este otro criterio formulado en el Dictamen citado, con total falta de imparcialidad y ecuanimidad.

En cuanto a la referencia de las opiniones de diversos tratadistas españoles de derecho administrativo, debe advertirse que en el ordenamiento jurídico español existe desde hace varios años un procedimiento administrativo invalidatorio reglado, informado por los principios generales de derecho, que fortalecen las garantías y los derechos de los administrados. De suerte que, un conocimiento verdadero de aquella realidad tendría que haber llevado a concluir a la Contraloría General la exigencia en la especie, de respetar y contemplar un debido proceso.

De esta forma, la opinión de aquellos, con respecto a la facultad de la Administración para reaccionar ante actos irregulares, es válida en la medida en que exista un debido proceso y se contemplen y respeten sus elementos constitutivos, ya mencionados con anterioridad. Incluso, uno de los autores mencionados en el Dictamen, al cual se le atribuye la opinión favorable a la invalidación, ha manifestado que si se trata de obras amparadas por licencias que en sí constituyen graves infracciones, la Administración puede disponer la suspensión de sus efectos, resolución que tiene solo carácter cautelar *“pues la decisión definitiva sobre la legalidad o ilegalidad de la licencia corresponde a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a quienes la autoridad que adopte dicho acuerdo deberá notificar este en el plazo de tres días a los efectos prevenidos en el artículo 118 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa para que el Tribunal, a través del proceso especial y sumario establecido, anule o confirme, según proceda, la licencia origen de dicho conflicto”*. El mismo autor señala que la anulación de una licencia, por cualquier vía o procedimiento que se adopte

“genera la responsabilidad patrimonial de la Administración que expidió la licencia irregular de acuerdo con las normas generales que regulan esta institución”¹¹.

En fin, en lo dictaminado anteriormente por la Contraloría General, exclusivamente en el punto 2, aparece ejerciendo un control de los actos de la Administración, reconociendo diversos principios generales del derecho, con la debida prudencia, racionalidad y proporcionalidad, virtudes y criterios que, sin embargo, en la situación análoga que aquí se analiza, han estado completamente ausentes.

Finalmente, la doctrina española enseña o aclara, en relación al problema de los *“conceptos jurídicos indeterminados”*¹² –como en la especie ocurre con el problema de contradicción en la interpretación y conflicto de competencia entre órganos públicos–, que requieren una solución justa y que no deben ser objeto de ejercicio de discrecionalidad de la Administración, con motivo de la existencia de una *“dificultad de apreciación”*, que exige el control por los tribunales. Alonso García afirma que *“la citada doctrina (de los conceptos jurídicos indeterminados), hoy aceptada casi unánimemente por los tribunales contencioso-administrativos y, perfectamente consistente, viene a determinar, pues, que son los tribunales, y no la Administración, los que tienen autoridad para especificar y concretizar los supuestos cubiertos por el concepto jurídico indeterminado”*¹³. Este criterio debió iluminar a la Contraloría General antes de proceder ilegítimamente como lo hizo, arrogándose competencias interpretativas correspondientes a otros órganos públicos fiscalizadores y técnicos, además de funciones jurisdiccionales, que solo pertenecen a los tribunales establecidos por ley.

En el mismo sentido, el destacado administrativista español Eduardo García de Enterría, ha advertido la necesidad de fiscalización judicial de los hechos que sirven de base a la actuación administrativa discrecional, especialmente cuando esta se expresa en el contexto de los llamados *“conceptos jurídicos indeterminados”*. Aquel expresará que *“la valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”*¹⁴.

En fin, de acuerdo a lo anteriormente expresado y con el peso de una

dilatada y coherente doctrina en materia urbanística, como la española, no cabe más que concluir que el control de legalidad en el ejercicio de las potestades regladas y, especialmente, de las discrecionales de la Administración activa y la fiscalizadora del Estado, encarnada esta última en la Contraloría General de la República, deben someterse sin excepciones al control de los tribunales de justicia, por un imperativo de los principios de separación de funciones y debido proceso, amén de la inexcusable garantía de la libertad individual y social.

