



ISSN 0717-1544

**SERIE INFORME
LEGISLATIVO
N° 27**

**ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS
PRINCIPALES NORMAS DE URBANISMO Y
CONSTRUCCIÓN**

Felipe Holmes S.*

Julio 2008

* Abogado, Universidad Andrés Bello. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Andrés Bello (2007) y profesor ayudante de Derecho Urbanístico en la Universidad de Chile (2007).

INDICE

	página
Resumen Ejecutivo	3
I Algunos Principios Constitucionales Previos	4
1.1. Principio de Reserva Legal	4
1.2. Derecho de Propiedad	10
1.3. Igualdad ante la Ley	12
II Vicios de Constitucionalidad de la Ley General de Urbanismo y Construcciones	14
2.1. Historia de la Ley	14
2.2. Instrumentos de Planificación que otorgan Atribuciones Públicas	22
2.3. Límites Urbanos	29
2.4. Usos del Suelo	34
III. Conclusiones	39
IV. Referencias Bibliográficas	40

LIBERTAD 
DESARROLLO

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS PRINCIPALES NORMAS DE URBANISMO Y CONSTRUCCIÓN

Resumen Ejecutivo

El sistema normativo formado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General del ramo y los instrumentos de planificación territorial, adolecen de múltiples vicios de constitucionalidad.

Los problemas de fondo provienen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ya que a causa de múltiples ambigüedades, los instrumentos de planificación territoriales, en los hechos, son los que realmente limitan, gravan, restringen y prohíben el ejercicio de los derechos de las personas, sin que exista criterios, ni parámetro alguno en su regulación. Esto se debe a que la ley impone figuras sin siquiera definir las, por lo que dichos instrumentos actúan con un margen de discrecionalidad prácticamente ilimitado. Todo ello con el agravante de que al final de cuentas los derechos fundamentales quedan a merced de las interpretaciones administrativas que aclaran las oscuras normas de los instrumentos de planificación.

La estructura a seguir será la siguiente:

1.- Algunos principios constitucionales previos que hay que considerar para analizar el objeto de estudio:

- a) Principio de reserva legal.
- b) Derecho de propiedad.
- c) Igualdad ante la ley.

2.- Vicios de inconstitucionalidad de la Ley General de Urbanismo y Construcciones:

- a) Historia de la LGUC
- b) Instrumentos de planificación que otorgan atribuciones públicas.
- c) Límites Urbanos.
- d) Usos de Suelo.

3.- Conclusiones.

I. ALGUNOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PREVIOS



Algunos principios constitucionales previos que hay que considerara para analizar el objeto de estudio:

1.1. PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

Denominar a la reserva legal como *un principio*, implica otorgarle al intérprete jurídico una herramienta para resolver problemas concretos en materia de distribución de competencias.

En virtud de dicho principio “determinadas materias sólo pueden ser abordadas por una norma de rango legal, y jamás por preceptos de inferior jerarquía.¹”

Dicho precepto tiene sustento positivo en nuestra Constitución en todas aquellas disposiciones en que el constituyente ha establecido que alguna materia debe ser tratada de manera reservada por la ley, por ejemplo el derecho de propiedad asegurado en el artículo 19 N° 24, inciso segundo: “Sólo la ley puede establecer...”.

A su vez debe tenerse presente el artículo 63 N° 2 de la Constitución que incorpora dentro de la órbita del Legislador aquellas materias “que la Constitución exija que sean reguladas por una ley”.

No es el momento para abordar el tema de las ventajas y defectos de dicho principio, que al igual que todos los grandes temas constitucionales tienen destacados defensores y detractores. Sin embargo, nos internaremos en su estado actual. Para ello empezaremos describiendo someramente sus distintas etapas en que ha fluctuado el principio de reserva legal.

“La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto de la noción de reserva de legal, ha fluctuado entre tesis absolutas y relativas.

¹ Fermandois Voehringer, Arturo. La Reserva Legal: una garantía sustantiva que desaparece, en Revista Chilena de Derecho, Volumen N° 28, N° 2, año 2001, pág. 288.

En la primera etapa de la jurisprudencia constitucional, encontramos pleno asidero a la tesis de la reserva legal absoluta. En estos casos la afirmación frecuente de los requirentes ha sido que “cualquier limitación o regulación del ejercicio de las garantías constitucionales debe efectuarse a través de preceptos legales, es decir, de leyes en sentido estricto y no por decretos con fuerza de ley ni disposiciones emanadas de la potestad reglamentaria. De esta forma, se reproduce la tesis en virtud de la cual sólo la ley está llamada a regular ciertas parcelas que le ha encomendado la Constitución, dejando escasos márgenes de actuación a la administración.”²

La doctrina destaca dentro de esta etapa los fallos denominados “Publicidad caminera I”, “Publicidad caminera II” y en la “Ley de Bases del Medio Ambiente”³

“Esta tendencia, que se impuso en la primera mitad de la década pasada tuvo un quiebre y -como ya se había adelantado- el Tribunal cambia su precedente constitucional por consideraciones que se aproximan a las ideas de la reserva legal relativa.”⁴

La reserva relativa parte de la base de que el reglamento al ejecutar la ley puede regular los derechos fundamentales. Algunos de sus matices son los siguientes: “la interpretación constitucional en el examen de la relación ley-reglamento no es una, ni rígida, sino que admite matices y permite la variación en la intensidad que la administración pueda tener en la regulación. En segundo término, encontramos que las reservas en nuestra Constitución no son todas iguales, ya que no sólo existe una reserva uniforme o unívoca sino que, por el contrario, las reservas son distintas y algunas admitirán una mayor injerencia de la potestad reglamentaria.”⁵

² García Pino, Gonzalo. La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 5, año 2004, pág. 225, 226.

³ Sentencias del Tribunal Constitucional Roles en orden respectivo: 146, 167 y 185.

⁴ García Pino, Gonzalo. La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder legislativo contra la Administración?. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 5, año 2004, pág. 228.

⁵ García Pino, Gonzalo. La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 5, año 2004, pág. 230.

Por tanto, se ha llegado a concluir que “es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando, en los aspectos instrumentales, la norma para así hacer posible el mandato legal⁶”

Las sentencias destacadas de esta etapa son las siguientes: “Cesión obligatoria y gratuita de terrenos para urbanización”, “Ley de Presupuesto”, “Acuerdo de complementación económica con Bolivia” y “Restricción a catalíticos”⁷.

Ahora bien, después de los vaivenes de aquellas etapas, el Tribunal Constitucional parece haber encontrado un punto de equilibrio, en donde se aleja de los extremos, en la llamada sentencia “Estudio de Impacto Vial⁸”, que comentaremos más adelante por la importancia y solidez de su doctrina, y además, por estar íntimamente relacionada con el objeto de este trabajo.

Tal como ha señalado parte de la doctrina, hoy considera que la disputa no se centraría en si el reglamento puede o no regular derechos fundamentales, ya que el máximo intérprete constitucional le ha reconocido su legitimidad, sino que la discusión actual consistiría en determinar cuál es el margen o ámbito de su intervención.

Para entender los alcances de dicha discusión, primero debe aclararse que la potestad reglamentaria del Presidente de la República le confiere la facultad para dictar dos tipos de reglamentos: los autónomos y los de ejecución⁹. Los primeros, no requieren de una ley habilitante, emanan directamente de la potestad constitucional, pero no pueden intervenir en la regulación de materias de ley, por ejemplo en la regulación de derechos fundamentales. Los segundos, tal como su nombre lo indica, requieren de una ley previa que los habilite y sólo deben ejecutar la ley, es decir tienen un rol secundario en la regulación.

Es por ello que la discusión que plantea el “cuánto” de la regulación que le cabe a un reglamento de ejecución en la regulación de

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 325.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional Roles en orden respectivo: 253, 254, 282 y 325.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 370.

⁹ Artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República.

derechos fundamentales, es trascendental, porque si se le atribuye un rol secundario, sólo de ejecución, la esencia de la regulación estará en la ley; esta tesis siempre se refiere al reglamento de ejecución como un mero ejecutor. En cambio, si se le admite mayor participación al reglamento será este último el que realmente efectúa la regulación, al menos en su mayor parte. Esta última tesis se refiere al reglamento con los vocablos de complemento o desarrollo de la ley.

Dicha doctrina plantea lo siguiente:

“La discusión no es si puede o no regular, sino cuánta regulación le es posible sin exceder o contravenir la ley que ejecuta. También aquí hay dos posiciones. Una que analiza el reglamento con estricta sujeción a la ley. El reglamento no puede reemplazar a la ley; sólo puede ejecutarla, detallarla o especificarla. La otra posición sostiene que el reglamento lleva lo general y abstracto de la ley a lo particular y concreto. Por lo mismo, no sólo debe limitarse a ejecutar, es decir, pormenorizar o detallar sin alterar la sustancia de la ley, sino contener todo lo necesario para el cumplimiento y aplicación de la normativa legal. En tal sentido, el reglamento tiene un rol no sólo de pormenorización, sino también de desarrollo y complementación de la ley.¹⁰”

Dicha discusión doctrinaria no parece tener grandes alcances en términos abstractos, sin embargo sí los tiene. La gran diferencia radica en que si el reglamento puede establecer limitaciones y cargas sobre los derechos fundamentales que no estén previstos en la ley. La posición que se refiere al reglamento como mero ejecutor niega tal posibilidad. En cambio, la posición que se refiere al reglamento como un complemento o desarrollo de la ley admite tal hipótesis. En términos concretos los primeros sostienen que las limitaciones a los derechos fundamentales provengan del parlamento (la ley) y los segundos quieren que sea el Presidente de la República el encargado de establecer límites y cargas sobre los derechos fundamentales.

