

CIERRE DE CALLES Y PASAJES, UN TEMA MUY ACTUAL

EDUARDO SOTO KLOSS*

RESUMEN: El comentario recae sobre un fallo del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre la constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional de Municipalidades, 18.695, artículos 5° letra c) y 65 letra q), sobre cierre de calles y pasajes por motivos de seguridad ciudadana. El autor analiza las tres posiciones antitéticas del TC frente a un asunto de gran relevancia para los vecinos que sufren a diario los embates de la delincuencia, concluyendo, entre otras cuestiones, que el fallo tiende a “salvar” un proyecto de ley cuya finalidad puede ser loable pero que ha sido aprobado con notoria ausencia de preocupación jurídica.

SUMARIO: Introducción. 1. El Proyecto de Ley sometido al Tribunal Constitucional. 2. La sentencia Rol N° 1869/2010 (20.1.2011). 2.1. El fallo de mayoría. 2.2. Disidencia que estima inconstitucional el proyecto. 2.3. Disidencia que estima el proyecto conforme con la Constitución. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

No suele ser frecuente encontrar en un fallo judicial lo que se encuentra en este Rol N° 1869-10, en el cual el Tribunal Constitucional (en adelante TC) se pronuncia, en virtud de la atribución conferida a él por el artículo 82 N°1/93 inciso 1° de la Constitución (en adelante CP), para revisar la constitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional de Municipalidades, 18.695, artículos 5° letra c) y 65 letra q), sobre cierre de calles y pasajes por motivos de seguridad ciudadana.

En este fallo se da algo que podríamos calificar de “folclórico” en cuanto recuerda aquel dicho o brocardo según el cual “cuando se reúnen dos o más abogados en vez de sumarse se restan”... ya que hay⁽¹⁾ una parte –la mayoría (cuatro magistrados)– que estima inconstitucional una expresión de este proyecto y estima constitucional otro texto del proyecto pero “en el entendido que” ha de interpretarse en el sentido que se indica al efecto⁽²⁾; en que hay otros magistrados (dos) que creen que el proyecto es enteramente con-

forme con la CP, y, en fin⁽³⁾ otros (dos magistrados) que lo estiman íntegramente inconstitucional.

Como se ve, comentar esta sentencia resulta un ejercicio dialéctico de virtuosismo, al contrastar tres posiciones antitéticas, frente a un asunto que pudiera parecer anodino a algunos pero que, sin embargo, adquiere verdadera relevancia para los vecinos que sufren a diario los embates de la delincuencia y no solo en las llamadas poblaciones sino también en conjuntos habitacionales.

A fin de no alargar innecesariamente este comentario nos parece útil plantear⁽¹⁾ el quid del asunto, para luego⁽²⁾ mostrar, según nuestra opinión jurídica, por dónde iría lo que aparecería como la solución más conforme con la CP.

1. EL PROYECTO DE LEY SOMETIDO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El cierre de calles y pasajes, en la forma que el proyecto referido planteaba, incide en el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de locomoción, traslación, circulación o ambulatoria que posee toda persona para moverse dentro del territorio de la República (art. 19 N° 7, inciso 2°, letra a) de la CP).

Pero también “la forma” en que lo hacía el proyecto incidía en un problema de “reserva legal”, es decir, acerca de la competencia del legislador, tema que repercutía en la atribución de potestades a los municipios y un ejercicio posiblemente muy heterogéneo por parte de estos.

Esas calles y pasajes de que habla el proyecto citado se encuadran en “aquellos [bienes] que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o *que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así*” (art. 19 N° 23 CP, cursivas nuestras). El Código Civil –ya en 1855– contiene en su artículo 589 la calificación de “bienes nacionales de uso público” para las calles, plazas, puentes y caminos. Es decir, las calles (y pasajes) son “bienes nacionales de uso público” y, por ende, pertenecen a la Nación toda, y su paso está habilitado para toda persona, en virtud del derecho fundamental ya mencionado (art. 19 N° 7 inc.1° letra a) que la CP le reconoce, garantiza y ampara⁽¹⁾. La administración de estos bienes, conforme a la Constitución, le corresponde a las municipalidades siendo ella

regulada por su ley orgánica constitucional 18.695, la cual crea dos figuras para otorgar el uso privativo de estos bienes, a saber, los permisos y las concesiones⁽²⁾.

Debe hacerse presente que en la tramitación legislativa hubo una “cuestión de constitucionalidad” presentada por el diputado don Alberto Cardemil en cuanto el proyecto sería inconstitucional dado que no distinguía entre calles y pasajes ciegos o no, lo que afectaba derechos fundamentales (*vid.* considerando 8° del fallo que comentamos), cosa que reiteraría el senador Letelier al conocer el tema el Senado (consid. 9°).