3. Análisis de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia

3.1. Defectos para la efectiva garantía jurisdiccional de derechos fundamentales

Por otra parte, la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar el recurso de protección interpuesto por la Universidad Finis Terrae, en contra de la Contraloría General de la República y la simple resolución confirmatoria de esa sentencia por la Corte Suprema, importan un grave abandono de la función garantística de los derechos fundamentales, así como de su función interpretativa de las normas constitucionales y legales, con la indispensable independencia de los criterios sustentados en la especie por la Contraloría General y, además, demuestran una gran dificultad para abordar el conocimiento y resolución de materias jurídico-técnicas, como las relativas al derecho urbanístico.

Dichas resoluciones judiciales implican una omisión de la función jurisdiccional por parte de esos más altos tribunales de la República, así como de las prerrogativas constitucionales para garantizar debidamente los derechos de las personas, debilitando de este modo el ideal de un verdadero y actual Estado constitucional de derecho.

3.2. Alejamiento de jurisprudencia análoga y razonada

Asimismo, se desconoce inexplicablemente el criterio jurisprudencial expuesto en situaciones análogas, en las que dichos tribunales superiores de justicia han resuelto situaciones complejas, con mayor acierto, recurriendo a argumentaciones más elaboradas y a la propia doctrina.

¹³ ALONSO GARCÍA, ENRIQUE: *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 117.

¹⁴ Citado por PONCE SOLÉ, JULIO: *Discrecionalidad Urbanística y Autonomía Municipal*. Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 157

¹⁵ Esa acción se ejerció con ocasión de la emisión por parte de esos organismos, de sendos

Resulta contrastante el tenor de la sentencia que se ha comentado, con otra jurisprudencia recaída en recientes situaciones de la misma naturaleza jurídico urbanística. Ello es posible constatarlo, por ejemplo, en sentencia recaída en un recurso de protección interpuesto por una empresa inmobiliaria en contra de la Contraloría General de la República y la Seremi de Vivienda y Urbanismo¹⁵.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en fallo redactado por el Ministro señor Carlos Cerda, luego de un detenido análisis de la situación, la ilegalidad de la actuación de tales organismos, disponiendo lo siguiente:

"25º.- Que la ilegalidad en que incurrió el señor contralor subrogante no es susceptible de ser corregida en esa sede, sino a condición de haber afectado, directa o inmediatamente, alguna de las garantías amparables... No es necesario repetir lo argumentado en los anteriores acápites 8º y 9º para convencerse que al dictaminar como lo hizo el contralor general subrogante declaró a favor de particulares, que requirieron al efecto, derechos que un tercero, al que no se oyó, creía buenamente de tentar, con lo que háyalo o no querido, el desvío de poder no radica en la subjetividad sino en la objetividad de la conducta, el fiscalizador se alzó en comisión especial;

*26º. Que también sostiene la pretendiente que el Dictamen N° 39.275 desconoció el derecho de propiedad incorporal que le asistía sobre su prerrogativa de levantar el edificio autorizado en Av. Vitacura N° 5250. Una vez afinado el Permiso de Edificación N° 3/99 de la I. Municipalidad de Vitacura, se incorporó al patrimonio de Inversiones Incova Limitada el derecho a construir el referido inmueble, incluso dentro del plazo que contempla el artículo 5.1.20 de la O.G.U.C. so riesgo de caducidad, conforme quedó expresado en el primer párrafo del antecedente motivo 8º. Sobre ese derecho Incova exhibe hasta hoy manifiesta propiedad, que por razón alguna, tanto menos por la que ya se ha calificado de ilegal, puede serle desconocida, sin infracción constitucional. **Impelida se siente, entonces, esta jurisdicción a activar, esta vez en resguardo del dominio que consagra el apartado 24º del artículo constitucional 19, el resorte protector de su artículo 20 para así evitar lo que devendría en una suerte de despojo insoportable al derecho**"¹⁶.*