Tal como se adelantó, el Tribunal Constitucional al parecer habría encontrado un punto de equilibrio en la relación ley-reglamento en

¹⁰ Carmona Santander, Carlos. Un nuevo estadio en la relación ley-reglamento: el ámbito del reglamento. *Revista de Derecho Público*, N° 63, tomo II, año 2002, pág.154, 155.

la sentencia sobre “Estudio de Impacto Vial”, por lo menos en lo que se refiere al Derecho Urbanístico¹¹.

En “Estudio de Impacto Vial” se intentó, por la vía de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, establecer un requisito a las personas que quisieran desarrollar proyectos inmobiliarios que no tenía, ni tiene contrapartida en la ley. Dicho Decreto Supremo fue declarado inconstitucional por el máximo intérprete constitucional¹², porque constituía una limitación a los derechos fundamentales que no tenía contrapartida en la ley.

El considerando décimonoveno de la sentencia en comento¹³ aclara cuál es la relación ley-reglamento, apartándose de los extremos antes mencionados, ya que permite la intervención reglamentaria en la regulación de los derechos fundamentales, **pero dándole un carácter secundario, sólo de ejecución, lo que resulta coherente con la naturaleza de la norma.**

A su vez, hace un llamado de atención al Legislador, dictaminando la inconstitucionalidad de las disposiciones legales en blanco, o de enunciados globales, o cláusulas abiertas, lo que implica una deslegalización de materias de ley, y por ende es inconstitucional.

“DECIMONOVENO. Que abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido. No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados

¹¹ Podemos entender el Derecho Urbanístico como aquella rama del Derecho que estudia los principios y normas que regulan la planificación de las ciudades y el diseño de sus construcciones.

¹² En la sentencia denominada “Estudio de impacto vial” que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un decreto supremo del Presidente de la República por ser una limitación a los derechos fundamentales que no está contemplado en la ley, y por ende el Presidente de la República no puede establecerlo a través de su potestad reglamentaria, hoy en día es norma oficial de la República. Sólo como anécdota: Pocos meses después de que fue declarado inconstitucional se establecieron los estudios de impacto vial a través del Plan Regulador Metropolitano de Santiago. Es decir, lo que no es lícito al Presidente de la República, al parecer, en los hechos, sí lo es al Gobierno Regional.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 370.

globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica.

A continuación, reconociendo la facultad para que los reglamentos puedan regular los derechos fundamentales, eso sí sólo de acuerdo a su naturaleza ejecutora, sugerimos algunos requisitos mínimos que debe contener la ley para permitir la intervención reglamentaria sin que ello signifique una deslegalización de la materia.

Esos requisitos, al menos, son: 1) el grado de profundidad, 2) de extensión, 3) y de detalle; en que el reglamento regulará las materias de la ley. Es decir, la ley debe fijarle al reglamento los márgenes de actuación, para que de esa forma este último pueda detallarla y ejecutarla. Incluso en caso que se acepte que los reglamentos de ejecución pueden complementar la ley, deberá la norma superior indicar la forma o los límites de dicha complementación, ya que de lo contrario se deslegaliza una materia de ley y se transgrede el principio de reserva legal.

En un sentido similar el Tribunal Constitucional ha fijado el test de la “determinación y especificidad” que debe tener la ley al momento de remitirse a un reglamento.

“Debemos recordar que la colaboración reglamentaria de ejecución procede existiendo previa cobertura legal de la reserva en los aspectos sustantivos de mínimo contenido material y en cumplimiento del mandato constitucional. Ahora bien, el Tribunal ha señalado que la reserva al ser regulatoria de un derecho debe cumplir con los requisitos de determinación y especificidad. El primero exige que los derechos que pueden ser afectados estén determinados en la norma legal; y el segundo requiere que la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad. Esto tiene particular relevancia, puesto que los preceptos legales que cumplen con estas exigencias permiten a su vez delimitar de mejor forma la intervención reglamentaria, ya que cumplidas que sean dichas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de su potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando, particularizando, en los aspectos

*tos instrumentales, la norma para así hacer posible el mandato legal.*¹⁴

Los criterios antes enunciados son de vital importancia para efectuar una crítica de constitucionalidad a la legislación urbanística, porque la LGUC, pese a que regula, limita y en algunos casos afecta la esencia de ciertos derechos fundamentales, por regla general no respeta ninguno de dichos criterios, contraviniendo el principio de reserva legal y generando un sistema normativo inconstitucional.

Una lectura radical del sistema urbanístico establecería que los instrumentos de planificación territorial son inconstitucionales. La verdad es que muchas veces lo son. Sin embargo, lo que postula este trabajo es que los vicios provienen directamente desde la LGUC, ya que es ésta la que con sus normas en blanco permite que los instrumentos de planificación hagan y deshagan a su antojo.

1.2. DERECHO DE PROPIEDAD

No es este el momento de extenderse en lo referente al derecho de propiedad; sin embargo, esbozaremos algunas cuestiones fundamentales.

El derecho de propiedad es de aquellas materias que el constituyente dotó de grandes protecciones. Además es de aquellas materias que el Tribunal Constitucional ha establecido que existe una reserva legal intensa, basándose principalmente en la primera frase del inciso segundo del artículo 19 N° 24: “**Sólo la ley** puede establecer...”.

En este sentido, citamos nuevamente la sentencia del Tribunal Constitucional “Estudio de Impacto Vial”¹⁵:

“VIGESIMOPRIMERO. Que la regulación legislativa del ejercicio del derecho de propiedad se halla, en variados aspectos, sometida

¹⁴ García Pino, Gonzalo. La reserva legal de los derechos constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración?. Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, N° 5, año 2004, pág. 228.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 370.

al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio, derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N° 24 inciso segundo de ella. En efecto, la disposición recién aludida, concerniente a la propiedad, preceptúa que “Sólo la ley puede establecer (. . .) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, mencionando, en seguida, las cinco causales genéricas, pero taxativas, invocando una o más de las cuales el legislador se halla habilitado para imponer tales delimitaciones o restricciones por el motivo advertido;

VIGESIMOSEGUNDO. Que, obviamente, donde la Carta Fundamental ha previsto el doble principio de reserva y dominio legal descrito, lo ha hecho con la deliberada voluntad de fortalecer o reforzar la exigencia que conlleva ese principio, excluyendo, o restringiendo, cualquier injerencia de la potestad reglamentaria en la materia. En consecuencia y con análogo sentido de estricto rigor deberá ser interpretada y aplicada la norma general de la Constitución que contempla tal potestad reglamentaria de ejecución, porque no puede ser regulado a través de ella cuanto, reiterada y claramente, el Poder Constituyente ha confiado, con cualidad privativa e indelegable, al dominio de la ley;

VIGESIMOTERCERO. Que la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio. Sin embargo, menester es precisar que ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica.”

Como puede apreciarse, de acuerdo a la doctrina de dicho fallo, el rol del reglamento de ejecución cuando intervenga en la regulación del derecho de propiedad, específicamente en materias urba-

nísticas, debe limitarse a un rol secundario, o de mera ejecución, por existir una reserva legal intensa que lo protege. Además prohíbe al Presidente imponer limitaciones a la propiedad, ya que estas sólo pueden provenir de la ley y sólo de la ley.

Siendo coherente con dicha doctrina, no postulamos que los planes reguladores sean inconstitucionales de por sí¹⁶; tan sólo estimamos que la ley debe regular con la suficiente densidad normativa, estableciendo los márgenes de acción, cosa que los instrumentos de planificación ejecuten, en lo concreto, los mandatos de la ley.

1.3. IGUALDAD ANTE LA LEY

El Tribunal Constitucional ha definido la igualdad ante la ley de la siguiente forma¹⁷:

“De esta manera, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley a cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma situación.

La razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o la desigualdad.”

La Corte Suprema¹⁸ también ha definido la igualdad ante la ley siguiendo el mismo criterio:

¹⁶ Existe una arista de crítica de los instrumentos de planificación que no se desarrollará en este trabajo, sin embargo se planteará: Si bien es cierto, de acuerdo a la potestad reglamentaria del Presidente de la República que emana de la propia Constitución, éste se encuentra facultado para regular derechos fundamentales, en la ejecución de las leyes. Pero **¿Existe tal facultad para los Gobiernos comunales y Regionales?**

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del año 1988.

¹⁸ Corte Suprema, 1991, fallo publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, N° 2, 1991, Sección V, página 178.

“Por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el Legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias.”

Por tanto, la pregunta clave para saber si se respeta la igualdad ante la ley es ¿quiénes son los iguales? y ¿quiénes son los distintos? Ya que si respondemos correctamente dichas interrogantes las diferenciaciones no serán arbitrarias.

La doctrina¹⁹ ha dado el siguiente criterio: *“Como de hecho no existen dos hombres o dos situaciones iguales, siempre la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determina la igualdad, y cuáles calidades no esenciales que la determinan y pueden descartarse.”*

Nuestros instrumentos de planificación territorial no respetan este derecho fundamental. Vulneran el principio de igualdad con preocupante cotidianeidad. Tal como veremos más adelante, dos propietarios colindantes que se encuentran en una situación esencialmente idéntica pueden estar afectados a regulaciones completamente distintas²⁰.

La responsable de dichos vicios de constitucionalidad y en el fondo de justicia es la LGUC, porque al delegar en los instrumentos de planificación la regulación de sendos derechos fundamentales lo hizo con meros enunciados en blanco o con cláusulas abiertas que invitan al reglamento a regular a su antojo sin quedar supeditado ni si quiera a principios rectores.

No se trata que la ley deba establecer la regulación específica o concreta de tal o cual comuna, sino que debe por lo menos fijar los principios o límites a que deberán atenerse los instrumentos de planificación a la hora de llevar a cabo sus tareas.