2. LA SENTENCIA ROL N° 1869/2010 (20.1.2011)

2.1. El fallo declara inconstitucional el que el cierre o medidas de acceso de calles y pasajes se extienda a las llamadas “vías locales”, en atención a la amplitud que tiene el concepto de “vía local” en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (DS/Minvu N° 47/1992 y muy numerosas modificaciones⁽³⁾), lo que lleva a concluir que dicho cierre y/o medidas de acceso a ellas “afectan el ejercicio de la libertad de circulación por las mismas”, ya que son “vías urbanas de uso público intercomunales y comunales destinadas a la circulación vehicular” si bien “excepcionalmente” se permite en ellas la locomoción colectiva, y presentan ellas un alto grado de accesibilidad con su entorno permitiéndose en ellas incluso el estacionamiento de vehículos. Su cierre aparecería con un alto grado de impedimento para la circulación a través de ellas.

Advierte este fallo que este cierre de calles y pasajes tal como está concebido en el proyecto citado sería inconstitucional, por lo cual a fin de no declararlo así en su integridad –dado que su finalidad cumpliría un objetivo de seguridad ciudadana (como se dice expresamente al inicio del mismo)– lo declara ajustado a la Constitución pero “en el entendido de” que solo se refiere a “aquellas calles que tengan una única vía de acceso y salida y no respecto de calles que comunican con otras vías” (consid. 13).

Para quien leyere esto y fuere extranjero, ajeno a la realidad chilena, pudiera parecerle muy extraño, pero este proyecto de ley venía y viene a regularizar⁽⁴⁾ una situación de hecho que ha provocado problemas en muchas comunas del país, y especialmente en la Región Metropolitana en la cual existen muy numerosos cierres de

calles y pasajes que se han establecido a petición de los vecinos de ellas y sobre la base de “permisos” otorgados por las municipalidades, actos administrativos que en varias ocasiones la Contraloría General de la República –ante reclamo de particulares– ha dictaminado que eran ilegales por carecer de cobertura legal⁽⁵⁾, decisiones que los alcaldes simplemente no cumplen porque han estimado que tales cierres cumplen una muy importante función de protección y seguridad para los vecinos ante la delincuencia⁽⁶⁾.

Si bien se analiza el fallo, en buenas cuentas *ha estimado inconstitucional el proyecto que analizó* tanto en cuanto extendía el cierre aludido a “vías locales”, lo que dijo expresamente, pero también en cuanto a cierre de calles y pasajes sin hacer ningún tipo de distinciones, pero atendida la finalidad del proyecto –que era loable– “modifica” el TC el texto aprobado –como proyecto– por el legislador e introduce aquella ya usual frase “en el entendido que”⁽⁷⁾ tal cierre y medidas de control de acceso a ellos se refieren solamente a aquellas calles que tengan “una única vía de acceso o salida y no respecto de calles que comunican con otras vías” (consid. 13 cit.).

2.2. Relacionando el fallo aludido con una de las disidencias (ministros Sres. Vodanovic y Fernández Baeza) que estima inconstitucional el proyecto completo, se concluye que en realidad él era contrario a la Constitución en su integridad, y que de no ser por aquel “en el entendido que” habría sido declarado derechamente inconstitucional (con una mayoría, del voto concorde de seis magistrados). No puede dejarse de comprobar que aquel “en el entendido que” no es sino una función “salvadora”, de “rescate”, del proyecto sometido a su revisión (si así pudiera decirse) al rectificar la inepticia incurrida por el cuerpo legislativo.

Lo interesante de la disidencia referida (breve y concisa/siete breves considerandos) son los argumentos que la fundamentan, que pareciera que no fueron relevados por la mayoría, la cual si se hubieran abocado a su contenido pienso que habrían llegado a la misma conclusión (aunque por otra vía llegaron igualmente a la conclusión de que el proyecto era inconstitucional, si bien lo “salvaron”, “rescataron” o “redimieron” con la modificatoria frase del “en el entendido que”).