Finalmente, conviene tener presente un último fallo de esa misma Corte de Apelaciones, pronunciado en diciembre de 2004 y redactado por la

pronunciamientos por los que a instancias de unos vecinos, se solicitó a la Dirección de Obras de Vitacura que dejara sin efecto un permiso de edificación de la que era titular dicha empresa inmobiliaria, alegándose por esta, entonces, la vulneración al derecho de propiedad y la asunción del órgano contralor en comisión especial.

abogada integrante doña Paulina Veloso. Este fallo recae en una apelación a una sentencia que acogió una demanda de nulidad de derecho público, interpuesta por vecinos del municipio de Vitacura, en contra de su Alcalde y Director de Obras, con motivo de la aprobación por este, de un loteo DFL 2 con construcción simultánea.

Esta sentencia de la Corte de Apelaciones, revocatoria de la de primera instancia, destaca en lo resolutivo la referencia a diversos principios generales del derecho, que deben hacerse primar por sobre el celo fiscalizador de la legalidad de los actos de la administración que corresponde a la Contraloría General de la República, a fin de evitar mayores perjuicios de los que eventualmente derivarían de la vigencia de un acto viciado. En esta resolución pueden identificarse, entre otros principios generales del derecho, el de conservación del acto administrativo, de la apariencia jurídica, la buena fe, la proporcionalidad y la seguridad jurídica.

En la parte resolutive de este fallo, es ilustrativo destacar las siguientes disposiciones:

- “29° Que, por lo demás, para los efectos del análisis de la procedencia de la acción de nulidad de derecho público, en el caso de autos, en que se han invocado, como vicios de nulidad, diversas infracciones de forma o procedimiento, se debe tener presente que este tipo de vicio solo puede tener una virtud invalidante limitada, a la luz del principio de conservación del acto administrativo. En efecto, **se entiende que solo puede anularse y producir los efectos graves de ello, básicamente la retroactividad, si existe una cierta relación de proporcionalidad entre el vicio, el derecho o interés afectado por el mismo y la sanción, particularmente el efecto que produce aquella retroactividad.** Subyacen a este principio de conservación otros caros principios generales del derecho, como la protección de la apariencia jurídica, y la confianza legítima que ello genera, así como de la buena fe de los terceros, de respeto a los derechos adquiridos, y de la seguridad jurídica. 30° Que en este sentido se ha pronunciado la doctrina más reciente, la jurisprudencia administrativa, judicial y también el Tribunal Constitucional. En efecto, a propósito del reglamento ambiental D.S. 20, de 22.01.2001 (vehículos catalíticos), se resolvió que la validez del reglamento impugnado tenía su justificación en un principio de proporcionalidad, no obstante existir efectivamente una infracción legal, toda vez que la anulación que los requirentes solicitaban suponía perjuicios desproporcionados en relación con los beneficios que implicaba la misma sanción. Así lo expresa la sentencia al advertir que obrar de otra manera podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental (rol N° 325, 26.06.2001). Con igual criterio, en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de marzo de 2001, autos caratulados “*Incova Limitada contra Contraloría General de la República y la Secretaría Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo*”, Rol N° 5482-2000, recurso de protección.*
- ¹⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de diciembre de 2004, autos caratulados “*Romero Tocornal y otros con I. Municipalidad de Vitacura*”, Rol N° 4580-2003, recurso de apelación.