¹⁹ Linares Quintana, Segundo. IV Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, 1980, página 129. En el mismo sentido puede verse a los autores Arturo Ferrandois V. y Miguel Ángel Fernández.

²⁰ Sin siquiera mencionar la vulneración al derecho de igualdad ante las cargas públicas.

II. VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES

2.1. HISTORIA DE LA LEY

En Chile han tenido vigencia cuatro leyes de urbanismo y construcciones, contando la que está actualmente en vigor, siendo la primera de ellas dictada en el año 1929, con ocasión de un terremoto ocurrido en Talca el año 1928, y la última en el año 1975.

Cabe destacar que sólo la primera de tales leyes, la N° 4.563, promulgada el 30 de Enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial el 14 de Febrero del mismo año, ha sido aprobada en el Parlamento.

Las tres últimas, en cambio, que contienen la gran mayoría de las regulaciones que hoy conocemos, lo han sido en virtud de alguna “delegación” al Ejecutivo.

La primera Ley de Construcciones y Urbanización es la N° 4.563, promulgada el 30 de Enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial el 14 de Febrero del mismo año. En ella se dispone la obligación de requerir “permiso para construir” y se instituye el cargo de “Director de Obras”. Además se delega al Presidente de la República la dictación de una Ley y una Ordenanza General sobre estas materias.

La mencionada facultad delegada para legislar fue ejercida para dictar el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 345, promulgado el 20 de Mayo de 1931. En ella también se incluyó la Ordenanza General de Construcciones y Urbanizaciones. Sin embargo, sólo el título de la promulgación fue publicado en el Diario Oficial el 30 de Mayo de 1931, por lo que dicha Ley y su Ordenanza General no comenzaron a regir sino hasta el 6 de Febrero de 1936, fecha en que se publicó en el Diario Oficial el texto completo de ambos cuerpos normativos: la Ley General y su Ordenanza General.

Dicho esfuerzo fue asombroso por cuanto, de una manera coherente y sistemática, se dictó en un mismo cuerpo legal, una Ley de 170 artículos y una Ordenanza de 550 artículos, redactada por una comisión de personas nombradas por el General Ibáñez

cuando fue Presidente de la República. Con respecto a la “planificación urbana” se creó por primera vez el concepto de “Planos de las ciudades”, a través de los cuales se determinaba el “trazado y ancho de las calles y la altura máxima de la edificación”.

Desde entonces, el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 345 tuvo múltiples modificaciones, siendo las principales aquellas efectuadas en el año 1953, a través del DFL N° 224 del MOP, publicado en el Diario Oficial el 5 de Agosto de 1953, redactado también por una comisión de personas, dentro de las que se destacan aquellas que habían participado en la elaboración del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 345, de 1931. Con esta modificación se introdujo el concepto de “Planos Reguladores”.

Sobre el particular, es importante destacar que los decretos con fuerza de ley eran considerados inconstitucionales por la doctrina, ya que la Constitución de 1925 no los contemplaba. Es más, la historia fidedigna de la Constitución del 25 los rechazaba enfáticamente.

Al respecto, el profesor Enrique Silva Cimma expresa lo siguiente²¹: “Hasta la reforma constitucional dispuesta por la ley N° 17.284, de 24 de enero de 1970, nuestra Carta Política no contemplaba la posibilidad de que el Congreso nacional delegara facultades legislativas en el Presidente de la República. No obstante, era una tradición que periódicamente surgieran a la vida jurídica leyes delegatorias de atribuciones legislativas. Generalmente, al asumir el mando de la Nación cada nuevo Presidente de la República las solicitaba invocando para ello razones de la más diversa índole, especialmente administrativas y económicas. Todo ello hizo surgir una abundante práctica consuetudinaria que, en estricto rigor, era contraria al texto y al espíritu constitucional. Ella no obstante se justificaba, porque las necesidades de un Estado moderno lo imponían. Es por eso que, permanentemente, se levantaba la voz de la cátedra haciendo ver la conveniencia impostergable de incorporar a la Constitución una norma que autorizara al Jefe de Estado para dictar disposiciones con contenido de ley en materias específicas y taxativamente determinadas. Se evitarían así leyes amplísimas de delegación de atribuciones que eran criticables por implicar un desprendimiento masivo de los atributos de legislar y que,

²¹ Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992, pág. 127.

no obstante su inconstitucionalidad y peligro, se habían producido en el panorama legislativo chileno.”

En el caso específico de la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuya data es anterior a la Constitución del año 1980, sigue un procedimiento bastante curioso, puesto que, a través de una “delegación” efectuada por el Decreto Ley 602 del año 1974, la Junta de Gobierno faculta al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para que a través de un Decreto Supremo (DS) dictara la actual LGUC. En circunstancias que tanto en la Constitución de 1925 como en la de 1980 una materia como la tratada por dicho cuerpo normativo es materia de ley.

Tanto en la Constitución actual, como en la Constitución anterior, los Decretos Supremos están reservados para aquellas materias que son de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, esto es, aquellas no comprendidas en la esfera del dominio legal. Sin perjuicio, y como profundizaremos a continuación, en la Constitución de 1925 no existía la potestad reglamentaria autónoma, es decir sólo se podían dictar reglamentos para la ejecución de las leyes. No regía el sistema actual de dominio máximo legal, sino por el contrario, el dominio mínimo legal, lo cual hacía que todas aquellas materias que no fueran designadas por la Constitución como materia de ley, debían ser leyes, ya que esta última era la norma de clausura.

En relación a este tema es importante considerar lo dicho por el profesor José Luís Cea Egaña ²² : “Lo expuesto permite comprender ahora el concepto de norma de clausura en el ordenamiento jurídico.

Es tal aquella especie de norma con la cual se regula todo lo no asignado por la Constitución a otra clase de precepto jurídico, cerrando así el sistema de disposiciones de Derecho Positivo. Esa es la norma de clausura que, en sujeción a lo explicado, corresponde en Chile a la potestad reglamentaria autónoma o extendida. Léase al respecto los artículos 32 N° 8 y 63 de la Constitución de 1980, en armonía con la antigua disposición sexta transitoria de ella.

²² Cea Egaña, José Luís, Teoría del Gobierno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999, pág. 140.

En efecto, otros ordenamientos fundamentales otorgan precisamente a la ley y, por ende, fijan en ella la norma de clausura. Es decir, en dichas Constituciones la ley puede regular todos los asuntos, con excepción únicamente de los citados, por texto previo y expreso, en la competencia de otro Órgano. Resulta entonces que allí la potestad reglamentaria es siempre meramente ejecutiva de la Constitución y las leyes. Ese era el criterio sustentado en los artículos 44 y 72, N° 2 de la Constitución de 1925.”

Entre el 11 de Septiembre de 1973, fecha en que las Fuerzas Armadas asumieron el Gobierno del país, y la entrada en vigencia de la nueva Constitución de 1980, el Poder Legislativo fue ejercido por la Junta de Gobierno, formada por las tres ramas de las Fuerzas Armadas y por el Director General de Carabineros, a través de “Decretos Leyes” (DL). Sólo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, se siguieron dictando “Leyes” en su sentido común, retomando la numeración que tenían previo al 11 de Septiembre de 1973. En otras palabras, se entiende que los “Decreto Leyes” provienen de un gobierno de facto, en donde la Constitución vigente a ese momento, del año 1925, se encontraba suspendida. Sin perjuicio de ello, y sin entrar a cuestionar la legitimidad de las normas dictadas por un Gobierno de Facto (materia de otra investigación), en dichos períodos de excepción, las normas que son materia de ley se dictan a través de Decretos Leyes, a diferencia de cómo fue dictada la LGUC que fue dictada por un Decreto Supremo. En suma, el MINVU podría haber hecho la elaboración técnica de la ley, pero en ningún caso tuvo atribuciones para dictarla a través de un Decreto Supremo.

Tanto las “Leyes”, los “Decreto Leyes” (DL) y los “Decretos con Fuerza de Ley” (DFL), tienen la misma fuerza de una Ley. Los Decretos Supremos (DS), en cambio, aun cuando también son obligatorios, tienen una jerarquía inferior a una Ley, puesto que constituyen normas para la aplicación de las leyes o, desde la Constitución de 1980, se refieren a materias que no son del dominio legal.

El hecho que la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones haya sido dictada por un Decreto Supremo (DS), en virtud de la delegación formulada por el Decreto Ley 602, del año 1974, constituye una rareza jurídica, puesto que lo esperable era que dicho acto se realizara mediante un Decreto Ley.

El texto íntegro del Decreto Ley 602 del año 1974, aprobado el 5 de Agosto de 1974 y publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de

Agosto de 1974, mediante el cual "Concede al Ministerio de la Vivienda y Urbanismo la facultad que indica", y que dio origen a la dictación del Decreto Supremo 458 denominado "Ley General de Urbanismo y Construcción", decía lo siguiente:²³

"NÚM.- 602.- Santiago, 5 de agosto de 1974.- Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y

Teniendo presente: a) Que la actual Ley General de Construcciones y Urbanización, su Ordenanza General, y las leyes, reglamentos y ordenanzas que rigen las instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad, adolecen, en general, de notoria obsolescencia en muchas de sus disposiciones, y b) Que la necesidad de propender a la mejor utilización de los recursos técnicos y materiales y de disminuir el costo de las construcciones hace urgente la inmediata revisión de tal legislación, la Junta de Gobierno ha acordado y dicta el siguiente:

DECRETO LEY:

ARTICULO ÚNICO: *Facúltese al Ministerio de la Vivienda y Urbanismo para suspender la vigencia, derogar, modificar o adicionar de inmediato todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, relativas a construcciones y urbanización, y a instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad. Autorízasele, asimismo, para dictar normas de vigencia transitoria sobre las materias señaladas.*

Estas facultades se ejercerán mediante decretos supremos, dictados a través del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, y regirán hasta el 31 de diciembre de 1975.