- a) el argumento principal es aquel en cuya virtud la libertad de locomoción o traslación o de movimiento que reconoce la CP a toda persona para circular libremente por el país (y entrar y salir de él), la reconoce “a condición que se guarden las normas *establecidas en la ley* y salvo siempre el perjuicio de terceros” (art. 19 N° 7 inc. 2° letra a), cursivas nuestras). Es decir, “conforme a la ley”, o sea, el asunto es de “*reserva legal*”, vale decir, que *toca al legislador* la decisión de determinar esas “condiciones”. En cambio, en el proyecto analizado en vez de ser el legislador quien efectúe esa determinación, este hace una “remisión” (no contemplada en la CP) a la administración municipal, para que esta decida esas “restricciones” a la circulación de las personas (y de las personas y vehículos en los que pueda trasladarse o transportarse). Y, además, al permitir esa restricción al derecho fundamental de traslación o locomoción afecta el “contenido esencial” de este, pues lo impide directamente al cerrar calles y pasajes, *v. gr.* al paso de personas o vehículos (art. 19 N° 26)⁽⁸⁾. En otros términos, afecta el derecho de las personas, o sea, no se respeta el imperativo constitucional del art. 19 N° 7, inc. 2° letra a) en cuanto dispone “salvo siempre el perjuicio de terceros”.
- b) el otro argumento de esta disidencia se basa en que la finalidad del proyecto –como se dice en su inicio– es la “seguridad ciudadana” y esta constitucionalmente no es materia de la competencia de las municipalidades, desde que es asunto propio del Presidente de la República y del llamado gobierno central como lo disponen los artículos 24 y 101, inciso 2° de la CP (referido este último a las Fuerzas Armadas)⁽⁹⁾.
- c) estos cierres afectarían, además, afirma esta disidencia, el derecho de “propiedad de la nación” sobre esos bienes nacionales de uso público (art. 19 N° 24), lo que afecta a las personas en el uso y goce de ellos. Aquí nos parece que debe hacerse presente que los miembros de la comunidad nacional “carecen”, propiamente hablando, de un derecho de dominio sobre ellos, como expresamente así lo declara el art. 19 N° 23, inc. 1° de la CP, en cuanto *excepción* a “la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes”, por lo cual lo que se afectaría serían las facultades de uso y goce de esos bienes como “miembros de la nación”, pero no como “dueños” *proprie loquendo*, desde que ese “dominio” más

que tal (dominio que se especifica por la facultad de “disposición”, como lo definía ya Bartolo en el siglo XIV) es una “ficción jurídica” (una más, como el llamado “dominio público”)⁽¹⁰⁾.

Como decíamos, esta disidencia rechaza directa y rotundamente el proyecto referido por ser enteramente inconstitucional desde que adolece de vicios de incompetencia y afectar derechos fundamentales de las personas.

2.3. La otra disidencia (ministros Sres. Bertelsen, actual presidente del Tribunal, y Carmona, 12 considerandos) afirma la plena conformidad del proyecto con la CP. Primeramente, recuerda que la Ley 18.695, art. 4° letra j) concede atribuciones “concurrentes” con las autoridades centrales en materia de “apoyo y fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar con su implementación”. Debe señalarse que pareciera que no advierten debidamente estos magistrados que esas atribuciones son “de apoyo y colaboración”, que no “decisorias”, las cuales solo competen al legislador cuando se trata de la afectación del derecho fundamental reconocido por el art. 19 N° 7, inc. 2° letra a) y, además, que no cabe la “remisión normativa (lo que esta disidencia parece admitir en tema de derechos fundamentales, si se leen sus considerandos 4° a 11°), aun cuando la ley establezca un procedimiento que pareciera razonable, adecuado, igualitario, etc., ya que se viola el principio básico de la supremacía constitucional, como es el que los órganos del Estado actúen “dentro de la competencia” (art. 7°, inc. 1°)⁽¹¹⁾.

CONCLUSIONES

Al concluir, ¿qué decir de esta sentencia? ¿Un divertimento tribunalicio? ¿Una especie de octeto con tres movimientos contrastantes? ¿Un lúdico ejercicio dialéctico a fin de hacer más entretenida la actividad tan recargada de trabajo de los magistrados de la suprema jurisdicción constitucional? Pudiera ser que algo de ello hubiera habido, o simplemente lo dicho ¿es solo el fruto de la imaginación de quien esto escribe o, a lo más, un giro retórico...?

1. Lo que aparece muy claro del fallo analizado es que seis de ocho ministros estuvieron de acuerdo en que el proyecto sometido a su revisión era *inconstitucional* y ello con argumentos que su-

mados los de la mayoría con los de la disidencia en tal sentido daban un muy sólido fundamento de su disconformidad con la Constitución.