la doctrina se ha sostenido: “Dicha situación aparece nítidamente a propósito de la reiterada jurisprudencia administrativa y luego judicial que, desarrollada desde fines de los años 60 hasta la fecha, ha amparado la conservación de los efectos de los actos administrativos irregulares restringiendo la (auto) tutela anulatoria (invalidatoria) ejercitada por la propia administración en relación con sus actos. El desarrollo de ese conjunto de limitaciones se ha orientado a la exclusión del remedio invalidatorio en resguardo de los principios de buena fe y de seguridad jurídica a favor de terceros que hubieren adquirido derechos sobre la base de la confianza dispensada al acto administrativo irregular. En otro orden, se le ha denominado a este fenómeno validez sucesiva del acto administrativo, el que se justifica básicamente en la confianza legítima. Se ha señalado en la doctrina que ella implica y compromete el examen de la conformidad del acto con el ordenamiento en su totalidad, sin limitarse... a la mera constatación del desajuste real del acto y la estructura de tipo normativo. Por el contrario esta validez sucesiva obliga a superar ese concepto tradicional, adicionando a esa constatación fáctica inicial el posterior juicio propio de todo examen jurídico, esto es, la calificación (valoración) sobre si el derecho considera que ese desajuste debe o no ser protegido posteriormente (Jaime Jara S. *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*. Editorial Libromar. 2004. P. 200 y 202). 31° Que este principio de conservación, en el sentido referido, fue recogido recientemente en la Ley 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, incluidas las Municipalidades, la que, a propósito del principio de la no formalización, en su artículo 13°, inciso 2°, precisa que dicho vicio de forma o procedimiento solo afecta la validez del acto administrativo cuando i) recae en un requisito esencial del acto; y ii) genera perjuicio al interesado. Se concluye que los vicios que se han alegado en autos, a la luz de estos requisitos legales, no podrían afectar la validez de los actos administrativos impugnados en este asunto”¹⁷.

En fin, aun cuando pueda encontrarse en la jurisprudencia sentencias de gran valor jurídico, como las citadas, que no se reducen a sacar conclusiones erróneas, mediante la simple relación de normas legales, ni asumir de plano, sin razonamiento previo¹⁸, los argumentos de alguna de las partes, sin embargo, siempre existe el riesgo de que este último tipo de sentencias siga emanando de nuestros tribunales de justicia, amenazando la vigencia efectiva del Estado de Derecho, al dejar sin garantía efectiva los derechos fundamentales y omitir los principios generales del derecho.

¹⁸ Sobre la necesidad de razonamiento y sujeción a principios en las sentencias, es interesante considerar la teoría de Wechsler, quien hacia fines de los 50 en E.U.A. criticó la falta de referencia a principios jurídicos generales en las decisiones judiciales. Problema que afecta a una parte importante de nuestra jurisprudencia constitucional, específicamente la

3.3. Falta de interpretación constitucional en el control jurisdiccional de la Administración fiscalizadora

Cabe también advertir la deficiencia garantística de nuestro ordenamiento constitucional, especialmente por la no existencia de Tribunales Contencioso Administrativos, o, simplemente, una sala especializada de la Corte Suprema dedicada a conocer de estas materias, en consideración a la complejidad técnica de estas, como por ejemplo, el derecho urbanístico. De esta forma se impediría el ya mencionado problema de la “administrativización” del derecho constitucional, es decir, el uso abusivo por el Estado de facultades invalidatorias en el ejercicio de atribuciones fiscalizadoras o de control de legalidad de los actos de la Administración.

En relación a lo anterior, resulta interesante citar lo señalado por el Ministro del Tribunal Constitucional don Eugenio Valenzuela Somarriva, respecto de la importancia de la hermenéutica constitucional: *“La Constitución, a diferencia de la leyes ordinarias, es una super-ley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no solo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho. No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental, en virtud del principio de jerarquía normativa, está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil”*¹⁹. De aquí la necesidad, de que tanto los Tribunales Superiores de Justicia como la Contraloría General de la República, en quienes radica la importante misión de velar por el estricto cumplimiento y respeto de la Constitución Política de la República, asuman con rigurosidad su rol garantizador de los derechos fundamentales, sobre la base de creativos y eficaces criterios de interpretación constitucional, dejando de actuar en muchas ocasiones, con un estrecho legalismo y literalismo interpretativo²⁰.