A la fecha indicada el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo deberá haber fijado los textos definitivos de las leyes y reglamentos relativos a las materias indicadas, pudiendo incorporar a ellos las normas que hubiera puesto en vigencia transitoriamente. Para los efectos de lo indicado en este inciso, el Ministerio podrá nombrar comisiones asesoras y requerir funcionarios en comisión de servicios de cualquier institución pública, fiscal, semifiscal o municipal, sin que rijan las limitaciones del artículo 147º del decreto con fuerza de ley 338, de 1960.

²³ Decreto ley 602, del año 1974 (D.O. 7 de Agosto de 1974).

Regístrese en la Contraloría General de la República²⁴, publíquese e insértese en la Recopilación oficial de dicha Contraloría.- AUGUSTO PINOCHET UGARTE.- José T. Merino Castro.- Gustavo Leigh Guzmán.- César Mendoza Durán.- Arturo Troncoso.”

Del Decreto Ley (DL) N° 602 transcrito queda de manifiesto que la delegación efectuada al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, con los fines de derogar, modificar, adicionar, etc., respecto de leyes y reglamentos relativos a urbanismo y construcciones, entre otros fines, consultaba expresamente la fórmula de que se ejerciera mediante un “Decreto Supremo”.

Pues bien, en el ejercicio de la facultad delegada antes mencionada, para tratar materias que son del dominio legal, se destacan las materias relativas a construcciones y urbanizaciones, mediante Decreto Supremo (DS), el Ministerio de Vivienda y Urbanismo dicta el D.S. 458, que se denomina “Ley General de Urbanismo y Construcciones”, aprobado el 18 de Diciembre de 1975 y publicado en el Diario Oficial el 13 de Abril de 1976, fecha esta última en que entró en vigencia.

En su trámite de “toma de razón” en la Contraloría General de la República, para su examen preventivo de legalidad, dicha entidad da curso al Decreto con el siguiente texto²⁵, también incluido en su publicación en el Diario Oficial:

“CONTROLARÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Subdepartamento de Municipalidades
Asesoría Legal

Provee en decreto N° 458, de 1975, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.

N° 25.028.- Santiago, 8 de Abril de 1976.

Esta Contraloría General cumple con dar curso al decreto del rubro. Sin embargo, debe advertir que el inciso final del artículo 140 cita erróneamente el artículo 139, en circunstancias que debió referirse al artículo 138.

²⁵ Toma de Razón N° 25.028.- Santiago, 8 de Abril de 1976 del decreto 458. (D.O. 7 de Agosto de 1974).

Dios guarde a US.- Héctor Humeres M., Contralor General de la República.

*Al señor
Ministro de la Vivienda y Urbanismo
Presente.”*

Es importante reiterar que la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto 458, en su calidad de “Decreto Supremo” y no como un Decreto con Fuerza de Ley (DFL), o como Decreto Ley (DL).

Sin embargo, como lo acontecido con esta “delegación” constituye una rareza jurídica, a través del tiempo se ha querido entender que se trata de un Decreto con Fuerza de Ley (DFL). En los hechos, se le ha dado invariablemente el status de una Ley, como si fuera un Decreto con Fuerza de Ley, y no de un Decreto Supremo. Es más, todas las modificaciones que ha experimentado la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones han sido incorporadas por una Ley ²⁶.

A pesar de la fuerza de los hechos, diversos cuerpos legales que han debido citar a la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, han señalado que se trata del Decreto Supremo N° 458, en vez del Decreto con Fuerza de Ley N° 458, como sucede, entre otros, con la Ley sobre “División de Predios Rústicos”, aprobada por el Decreto Ley (DL) 3.516 del año 1980, que en la letra e) de su artículo 1° dice:

“e) Tratándose de divisiones o subdivisiones resultantes de la aplicación del artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, cuyo texto fue aprobado por el decreto supremo N° 458, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de 18 de Diciembre de 1975;”

Lo mismo ocurrió con la Ley 18.101, del año 1982, mediante la cual se modificaron los artículos 145 y 162 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y que cita a dicha Ley como el De-

²⁶ La Ley General de Urbanismo y Construcciones ha sido modificada por las siguientes leyes: D.L. 3.063; Ley 18.101; Ley 18.513; Ley 18.738; Ley 19.021; Ley 19.057; Ley 19.063; Ley 19.472; Ley 19.525; Ley 19.537; Ley 19.712; Ley 19.744; Ley 19.748; Ley 19.778; Ley 19.859; Ley 19.864; Ley 19.878; Ley 19.932; Ley 19.939, etc...

creto Supremo (DS) N° 458 del año 1975, en vez del Decreto con Fuerza de Ley N° 458. En cambio, todas las demás leyes que han modificado la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y otras leyes más recientes, han citado a dicha ley, como si fuera el Decreto con Fuerza de Ley N° 458. Lo anterior ratifica el grado de confusión que existe sobre el origen histórico de la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Al origen descrito anteriormente, que en términos poco ortodoxos se estableció una delegación para tratar materias del dominio legal mediante Decreto Supremo, aun cuando este último se refiere esencialmente a la potestad reglamentaria, es necesario agregar un aspecto adicional para situar en su debido contexto la legislación que rige a las construcciones y urbanizaciones.

A continuación se ilustrará cómo el DS 458 excedió la delegación efectuada por el Decreto Ley (DL) N° 602.

Según se aprecia en el Decreto Ley N° 602, transcrito más arriba, las materias específicas que fueron “delegadas”, fueron las relativas a:

- construcciones y urbanización, e
- instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad.

Pues bien, en lo que concierne al Decreto Supremo 458, mediante el cual se dictó la actual “Ley General de Urbanismo y Construcciones”, además de las materias relativas a “construcciones y urbanización”, se incorporó otra no prevista en la “delegación”, referida al “urbanismo”, de la cual emana justamente toda la legislación sobre “planificación urbana”, o también llamada actualmente “planificación territorial”.

Asimismo, cabe aclarar que el “urbanismo” tampoco se encontraría comprendido en las materias relativas a instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad, las cuales, a su vez están tratadas en otros cuerpos legales.

Por tanto, la inclusión de las materias relativas al “urbanismo” simplemente se refieren a materias que el Decreto Supremo N° 458 se excedió en su mandato, e incorporó una temática que no estaba delegada por el Decreto Ley N° 602, que le dio origen.

Por otra parte, no debe confundirse el concepto “urbanismo” con las “urbanizaciones”. El primero se refiere a la “planificación urbana”, en los términos que trata el Título 2° de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y las segundas se refieren a las “obras” de urbanización que deben ejecutar los urbanizadores conforme al artículo 134 de la misma Ley.

En consecuencia, el hecho que el Decreto Supremo N° 458, que aprobó la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, se haya excedido de su mandato delegatorio, ilustra el contexto histórico que se vivía en los años inmediatamente posteriores al quiebre institucional del año 1973, pero también ilustra el verdadero origen de la planificación urbana.

De hecho, el Decreto Supremo 458, que aprobó la actual Ley General de Urbanismo, fue elaborado por el Ministro de Vivienda y Urbanismo de la época, el ingeniero señor Carlos Granifo Harms, con un equipo muy reducido de personas, sin discusión pública alguna y sin que hayan quedado registradas las opiniones de sus miembros que permitan a las generaciones futuras la interpretación de sus preceptos a la luz de la “historia fidedigna del establecimiento de la Ley”, como ocurre con la tramitación de la leyes en el Congreso Nacional.

2.2. INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN QUE OTORGAN ATRIBUCIONES PÚBLICAS

No resulta aventurado afirmar la inexistencia de una delegación de la LGUC a los instrumentos de planificación territorial para que estos puedan establecer facultades públicas. Por lo demás, dicha delegación bajo nuestro punto de vista no sería jurídicamente correcta, ya que en “derecho público sólo se puede hacer lo que expresamente la Constitución o la ley permiten”, y en ningún caso los planes reguladores tienen la calidad de ley. Es más, sería absurdo que un Alcalde pudiese otorgar facultades a un funcionario de su dependencia, ya que de esa forma, no sólo se transgrede el artículo 7 de la CPR, sino que además, se vulnera la teoría de la división de poderes, porque es competencia exclusiva del legislador crear facultades públicas. De otra forma no el poder no tendría límites, si cada jefe de servicio pudiera otorgarle facultades a sus subalternos.

Respecto de lo esencial de la teoría de separación de poderes, el profesor Silva Bascuñán señala lo siguiente²⁷ :

“Lo que queda –y siempre permanecerá- de la doctrina en examen (de separación de poderes), es la lección perdurable que magistralmente enseñó en orden a que no se puede mantener la libertad si sólo un órgano acumula en sí todas las funciones básicas del Estado, pero, en lo demás, en cuanto a la cantidad de autoridades o cuerpos que se establezcan, el número de atribuciones que se tipifiquen, a los modos en que se practique la distribución de competencias entre las diversas magistraturas, sin ninguna fórmula rígida de organización con pretensión de prevalecer siempre y en todas partes, sin perjuicio de que, en verdad, no es concebible que pueda alguna vez prescindirse de principios organizativos tan evidentes como son que la facultad de dictar las normas jurídicas principales no ha de corresponder con exclusividad al mismo órgano llamado a aplicarlas, y que deben ser realmente independientes los tribunales encargados de resolver las controversias y de aplicar las penas.”

En síntesis, la teoría de separación de poderes implica que el órgano llamado a dictar las normas jurídicas principales, entre las cuales se puede considerar sin lugar a dudas otorgar atribuciones públicas (poder), no puede ser el mismo órgano el llamado a aplicar la norma, ya que, sino se transgrede el fin último de dicha doctrina, que es la limitación del poder. Es decir, no existiría límite alguno para el poder de un órgano si es el mismo órgano el encargado de conferírsele.