2. Que la disidencia que estimaba tal proyecto como conforme con la Constitución parte de una premisa falsa y sobre la cual construye toda su extensa argumentación, a saber, que el legislador era competente para remitir a la Administración –municipal en este caso– la “decisión” del cierre de calles y pasajes, e incluso vías locales, en circunstancias que tal “restricción” compete hacerla en exclusividad al legislador, como lo establece expresamente el art. 19 N° 7, inc. 2°, letra a), y ello sin incurrir en perjuicio de terceros.
3. Que no obstante las dos consideraciones anteriores, la mayoría del TC (cuatro ministros de ocho, con dos grupos de disidencias contrapuestas entre sí) decidió declarar inconstitucional el cierre o condiciones de acceso de las llamadas “vías locales” y declarar conforme a la Constitución el cierre de calles y pasajes pero “en el entendido que” se trate de aquellos con una única vía de acceso y salida, o sea calles y pasajes “ciegos”, lo que el proyecto ni por asomo había contemplado y, por tanto, no había sido legislado.
4. Este fallo, cuya lectura es ciertamente entretenido por lo poco usual de su contenido, es una muestra más de aquella posición del TC, no poco infrecuente en su jurisprudencia, que tiende a “salvar” (o “redimir”, para usar un término cristiano) un proyecto de ley cuya finalidad puede ser loable pero que ha sido aprobado con notoria ausencia de preocupación jurídica cayendo en notorias vulneraciones de la Constitución y que, por tanto, debería ser declarado inconstitucional. Con la frase sacramental “en el entendido que” el TC “purga” el o los vicios de inconstitucionalidad y asume una función de “colegislador”, función que no debería existir si el Congreso Nacional –en su función legislativa– contara con una asesoría jurídica, sapiente y acuciosa, que impidiera que se aprobaran proyectos con graves y/o notorios vicios que obligan al TC a adoptar este predicamento salvador.

Ciertamente podrían sostener algunos que ello parecería que no entra “dentro de la competencia” que la Constitución ha atribuido a esta suprema magistratura, pero podría sostenerse también, con

buenas razones, lo contrario, esto es, que entra en ellas, en cuanto custodio de la Constitución, y ello podría ser admisible, si bien no puede desconocerse su intrínseca peligrosidad para los derechos de las personas y caer en un “torcerle la nariz” a la propia Constitución que se dice defender en su integridad. Pero ya Juvenal, el poeta satírico latino (42/55-125/129?), recordaba aquello de “¿quién controla al que controla?”, que es la piedra de tope de todo sistema jurídico⁽¹²⁾.

NOTAS

- * Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Paris/Sorbonne-Panthéon). Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile. Ex abogado integrante del Tribunal Constitucional (1985-2003).
- ¹ De acuerdo a la ley, y siempre que esta no vulnere el contenido esencial de este derecho (art. 19 N° 26) “y salvo siempre el perjuicio de terceros”.
- ² No entro aquí al análisis de la constitucionalidad de estas figuras para otorgar un uso privativo de bienes que son de la nación toda, especialmente la figura del llamado “permiso”.
- ³ Es el artículo 2.3.2. de dicha Ordenanza el que define y describe las “vías locales” (N° 5).
- ⁴ Proyecto que fuera mal formulado porque especialmente la situación que regulariza era aquella de las poblaciones o conjuntos urbanísticos con calles y pasajes “sin salida”, o sea, “ciegos”, es decir, “con una única vía de acceso y salida”, como muy bien especifica y precisa el TC.
- ⁵ *V. gr.* dictámenes 60.632 y 57.306, de 2009, 299, 53.972 y 74.901, de 2010, y últimamente 31.080/16.5.2011, acerca de la Ley 20.499/8.2.2011 y su artículo transitorio (el proyecto sobre el cual recayó la sentencia que comentamos devino en esta ley).
- ⁶ Según *El Mercurio*, Santiago de Chile de 3.2.2012 (C-4), a esa fecha, días antes de la vigencia de la Ley 20.499, existían 1.430 cierres de calles y pasajes ilegales en el Gran Santiago, en las comunas de más de cien mil habitantes; en la comuna de

Santiago habrían 520 vías enrejadas y ninguna habría solicitado la aprobación municipal; en las comunas de Vitacura, Providencia y La Reina, en su conjunto, se habrían contabilizado cerca de 150 casos de calles y pasajes enrejados. Esta costumbre del cierre de estas vías habría aparecido hacia 1992 aproximadamente y a propósito de la delincuencia, reaparecida –en cuanto a asaltos y robos a casas– ya en la presidencia Aylwin (1990-1994), cosa que no ocurría en el gobierno anterior (presidencia Pinochet Ugarte).