IV. ESTADO DE DERECHO, ORDEN SOCIAL LIBRE Y DERECHO DE PROPIEDAD

Finalmente, conviene hacer una última reflexión general y concluyente, luego de este análisis de la actuación de la Contraloría General de

la República y de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación a la invalidación del permiso de edificación N° 221 de septiembre de 2002, ya incorporado al patrimonio de la Universidad Finis Terrae al momento de su otorgamiento por el órgano competente.

1. El Estado constitucional de derecho como fundamento de la sociedad libre. Aún, más allá de lo expresado en el análisis precedente, resulta importante entender que el Estado de derecho es *“una determinada forma de organización de la sociedad (que ha rechazado el despotismo y la anarquía)”*²¹. Así, entonces, a partir del ordenamiento constitucional basado, tanto en el reconocimiento a la dignidad de las personas y la autonomía de los cuerpos sociales intermedios, como en una serie de derechos y atributos inherentes a su naturaleza y de medios indispensables para su pleno desarrollo, se espera que emerja una sociedad con mayor libertad e igualdad.

2. El derecho de propiedad, principio del orden público económico. Con esa finalidad, la Constitución Política, no solo en su momento originario, sino, en la actualidad, mantiene vigente un marco de principios y valores, enmarcado en el denominado *“orden público económico”*²², los cuales deben también operar como principios generales del derecho. Es lo que sucede especialmente con el derecho de propiedad, el que sin perjuicio de concebirse modernamente en una doble dimensión, individual y social, constituye uno de los medios más eficaces para la protección y desarrollo de la libertad individual y la autonomía social.

3. El principio de subsidiariedad permite la libertad individual y social. La llamada sociedad libre, no es sino aquella que en virtud del tradicional principio de subsidiariedad y bajo su amparo, los cuerpos intermedios que la integran puedan desarrollar sus fines específicos y alcanzar sus bienes comunes especiales, participando activamente, tanto en la vida económica como en la política. Sin embargo, condición *sine qua non* para lograr esto, es la existencia de un Estado que se autolimita eficazmente, sobre la base del respeto y garantía irrestricta de los derechos fundamentales y el equilibrio de poderes, en especial, la limitación a la discrecionalidad de la Administración y el sometimiento de su

emanada del control difuso de constitucionalidad, por la vía del conocimiento y resolución del recurso de protección.

¹⁹ VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO: *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Principios Generales*, editado por el Tribunal Constitucional, Santiago, 2005, p. 7.

²⁰ Se define el “literalismo”, como una forma de interpretación *“que entiende que el texto cubre solo y exclusivamente los presupuestos de hecho que caen bajo sus palabras, sin que deban tenerse en cuenta el contexto social ni incluso, quizá, el lingüístico”*. Citado por ALONSO GARCÍA, ENRIQUE: *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios

actividad al control jurisdiccional. No puede desarrollarse libremente una sociedad ante el abuso de poder de las instituciones del Estado y la denegación de una efectiva revisión judicial por los órganos jurisdiccionales del país encargados de cautelar derechos constitucionales.

4. El derecho de propiedad como principio constitucional, debe ser protegido por los tribunales de justicia. De acuerdo a lo anterior, las limitaciones al derecho de propiedad que puedan emanar del simple ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Administración, por sí y ante sí, implican un grave atentado al propio Estado de Derecho, pues conllevan un impedimento al libre desarrollo del orden social. Se ha señalado en relación al derecho de propiedad que *“la autonomía de los cuerpos intermedios pierde toda significación, coherencia y operatividad, si el producto de la acción asociada desplegada por la persona –llámese lucro, o bienes corporales o incorporeales– no es reconocido en una relación jurídico-constitucional con su titular, dotada de la más alta protección. Esta relación-protección se llama propiedad privada”*²³. Cuando un derecho fundamental como la propiedad, reconocido en un acto administrativo terminal, se encuentra en juego por un posterior cuestionamiento de la propia Administración, la decisión sobre su legalidad o ilegalidad no puede quedar entregada a esta, sino, como se ha señalado anteriormente, debe ser conocida y resuelta exclusivamente, a través de órganos jurisdiccionales, con facultades interpretativas de la Constitución Política.