Así las cosas, el vicio de constitucionalidad en comento es que los instrumentos de planificación territorial, que son normas que se aprueban por decreto alcaldicio²⁸ (los planes comunales) y por resolución del Intendente respectivo²⁹ (los planes intercomunales),

²⁷ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, página 398.

²⁸ Artículo 43 de la LGUC.

²⁹ Cabe señalar que no obstante que el artículo 37 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece que los Planes Reguladores Intercomunales “se aprueban por Decreto Supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dictado por orden del Presidente de la República, previa autorización del Intendente respectivo”, dicha disposición se contradice con los artículos 20, 24 y 36 de la Ley 19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, en que han radicado esa atribución en el Gobierno Regional, desde el año 1992, fecha en que entró en vigencia esa nueva Ley. Desde entonces se ha estimado que el artículo 37 de la Ley General ha

últimamente han establecido un sin número de facultades públicas, intentando por vías de hecho dar competencia a ciertos funcionarios, situación por la cual se invade directamente el ámbito legislativo (en materia de dominio y reserva legal), de acuerdo al artículo 7 de la Constitución, que establece que sólo la Constitución o la ley son las dos únicas normas competentes para conferir facultades (poder) a un órgano del Estado.

De acuerdo al artículo 7 de la CPR, ninguna persona puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes .

En el sentido de que las actuaciones de los organismos del Estado que no respetan los requisitos imperativos del artículo 7 de la Constitución son sólo vías de hecho y no alcanzan jamás a ser considerados como parte del derecho, se inclina parte de la doctrina, específicamente el profesor Soto Kloss³⁰:

"En este caso, como se advierte, el derecho ya no es un límite de su actuación, como ocurre con la persona natural, sino que es la condición de su existencia, de su ser y de su obrar. Fuera del derecho simplemente no es, ni existe ni obra, es lo que el derecho permite o quiere que sea, ni más ni menos. Y es que no tiene otra posibilidad de ser y de obrar que en la medida que expresamente lo haya así determinado la Constitución, pues ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias tiene otra autoridad o derechos que aquellos conferidos expresamente por ella o por las normas dictadas en su conformidad."

Por tanto, podemos concluir que las facultades otorgadas a ciertos funcionarios por medio de un instrumento de planificación territorial no tienen ningún valor jurídico, porque la norma por la cual se pueden otorgar, es decir conferir poder de subordinación de uno sobre otro, es por medio de una ley. En este mismo sentido se pronuncia el profesor Silva Bascuñán³¹:

sufrido una derogación tácita y por ende, los Planes Reguladores Intercomunales se aprueban por resolución del Intendente respectivo.

³⁰ Soto Kloss, Eduardo. Derecho administrativo, Bases Fundamentales, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, página 24.

³¹ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, página 146.

“La facultad ha de ser conferida por la “Constitución o las leyes”, los dos únicos orígenes que permiten invocar y poner en movimiento en determinado aspecto la función directiva tras el bien general. Con ello se rechaza toda otra fuente o título que derive de una órbita inferior y distinta de las dos señaladas.

La prohibición en análisis tiene como ámbito lo que establezcan la Constitución o las leyes. Si ningún problema suscita aquí la referencia a la Constitución, la hecha a las leyes importa impedir que sean normas jurídicas, generales o especiales, carentes de tal obligatoriedad las que amparen la actuación. Así pues, todas las órdenes que quedan en el campo de la potestad reglamentaria están desprovistas del carácter de “leyes” para los efectos del inciso que se estudia.”

Al parecer, teóricamente el tema de otorgar facultades públicas por medio de instrumentos de planificación territorial a quedado meridianamente claro; es por ello que, a estas alturas, resulta interesante el enfoque que la jurisprudencia a dado sobre la materia.

Primero nos remitiremos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual ha establecido una jurisprudencia uniforme en el sentido de que la creación de facultades públicas son materia de reserva legal, lo que excluye definitivamente que sean creadas por otras normas de nivel reglamentario³².

En dicho sentido pueden citarse, sólo a título de ejemplo, las sentencias ROL 276 de 1998, 379 de 2003, 245 de 1996, 370 de 2003, de las cuales es interesante citar textualmente la sentencia ROL 379, específicamente su considerando quincuagésimosegundo:

“QUINCUAGESIMOSEGUNDO.- Que de un análisis armónico de los preceptos antes transcritos se infiere que la organización interna de un servicio público sólo puede ser creada y las atribuciones de sus cargos o empleos conferidas por ley, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, lo que excluye la posibilidad de que ellas sean establecidas por un órgano de un servicio público;”

³² Para ser precisos el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional tanto leyes que pretenden delegar al reglamento la creación de facultades públicas, como también decretos supremos del Presidente de la República que han intentado crearlas. Jamás se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una facultad pública creada por un plan regulador. En todo caso, resulta obvio que si al mismísimo Presidente de la República se le ha indicado que no puede crear facultades públicas a través de su potestad reglamentaria por ser competencia del Poder Legislativo, con mayor razón un Alcalde o un Intendente son absolutamente incompetentes para crear facultades públicas a través de sus resoluciones o decretos.

Al respecto la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República también ha sido coherente con dicha doctrina en sus dictámenes³³. Dichos dictámenes han sido dirigidos a todos los Ministerios. No obstante, sólo citaremos uno dirigido al MINVU el año 2002:³⁴

“Devuelve decreto de vivienda, que crea en dicho ministerio, como comisión asesora, la "dirección de planificación y control de gestión", a la que le corresponde, entre otras funciones, coordinar el desarrollo de la planificación sectorial, desde su formulación hasta la "materialización" de los compromisos que de ello deriven. Esto, porque no procede que una comisión asesora, creada en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, ejerza tareas ejecutivas como la reseñada. Lo anterior, ya que las labores de esa naturaleza competen a los servicios públicos, cuya creación y atribuciones son materia de ley.”

Como tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen coincidir sobre este punto, es ilustrativo mostrar mediante ejemplos concretos como algunos instrumentos de planificación territorial han creado una serie de facultades públicas, invistiendo de manera irregular e inconstitucional a ciertos funcionarios u organismos que se indicarán.

Las atribuciones creadas por el instrumento de planificación territorial identificado como Plan Regulador Metropolitano de Santiago abarcan todas las materias de dicha norma³⁵, la cual crea atribuciones públicas en diversos artículos.³⁶

Como se puede apreciar con claridad de la lectura de los artículos citados, el Gobierno Regional ha creado una serie de atribuciones³⁷ en las distintas disposiciones del Plan Regulador Metropoli-

³³ N° 000316 de 1980, 018086 de 1980, 045251 de 2002, 030558 de 1996, 008997 de 1996, 037339 de 1995, 016302 de 1995, 005487 de 1995, 038767 de 1994, 028476 de 1994, 035239 de 1993, 033946 de 1993, 032198 de 1993, 030498 de 1993, 003391 de 1993, 026308 de 1993, 026110 de 1993, 013950 de 1993, 02736 de 1990, 035231 de 1988, 010392 de 1985, entre otros.

³⁴ Contraloría General de la República, Dictamen N° 045251 del año 2002.

³⁵ Es importante destacar que las atribuciones creadas de manera irregular por el Plan Regulador Metropolitano de Santiago son a favor de otros órganos del Estado, entre los cuales el que resulta más favorecido es la SEREMI del MINVU, el que, por lo demás, es el órgano encargado de la confección de dicho instrumento de planificación.

³⁶ 3.3.1., 3.3.6., 4.3., 4.7., 5.2.1., 5.2.4.4., 5.3.1., 6.1.3.1., 6.2.3.1., 6.2.3.3., 7.1.1.3., 7.1.5., 7.2.2.1., 7.2.3.2., 7.2.3.7., 8.1.3., 8.2.2.1., 8.3.2., 8.4.1.336.

³⁷ Cabe aclarar que a lo largo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones se otorga a la SEREMI del MINVU una serie de atribuciones; a su vez, el DL 1305, fuente principal de sus atri-

tano de Santiago, que permiten que la Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo (MINVU) pueda emitir informes vinculantes a la aprobación de permisos de construcción, definir el contenido de estudios que deben realizar las personas para lograr las respectivas aprobaciones de sus solicitudes, incluso, y lo que es muy relevante, la SEREMI puede autorizar construcciones en Áreas Restringidas o Excluidas del Desarrollo Urbano.

¿Es que acaso, a través de estas atribuciones creadas de manera irregular, se está estableciendo un sistema en donde la discrecionalidad administrativa está por encima de las normas de derecho?

Pese a que todas las atribuciones públicas creadas por un instrumento de planificación territorial son inconstitucionales por infringir flagrantemente el artículo 7 de la CPR, nos detendremos en las que permiten a la autoridad sobrepasar la norma de derecho de naturaleza urbanística.

Los casos denunciados del Plan Regulador Metropolitano de Santiago son sólo un ejemplo³⁸, o más bien un síntoma de una enfermedad más compleja. Es así como los Planes Reguladores Comunales de Las Condes, Lo Barnechea y Santiago también crean atribuciones públicas que comúnmente recaen en sus Directores de Obras. Otro tanto hacen los demás Planes Reguladores.

A nuestro juicio, el crear atribuciones públicas de manera irregular infringiendo el artículo 7 de la CPR implica, tal como lo señala el profesor Zapata Larraín³⁹, a propósito de la infracción de preceptos constitucionales “ no es sólo un acto de antijuricidad formal, sino que representa además un atentado político contra la convivencia pacífica”; pero no sólo eso, si además la atribución creada de forma inconstitucional importa la posible vulneración de una norma urbanística, el vicio se agrava considerablemente, ya que es una atribución creada como vía de hecho (que está fuera del derecho) para vulnerar el derecho.

buciones, también le otorga una serie de atribuciones en sus artículo 12 y 13, sin embargo, ninguna dice relación con las creadas por el instrumento de planificación en comento.