- 7 Cuyo origen lo veo en los llamados “alcances” que habitualmente realiza la Contraloría General de la República al tomar razón de decretos y resoluciones, cursando dicho trámite (evitando así su “representación” por inconstitucional o ilegal), pero “rectificando” un error (de referencia, de cálculo, etc.), “instruyendo” al autor cómo ha de actuar en el futuro (a fin de no recaer en actuación contraria a Derecho), “complementando” el texto con algo que legalmente debía haber contenido dicho decreto o resolución, “interpretando” de un modo determinado el texto (que de otro modo sería contrario a Derecho y habría debido representarlo), etc. Es en este último caso en el que especialmente se encuentra aquel “en el entendido que” que ahora utiliza también el TC. Sobre el tema *vid.* nuestro *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2ª edición). LegalPublishing-Abeledo Perrot. Santiago de Chile. 2010, 329-337.
- 8 Valga recordar que esa “restricción” solo cabría previa declaración de un “estado de excepción constitucional” (por el Presidente de la República a través de un decreto supremo, solo o con acuerdo del Congreso Nacional, según el caso), como sería *v. gr.* el “estado de asamblea” (en que incluso podría “suspenderse”), o el “estado de sitio” o el “estado de catástrofe” o aun el “estado de emergencia” (cap. IV Gobierno, párrafo 4 “Estados de excepción constitucional”, arts. 39-41/39-45).
- 9 Ciertamente es que con la escalada de la delincuencia durante los dos últimos gobiernos de la llamada “Concertación” (presidencias Lagos y Bachelet) se organizó por las municipalidades, en especial aquellas con mayores fondos, toda una unidad de “seguridad ciudadana”, que ayuda muy eficientemente a la

policía uniformada (Carabineros) en la lucha en contra del delito (robos con violencia en las personas, asaltos a casas, a establecimientos comerciales, farmacias, bencineras, etc.).

- 10 No es la ocasión para entrar en el tema que aquí solo recuerdo en afán de precisión.
- 11 No puedo dejar pasar la afirmación que hace el consid. 7° de esta disidencia en orden a afirmar que lo que el proyecto estaría creando sería una “autorización” como título habilitante para los vecinos pedir el cierre referido y que se agregaría a los “permisos” y “concesiones” que la Ley 18.695 prevé (arts. 36,37, 63 letra f) y 8°). La “autorización” –como acto administrativo que es– supone un “derecho preexistente” que tiene un sujeto y para cuyo “ejercicio” la ley le impone acudir a la autoridad administrativa para que esta controle si cumple los requisitos que dicha ley determina para poder ejercerlo. Aquí no existe tal “derecho preexistente”, pues se carece de la posibilidad jurídica de “exigir” (que es lo que especifica un “derecho”) a la autoridad municipal ese cierre de una calle o pasaje. Tan es así que el proyecto mismo contiene algunas normas que lo hacen incompatible con la noción de un “derecho preexistente”, como es, *v. gr.* que el acto administrativo que dispusiera dicho cierre lo es por cinco años, si bien prorrogables; el ejercicio de un derecho que se posee, y sobre el cual se tiene “derecho de propiedad” como “bien incorporal” que es (art. 19 N° 24, inc. 1° CP), no suele ser temporal desde que atributo esencial del dominio es –en cuanto principio general e indispensable– su perpetuidad; aún más: el acto administrativo es revocable por la municipalidad (aunque con acuerdo del Consejo Municipal y por resolución fundada), lo que no procede con las “autorizaciones” cuya revocación tiene causas específicas que la ley prevé y a las cuales la Administración ha de atenerse si no quiere ver viciado su acto (art. 7° inc. 3° CP). Propiamente, lo que dispone este proyecto de ley es un “permiso” municipal, con más requisitos y condiciones, muy precisos, específicos y bien delimitados, pero igualmente “permiso”.
- 12 Si se estudia la protección *Gómez Montoya c/ Corporación Administrativa del Poder Judicial* (Corte Suprema/3a. sala, 30.11.2011, Rol N° 4518-2011, que revoca el fallo de la Corte

de Apelaciones de Valparaíso que la acogía) se podrá ver que la Corte Suprema se erige en “custodio” final del TC, puesto que deja sin efecto, en la práctica, la sentencia en la cual este había declarado “inaplicable” determinada disposición legal en dicho proceso de protección, por ser inconstitucional; *vid.* comentarios sobre el fallo de la Corte Suprema en Gaceta Jurídica 378/XII-2011, 25-46, de E. Gandulfo R.) y en Diario Constitucional N^{os} 78/29.12.2011 y 83/16.1.2012, de C. Viera.