5. La actuación invalidatoria de la Administración, al afectar derechos fundamentales, vulnera el Estado de Derecho y la sociedad libre. En fin, la actuación abusiva de la Administración, privativa de un legítimo derecho de propiedad, de naturaleza productiva y social, como el que ampara el permiso de edificación de un cuerpo intermedio como la Universidad Finis Terrae, no solo priva o expropia ilegítimamente a ese organismo, sino, además, impide a toda la sociedad beneficiarse del producto que autoriza ese acto administrativo. De esta forma, la referida actuación de la Administración, vulnera de paso otros principios y valores del orden público económico, como la libertad económica y el libre acceso al dominio de toda clase de bienes. En el caso analizado, el Estado constitucional de derecho, el orden público económico y el

Constitucionales, Madrid, 1984, p. 91.

²¹ RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, ob. cit., p. 112.

²² Sobre esta materia ver en NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE y DEL RÍO GUERRERO, ROBERTO: “Al-

ideal de una sociedad libre e igualitaria han sido gravemente afectados por los propios órganos garantes de esta institucionalidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, ENRIQUE: *Los Principios Generales del Derecho. Su función de garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE. *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- BLANQUER, MARÍA BLANCA. *Derecho Urbanístico Actual*. Tomo II. Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.
- CANO MURCIA, ANTONIO. *El Urbanismo en la Doctrina del Tribunal Constitucional*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1998.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, ANTONIO. *Introducción al derecho urbanístico*. Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- DEL RÍO GUERRERO. “Orden Público Económico”, Navarro Beltrán, Enrique (ed): *20 Años de la Constitución Chilena. 1981-2001*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2001, p. 307.
- FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO: *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 79.
- FERRAJOLI, LUIGI et al. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE y DEL RÍO GUERRERO, ROBERTO: “Algunos antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980”, en *Revista de Derecho de la Universi-*

gunos antecedentes sobre la Historia Fidedigna de las Normas de Orden Público Económico establecidas en la Constitución de 1980”, en “*Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*”, Año I N° 1, 1997, p. 117. También, DEL RÍO GUERRERO: “Orden Público Económico”, NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE (ed): *20 Años de la Constitución Chilena. 1981-2001*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 2001, p. 307.

²³ FERNANDOIS VÖHRINGER, ARTURO: *Derecho Constitucional Económico*, Tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2001, p. 79.

- dad Finis Terrae, Año I N° 1, 1997.
- PARADA, RAMÓN. *Derecho Urbanístico*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1999.
 - PEÑA FREIRE, ANTONIO. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
 - PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS. *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2003.
 - PIPES, RICHARD. *Propiedad y Libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
 - RENTERÍA AROCENA, ALFONSO (Director Seminario). *Urbanismo: Función Pública y Protección de Derechos Individuales*. Editorial Civitas, Madrid, 1998.
 - RESTREPO VALENCIA, HERNÁN. *Nomoárquica, Principalística Jurídica o los Principios Generales del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1993.
 - RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *El Derecho como creación colectiva*, Ediciones Jurídicas Universidad del Desarrollo, Santiago, 1999.
 - Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de diciembre de 2004, autos caratulados "Romero Tocornal y otros con I. Municipalidad de Vitacura", Rol N° 4580-2003, recurso de apelación.
 - Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de marzo de 2001, autos caratulados "Incova Limitada contra Contraloría General de la República y la Secretaría Ministerial Metropolitana de Vivienda y Urbanismo", Rol N° 5482-2000, recurso de protección.
 - VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Principios Generales*, editado por el Tribunal Constitucional, Santiago, 2005.