³⁸ Por otro lado, se otorgan atribuciones públicas a favor del SEREMI del MINVU en materias que el legislador ha radicado exclusivamente en el Director de Obras, lo que importa además una interferencia de competencias.

³⁹ Zapata Larraín, Patricio, *¿Protección de la Democracia? El sentido del artículo 8*, en XX Jornadas chilenas de derecho público, 26 y 27 de octubre de 1989.

El sistema que nuestro ordenamiento jurídico positivo impone en relación al urbanismo y la construcción configura un mecanismo en que las personas que quieren construir deben cumplir con dicho ordenamiento. Es así como la LGUC da las directrices generales⁴⁰, la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones reglamenta la ley y los instrumentos de planificación concretan, dentro de los márgenes que contempla la LGUC, las regulaciones sobre planificación urbana.

¿Con qué fundamento un instrumento de planificación territorial crea una norma, por ejemplo prohibitiva, concediendo una atribución a un Director de Obras o a la SEREMI para que con su autorización pueda vulnerarse, o dicho de otro modo “hacerse una excepción” a la norma de derecho urbanística?

De todo lo anterior, puede apreciarse que el derecho que se verá más afectado por este tipo de vicios no es el de propiedad (aunque sin duda se lo ataca directamente), sino que es el derecho de igualdad ante la ley, consagrado positivamente por el artículo 19Nº 2 de la CPR.

La igualdad ante la ley queda a la merced de la discrecionalidad de la autoridad, por lo que dicho principio de principios se verá transgredido, dependiendo de la “llegada que tengan las personas a la autoridad de turno”.

En términos concretos, algunos podrán, con autorización de la autoridad, construir donde la norma lo prohíbe, y otros simplemente no podrán llevar adelante sus proyectos.

Otro principio que se ve afectado por este tipo de situaciones es el de la seguridad jurídica. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia ROL 370 del año 2003.

Bajo esta perspectiva, las atribuciones creadas por instrumentos de planificación territorial no sólo son inconstitucionales y afectan los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, sino que además son eventuales focos de corrupción, ya que se otorga a la autoridad de turno la posibilidad de vulnerar la norma urbanística a favor de algunas personas, pero obviamente no a favor de todas, pues si no la norma sería objetiva y de aplicación general.

⁴⁰ Aunque de forma bastante imprecisa, cayendo en un terreno de dudosa constitucionalidad, en relación al principio de reserva legal.

Por último, cabe preguntarse ¿qué es lo que queremos como sociedad?

¿Acaso queremos un sistema de planificación urbana con normas objetivas y claras que se apliquen a todos por igual? ¿O queremos un sistema en donde la discrecionalidad administrativa sea la fuente de las aprobaciones y rechazos de las distintas solicitudes?

Para responder estas interrogantes surgen argumentos a favor de una y otra postura. Sin embargo, lo que no resulta aceptable es tener un sistema en donde supuestamente lo que prima es la norma, pero en los hechos vale más la discrecionalidad de la autoridad de turno.

2.3. LÍMITES URBANOS

La Ley General de Urbanismo y Construcciones, contempla, dentro de su Título 2, denominado, “De la planificación urbana”, un Capítulo III llamado, “de los límites urbanos”, referido a la línea imaginaria entre lo que la propia ley considerará “urbano”, para diferenciarlo del resto del territorio, que se denomina “rural”.

Por límite urbano debe entenderse a **la línea imaginaria** que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal, la cual se denomina área rural⁴¹.

Dicha definición está, a su vez, complementada con tres definiciones reglamentarias en la Ordenanza General, a través de su artículo 1.1.2, según los tres tipos de áreas que se generan con dichos límites. Sus textos dicen:

"Área urbana": área territorial destinada a acoger usos urbanos, comprendida dentro de los límites urbanos establecidos por los Instrumentos de Planificación Territorial.

"Área de extensión urbana": área territorial establecida en los Instrumentos de Planificación Territorial destinada a la extensión del área urbana.

⁴¹ Artículo 52 de la LGUC.

"**Área rural**": área territorial establecida en los Instrumentos de Planificación Territorial que está fuera de los límites urbanos o de extensión urbana en su caso.

Dichas disposiciones complementadas con el artículo 35 de la LGUC⁴², inferimos que existen dos tipos de límites urbanos. La primera especie se le denomina **límite urbano propiamente tal**; y la segunda se llama **límite de extensión urbana**.

De acuerdo al artículo 35 de la LGUC que fija la competencia de los Planes Reguladores Intercomunales éstos fijan los límites de expansión urbana.

De acuerdo al artículo 42 de la LGUC que fija la competencia de los Planes Reguladores Comunales éstos fijan los límites urbanos propiamente tales.

La consecuencia jurídica de los límites urbanos radica en que diferenciarán –artificial y discrecionalmente- lo que es urbano de lo que es rural. Ello definirá a su vez, de acuerdo al artículo 55 de la LGUC, que **fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones**⁴³.

Es decir, las personas que a causa de que el instrumento de planificación territorial los excluyó del área urbana verán afectados más de algún derecho fundamental⁴⁴.

Sin siquiera entrar ha analizar si dichas afectaciones son meras limitaciones o si expropiaciones encubiertas (expropiaciones regu-

⁴² Artículo 35.- El Plan Regulador Intercomunal estará compuesto de:

- a) Una memoria explicativa, que contendrá los objetivos, metas y programas de acción;
- b) Una Ordenanza, que contendrá las disposiciones reglamentarias pertinentes, y
- c) Los Planos, que expresen gráficamente las disposiciones sobre zonificación general, equipamiento, relaciones viales, áreas de desarrollo prioritario, **límites de extensión urbana**, densidades, etc.

Para los efectos de su aprobación, modificación y aplicación, estos documentos constituyen un solo cuerpo legal.

⁴³ Posteriormente, el mismo artículo 55 establece una serie de excepciones que requerirán además de cumplir con los supuestos de hecho, el beneplácito discrecional de la SEREMI del MIN-VU, SEREMI de Agricultura, SAG, sin perjuicio de la autorización definitiva de la DOM.

⁴⁴ Piénsese en el derecho de propiedad, el derecho a desarrollar actividades económicas, la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas, entre otros.

latorias⁴⁵) si existe consenso en que si existe una regulación que afecta derechos fundamentales. Otro campo igualmente debatible es si deben existir o no los límites urbanos concebidos como una “línea” que traza la autoridad.

Al existir una regulación de derechos fundamentales debe cumplirse con el principio de reserva legal, por lo cual para que sea lícito al reglamento ejecutar la ley, ésta debe, al menos fijar el grado de profundidad, de extensión y de detalle en que el reglamento regulará las materias de la ley. Es decir, la ley debe fijarle al reglamento los márgenes de actuación, para que de esa forma este último pueda detallarla y ejecutarla

Además y siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional también debe cumplirse con el Test de la “determinación y especificidad” que debe tener la ley al momento de remitirse a un reglamento.

En el caso de los límites urbanos no se cumple con ninguno de dichos requisitos mínimos, para que sea legítimo y constitucionalmente válido, que la ley remita al reglamento materias que la Constitución ha encomendado para que ella y sólo ella las regule.

La primera aprensión que surgirá en el jurista es que los reglamentos de ejecución emanan de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y no de resoluciones de los Gobiernos Regionales y Comunales. Sin embargo, éste no es el tema de este trabajo por lo que vamos a obviarlo por el momento.

Lo segundo es que la ley al deslegalizar materias de su exclusivo dominio es la causante de un desbordamiento fáctico de los instrumentos de planificación. La ley al no fijar criterios ni parámetros, con los cuales podría ser legítima la regulación reglamentaria de los límites urbanos, ha generado que éstos afecten los derechos de las personas sin límite alguno.

Por ejemplo, ¿qué límite impone la ley a la autoridad para fijar un límite urbano? ¿Bajo qué criterios podrá la autoridad establecerlos? Estamos claros que debe existir un alto grado de discrecionalidad para que la autoridad defina la oportunidad o la conveniencia. Sin embargo, no se cumple con requisitos mínimos del princi-

⁴⁵ Delaveau Swett, Rodrigo. “Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 Nº 3, año 2006 pp.411-438.

pio de reserva legal, porque la ley no determina los derechos fundamentales que se verán afectados, ni precisa específicamente cómo deberá implementarse la regulación para que ésta no implique afectar la esencia de algún derecho.

Dicho desborde fáctico ha implicado⁴⁶ que las mencionadas líneas imaginarias que distinguen lo urbano de lo rural sean meros trazados con plumones en un plano que grafican las regulaciones de la intercomuna. Esta falta de precisión inaceptable con la tecnología que existe hoy en día obliga a que los propietarios afectados deban recurrir a la Secretaría Regional Ministerial del MINVU para que defina caso a caso si se está dentro o fuera de la urbe⁴⁷.

Es decir, los derechos fundamentales quedarán a la merced de la interpretación administrativa respectiva. Por ejemplo, dos propietarios que tienen predios con las mismas características, incluso de inmuebles contiguos, a causa de la falta de determinación y especificidad de la ley, a través de la interpretación administrativa que se pronuncie sobre los límites urbanos podrán verse afectados por distintos regímenes jurídicos⁴⁸ que implicarán⁴⁹.

° **Una afectación a la propiedad**, ya que el propietario verá afectado en sus facultades esenciales porque:

El Uso: el destino a que podrá dedicar su propiedad quedará determinado. Por ejemplo, imagínese un predio que no tenga aptitud agrícola y que el límite urbano lo deja en el área rural ¿a qué uso podrá destinar su propiedad?

El Goce: utilizando el mismo ejemplo anterior, los frutos que el propietario pueda obtener de dicho bien se verán disminuidos, prácticamente inutilizados.

La Disposición: la plusvalía del terreno variará en más de un 100%, dependiendo de si se puede construir o no se puede, lo

⁴⁶ Ver Plan Regulador Metropolitano de Santiago.

⁴⁷ Recuérdese que la SEREMI del MINVU confecciona los Planes Reguladores Intercomunales y posteriormente los interpreta.

⁴⁸ Esto no es un ejemplo de laboratorio.

⁴⁹ A continuación se esbozan ciertas razones de por qué se afecta el derecho de propiedad y la igualdad ante la ley. Sin embargo, existen otros derechos comprometidos con la regulación como el derecho a desarrollar actividades económicas y el derecho a la igualdad ante las cargas públicas, entre otros.

cual dependerá si el límite urbano lo ha incluido o excluido de la urbe.

° **Una afectación a la igualdad ante la ley:** tal como se señaló en su oportunidad este derecho fundamental exige que las regulaciones que puedan generar desigualdades deben efectuar una elección de cuál es la calidad esencial de los entes o personas afectadas; es decir, sólo podrán haber diferencias entre quienes sean distintos esencialmente y jamás podrán haber distinciones entre quienes esencialmente se encuentren en un plano de igualdad.

La LGUC no conduce ni inspira a sus reglamentos para que respeten este derecho fundamental. Por el contrario, no les fija ningún criterio ni principio. Los hechos demuestran lo opuesto, ya que los iguales son tratados de manera distinta sin ningún tipo de justificación más que la conveniencia o el supuesto interés público de la regulación, lo cual es evidentemente inconstitucional, ya que incluso aceptando de que existe tal conveniencia e interés general no es posible transgredir la igualdad ante la ley, porque la soberanía se encuentra limitada por los derechos fundamentales⁵⁰ y la igualdad ante la ley exige que los iguales sean tratados de la misma manera. De lo contrario implicaría considerar que los valores que emanan de la planificación urbana son superiores al principio de igualdad ante la ley.

Al transgredir el principio de igualdad ante la ley existirán distinciones arbitrarias, expresamente prohibidas por el constituyente. Además tampoco existirá un verdadero bien común puesto que éste exige el pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece⁵¹.

Todas estas afectaciones que se han señalado, que la mayor de las veces implican atacar la esencia misma de los derechos fundamentales, se están llevando a cabo permanentemente a través de la regulación territorial vigente en nuestro país, transgrediendo valores y derechos fundamentales de nuestra Constitución, sin que hasta hoy en día *algún órgano jurisdiccional haya dado un golpe sobre la mesa*.

⁵⁰ Artículo 5 de la Constitución Política de la República.

⁵¹ Artículo 1 de la Constitución Política de la República.

2.4. USOS DEL SUELO

La Ley General alude a los vocablos “uso de suelo” doce veces, específicamente en sus artículos 41, 42, 54, 57, 58, 61, 62, 66, 71, 72, 105 y 116.

Los artículos 41 y 42 lo hacen a propósitos de fijar dentro de la competencia de los Planes Reguladores Comunes la regulación del Uso de Suelo⁵².

El artículo 54 lo hace a propósito de la fijación de los límites urbanos (propriadamente tales) por parte del Plan Regulador Comunal, tal como se dijo en su oportunidad.

Los artículos 57, 58, 61 y 62 se refieren al uso de suelo en el Capítulo IV, del Título segundo de la LGUC. Dichos artículos serán estudiados en profundidad en este trabajo.

Los artículos 66 y 71 se refieren a uso de suelo a propósito de la división y urbanización del suelo. El artículo 72 a propósito de las zonas de remodelación. El artículo 105 en relación al diseño de las obras y el 116 a propósito de los permisos que otorga el Director de Obras.

Por su parte, la OGUC reglamenta este tema en los artículos 2.1.24 y siguientes.

En el caso de bienes inmuebles, todas las facultades esenciales del dominio estarán radicadas en su suelo. Es por ello que la LGUC, a través de su regulación de los usos de suelo, debe respetar el estatuto del dominio garantizado por la Constitución.

En síntesis, podríamos recordar los siguientes principios:

° Existe una reserva legal fuerte a favor del dominio, ya que el constituyente ha establecido que sólo la podrá⁵³ ...

° El Legislador se encuentra habilitado para limitar este derecho a causa de la función social⁵⁴. Sin embargo, se encuentra limitado

⁵²A pesar que los Planes Reguladores Intercomunales también regulan los usos de suelo.

⁵³Esto ha sido reconocido reiteradamente por el Tribunal Constitucional.

en su facultad limitativa, ya que las limitaciones que imponga al dominio no pueden implicar, ya sea explícita o implícitamente, una privación del bien, ni de ninguno de sus atributos y facultades esenciales⁵⁵.

° La única forma constitucionalmente válida para privar a una persona de su propiedad o de alguno de sus atributos o facultades esenciales es a través de una expropiación⁵⁶.

Por tanto, la regulación del uso de suelo deberá ser acorde con dichos principios, positivados en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución, porque dicha regulación implica limitar (y en algunos privar, claro que eso quedará a criterio del órgano jurisdiccional) el derecho de propiedad.

Resulta curioso que la ley no defina siquiera lo que debe entenderse por uso de suelo, teniendo en cuenta que se está regulando uno de los atributos esenciales del dominio y que existe una reserva legal fuerte que lo protege.

Obviamente la LGUC tampoco pasa el test de la determinación y especificidad, ya que la ley no señala qué derechos se afectarán con la regulación ni las medidas especiales que la ley contempla y que podrán adoptar con tal finalidad. Lo único que establece la ley es que todas las edificaciones deben ser concordantes con el uso de suelo establecido, ya sea para requerir un permiso de edificación o para no sufrir un congelamiento.

Es decir, la ley se limita a decir que las construcciones deberán cumplir con los usos de suelo, pero ¿qué son los usos de suelo? ¿Cuáles son los usos de suelo? ¿Bajo qué principios o limitaciones los instrumentos de planificación podrán establecerlos?

Ninguna de dichas preguntas es respondida por el legislador.

⁵⁴ Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

⁵⁵ Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de la ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

⁵⁶ El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

La única explicación que podemos atribuirle a este fenómeno es la forma en que fue creada la ley⁵⁷ y a la época en que fue dictada, pues el año 1974 aún no entraba en vigencia nuestra actual Constitución.

Prácticamente toda la regulación sobre usos de suelo se efectúa a nivel reglamentario a través de la OGUC.

La OGUC⁵⁸, en su artículo 1.1.2, que define “uso de suelo” de la siguiente manera:

“Uso de suelo”: conjunto genérico de actividades que el Instrumento de Planificación Territorial admite o restringe en un área predial, para autorizar los destinos de las construcciones o instalaciones.”

Por su parte la OGUC en su artículo 2.1.24 y siguientes se establece que para la fijación y aplicación de los usos de suelo, éstos se agrupan en los siguientes seis tipos de uso, susceptibles de emplazarse simultáneamente en la misma zona.

Los seis tipos de uso de suelo son:

- Residencial.
- Equipamiento.
- Actividades Productivas.
- Infraestructura.
- Espacio Público.
- Área Verde.

Como logra apreciarse es la potestad reglamentaria y no la ley la que regula las limitaciones y obligaciones que recaen sobre el dominio de bienes inmuebles, a pesar del claro mandato del legislador que estableció que *sólo la ley*....

Sin embargo, los problemas no se agotan aquí. Ni siquiera es la OGUC la que fija el grado de profundidad, de extensión y de detalle en que los planos reguladores regularán las materias de la ley.

⁵⁷ La historia de la LGUC ya fue comentada.

⁵⁸ Esta definición de “uso de suelo” en la Ordenanza General fue introducida por el D.S. 75 (Minvu) del año 2001, publicado en el Diario Oficial el 25 de Junio de ese año, y entró en vigencia el 25 de Agosto de 2001, por disposición de su artículo primero transitorio.

Por el contrario, les permite un margen de actuación prácticamente ilimitado, al contemplar tantas reglas como excepciones a las mismas. Por ejemplo, la OGUC en su artículo 2.1.25. establece que el destino de vivienda o residencial se entenderá siempre admitido, **salvo que el respectivo Instrumento de Planificación Territorial lo prohíba en forma expresa**⁵⁹.

La ausencia de principios a nivel legal ha generado que los instrumentos de planificación regulen afectando severa y diariamente sendos derechos fundamentales.

¿Cómo se encuentra protegida la igualdad ante la ley con la actual legislación urbanística?

¿Qué principios o límites le ha impuesto la ley a los instrumentos de planificación para que éstos respeten el principio de igualdad?

La necesidad de que existan principios que limiten el actuar de los reglamentos a nivel legal no sólo resulta de un mandato constitucional. Es la propia LGUC la que establece en su artículo 2⁶⁰ que la ley es la que regulará los principios, por lo que su ausencia en

⁵⁹ Otros ejemplos, entre muchos otros, los encontramos en los siguientes artículos:

De acuerdo al artículo 2.1.26. las viviendas podrán consultar el funcionamiento de pequeños comercios, industrias artesanales o el ejercicio de una actividad profesional, en tanto su principal destino subsista como habitacional.

Con todo, cuando las actividades complementarias a la vivienda que trata este artículo sobrepasen la mitad de la superficie edificada de la misma, dichas actividades deberán cumplir con los usos de suelo establecidos en el respectivo Instrumento de Planificación Territorial.

Los Planos Reguladores Comunales podrán establecer porcentajes distintos para tales actividades según las características de cada zona.

De acuerdo al artículo 2.1.28. el tipo de uso Actividades Productivas comprende a todo tipo de industrias y aquellas instalaciones de impacto similar, tales como grandes depósitos, talleres o bodegas industriales. **El Instrumento de Planificación Territorial podrá establecer limitaciones a su instalación**, sin perjuicio del cumplimiento de las normas ambientales y demás disposiciones pertinentes.

⁶⁰ Artículo 2°- Esta legislación de carácter general tendrá tres niveles de acción:

La Ley General, que contiene los principios, atribuciones, potestades, facultades, responsabilidades, derechos, sanciones y demás normas que rigen a los organismos, funcionarios, profesionales y particulares, en las acciones de planificación urbana, urbanización y construcción.

La Ordenanza General, que contiene las disposiciones reglamentarias de esta ley y que regula el procedimiento administrativo, el proceso de planificación urbana, urbanización y construcción, y los standards técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos.

Las Normas Técnicas, que contienen y definen las características técnicas de los proyectos, materiales y sistemas de construcción y urbanización, para el cumplimiento de los standards exigidos en la Ordenanza General.

una materia tan delicada como los usos de suelo resulta cuestionable por inconstitucionalidad y por ilegalidad.

En concreto, ante esta situación los instrumentos de planificación, muchas veces, regulan los usos de suelo de manera caótica, por lo que reiteradamente hay que recurrir a las interpretaciones administrativas de las SEREMI del MINVU.

Así las cosas, una materia en que la Constitución estableció una reserva legal fuerte está deslegalizada y no sólo eso, la reglamentación de ella la mayoría de las veces resulta oscura, por lo que no se puede hablar de que ha quedado en manos del reglamento, sino que en realidad ha quedado en poder de las decisiones **caso a caso** que adopte la autoridad administrativa llamada a interpretar los instrumentos de planificación.

Con la tecnología que existe hoy día, si la ley obligara a los instrumentos de planificación a regular con precisión los usos de suelo, a los intérpretes se les reduciría su carga de trabajo considerablemente. Hasta que ello no ocurra las facultades esenciales del dominio, la igualdad ante la ley, el derecho a desarrollar actividades económicas, la igualdad ante las cargas públicas, entre otros derechos fundamentales, estarán a merced de la interpretación administrativa.

III. CONCLUSIONES

El sistema normativo formado por la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la Ordenanza General del ramo y los instrumentos de planificación territorial, adolecen de múltiples vicios de constitucionalidad.

Los problemas de fondo provienen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ya que a causa de sus múltiples ambigüedades, los instrumentos de planificación territoriales, en los hechos, son los que realmente limitan, gravan, restringen y prohíben el ejercicio de los derechos de las personas, sin que existan criterios, ni parámetro alguno en su regulación. Esto se debe a que la ley impone figuras sin siquiera definir las, por lo que dichos instrumentos actúan con un margen de discrecionalidad prácticamente ilimitado. Todo ello con el agravante de que al final de cuentas los derechos fundamentales quedan a merced de las interpretaciones administrativas que aclaran las oscuras normas de los instrumentos de planificación.

Por lo tanto, una regulación extremadamente importante, que afecta a los derechos de las personas se ha deslegalizado, generándose un sistema que se resuelve mediante interpretaciones administrativas, en circunstancias de que de acuerdo a la Carta Fundamental dicha regulación debiese provenir de la ley, con normas claras que protejan los derechos fundamentales.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

4.1 DOCTRINA

Cea Egaña, José Luís. Tratado de la Constitución de 1980 y Teoría de Gobierno.

Delaveau Swett, Rodrigo. “La Expropiación Regulatoria en el Derecho Norteamericano”. RDJ 2006

Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. División Jurídica– Legislativa. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Santiago

Evans de la Cuadra. Los derechos Constitucionales.

Fernandois Vöhringer, Arturo; con su artículo “Inaplicabilidad de la ley de Monumentos Nacionales”.

Gastón Gomes Bernales. Página web de la Escuela de Derecho de la Universidad de Talca. <http://derecho.otalca.cl>

González Salinas Jesús. La Plus valías Urbanísticas. España. Madrid.

José Fernández Richard. Derecho Municipal Chileno. Editorial Jurídica año 2003– Santiago.

Molina Guaita, Hernán. Derecho Constitucional.

Pantoja Bauzá, Rolando. Bases Generales de la Administración del Estado. Editorial Jurídica. Conosur 1987 Santiago.

Pareja Alfonso Luciano. Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas. Ediciones ciudad Mendoza, Argentina.

Patricio Figueroa Velasco y Juan Eduardo Figueroa Valdés. Urbanismo y Construcción. Editorial LexisNexis. Santiago año 2006.

Pedro Cobo García. Ley y Ordenanza General de Construcciones, comentada y con Jurisprudencia. Editorial Conosur – año 1997 – Santiago

Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo. Editorial Jurídica.

Soto Kloss, Eduardo. Derecho administrativo, Bases Fundamentales.

Varas, Juan Andrés. La constitucionalización del Derecho chileno. Artículo: Limitaciones a la propiedad: una perspectiva civil.

Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto. Derecho Constitucional.

Zapata Larraín, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Parte General.

4.2. LIBROS Y REVISTAS

Diccionario de la lengua española. Real Academia Española.

Gaceta Jurídica – Santiago

Revista Derecho y Jurisprudencia – Santiago

Revista de Derecho Público. Santiago – Escuela de Derecho Universidad de Chile.

Publicaciones Departamento de Estudio de la Cámara Chilena de la Construcción año 2003 – Santiago.

El Araucano Nº 23, 19/02/1831, 3-4.

El Araucano Nº 44, 16/07/1831, 3.

El Araucano Nº 35, 14/05/1831, 1-3 y Nº 36 21/05/1831, 2-3.

Epistolario de Don Diego Portales 1821-1837 (recopilación E. de la Cruz G. Feliú Cruz. Impreso Dirección General de Prisiones, Santiago de Chile, 1937).

4.3. ACTAS CONSTITUCIONALES

Comisión de estudio para la nueva Constitución. Sesiones Nº 54, 51, 411, 155, 156, 161, 106, 388, 212, 186, 47, 413.

Oficio de la Comisión de estudio para la nueva Constitución dirigido al Poder Ejecutivo el 16 de agosto de 1978.

4.4. JURISPRUDENCIA

a) Constitucional:

Tribunal Constitucional. Rol 122, 43, 280, 226, 146, 334, 370, 155, 192, 204, 247, 276, 379, 245, 239, 284, 185., 319, 220, 184, 376.

b) Judicial:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, en su fallo del 24 de noviembre de 1998, por un recurso de protección, en sus considerando séptimo, octavo y noveno. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCVI (1999), N° 1 (enero-abril), Sección 5.

Corte Suprema. 13/11/1989, R.,t.86, sec.5ª, pag.222..

Corte Suprema. 25 de junio de 1997. Recurso de protección. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV (1997), N° 2 (mayo-agosto), Sección 5

Corte Suprema de Chile¹, 9 de octubre de 1990. Recurso de protección. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII (1991), N° 1 (enero-abril), Sección 5

Corte de Apelaciones de Santiago el 29 de marzo de 1990, en recurso de protección, el cual fue confirmado por la Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVII (1990), N° 2 (mayo-agosto), Sección 5.

Corte de Apelaciones de Santiago, el 20 de marzo del 2002, en la tramitación de un recurso de protección, en sus considerando N° 7, 8 y 9. Revista de derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIX (2002), N° 2 (abril-junio), Sección 5.

Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 326 del año 1996.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 226 de 1990.

Corte Suprema. Rol 911 del año 2006.

Corte Suprema. Rol 176 del año 1995.

Corte Suprema. Rol 5262 del año 2003.

Corte Suprema. Rol 3173 del año 1999.

Corte Suprema. Rol 1938 del año 1997.

Corte Suprema. Rol 2138 del año 2002.

Corte Suprema. Rol 16147 del año 1990.

c) Administrativa:

Contraloría General de la República. Dictamen N° 002196 del año 1993, 18.447 del año 2004, 40.194 del año 2004, 21.135 de 1992, 23.519 de 1991, 45.704 de 2003, 44.412 de 2003, 17.018 de 2003, 7.808 de 2001, 21.289 de 1996, 39.068 de 1995, 39.228 de 2003, 33.813 de 1998, 9.312 de 2004, 52.120 de 2002, 14.871 de 2002, 12.595 de 2001, 25.972 de 1997, 24.461 de 1989, 18.561 de 1989, 571 de 1984, 10.698 de 1987, 5.155 de 1987, 20.739 de 1984, 19.171 de 1979, 25.117 de 2004, 36.027 de 2004, 36.027 de 2004, 17.280 de 1988, 27.978 de 1987, 29.462 de 2004, 46.812 de 1999, 5.351 de 1999, 25.972 de 1997, 15.953 de 1994, 27.248 de 1993, 28.912 de 1991, 000316 de 1980, 018086 de 1980, 045251 de 2002, 030558 de 1996, 008997 de 1996, 037339 de 1995, 016302 de 1995, 005487 de 1995, 038767 de 1994, 028476 de 1994, 035239 de 1993, 033946 de 1993, 032198 de 1993, 030498 de 1993, 003391 de 1993, 026308 de 1993, 026110 de 1993, 013950 de 1993, 02736 de 1990, 035231 de 1988, 010392 de 1985, entre otros. Contraloría General de la República. Toma de Razón N° 25.028.- Santiago, 8 de Abril de 1976 del decreto 458.

Serie Informe Legislativo

Ultimas Publicaciones

- Nº 24** **Reformas Constitucionales:
Su Tramitación en el Senado**
Pablo Kangiser y Sebastián Soto
Abril 2005
- Nº 25** **Ideas Matrices en los Proyectos de Ley:
Inconsistencias del Tribunal Constitucional**
Axel Buchheister y Sebastián Soto
Junio 2005
- Nº 26** **Síntesis de las Recientes Modificaciones
a la Constitución Política de 1980**
Pablo Kangiser
Septiembre 2005