

EL ACTUAL STATUS QUAESTIONIS DEL DERECHO URBANÍSTICO EN CHILE

Eduardo Cordero Q.¹

RESUMEN: Este artículo da cuenta del actual estado del Derecho Urbanístico en Chile como disciplina dogmática. Después de describir sus caracteres externos, como son sus fuentes, desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el autor esboza sus caracteres internos, a partir de los principios y contenidos estructuradores de esta rama del Derecho, con la pretensión de sentar las bases de su posterior reconstrucción dogmática.

ABSTRACT: This article describes the main features of current land planning law in Chile. After a description of external features, like legal sources and jurisprudential developments, the author explains the internal characteristics of this legal discipline. The goal is to define the legal framework which allows a theoretical reconstruction of urbanism law in Chile.

1. INTRODUCCIÓN²

El desarrollo y constante crecimiento de las ciudades ha dado lugar a una serie de fenómenos sociales, económicos y jurídicos que se han revelado de particular interés para los diversos saberes científicos y técnicos, siendo a la vez fuente de problemas de las más diversas naturaleza, ya sea desde el punto de vista de las economías y deseconomías que produce, de su estética, de la seguridad ciudadana y de todas las consideraciones criminológicas que conlleva, de cuestiones sanitarias, de su relación con el medio ambiente, etc.

La ciudad, evidentemente, no es un hecho nuevo, lo que sí resulta verdaderamente nuevo es la transformación verificada a lo largo de los últimos tiempos, que ha originado que una población mundial predominantemente rural se vaya convirtiendo en otra predominantemente urbana. Europa, que hacia 1800 tenía una población urbana que no pasaba del 3%, en la actualidad ha alcanzado más del 50%, y los Estados Unidos, que en 1800 contaban con una población urbana del 6,1% de su población total, 100 años más tarde llegaba al 39,7% y en 1960 al 70%. Por su parte, si bien la población de Chile no es numerosa si se compara

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Política Territorial y Urbanística. Profesor asociado de Derecho Administrativo, Universidad de Antofagasta.

² Abreviaturas utilizadas: CGR: Contraloría General de la República; Const.: Constitución Política de la República; DA: Documentación Administrativa; DCGR: Dictamen Contraloría General de la República; GJ: Gaceta Jurídica; LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones; OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcción; LOCCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; RDAE: Revista de Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile; RDCDE: Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado; RChD: Revista Chilena de Derecho; RDJ: Revista de Derecho y Jurisprudencia; RDpub.: Revista de Derecho Público; SCA: Sentencia Corte de Apelaciones; STC: Sentencia Tribunal Constitucional; TC: Tribunal Constitucional; CSJ: Corte Suprema de Justicia.

con los países desarrollados, en los últimos 150 años ha experimentado un vigoroso incremento. Chile tiene un total de 15.116.435 habitantes, de los cuales 13.090.113 (87%) viven en áreas urbanas, mientras 2.026.322 (13%) habitan el área rural³.

El explosivo crecimiento demográfico unido a la concentración de la población en las ciudades y a la necesidad correlativa de nuevos espacios públicos y privados ha dado lugar a grandes problemas de organización espacial que se han ido agravando con el tiempo. Por tales razones, la ordenación del espacio surge como una necesidad para enfrentar estos problemas a partir del diseño de una ciudad sostenible, que depende en última instancia de una estructura espacial y territorial equilibrada. Esto ha exigido una intervención decidida por parte de los órganos públicos con el objeto de proyectar y diseñar estrategias para alcanzar un modelo territorial que permita una convivencia armónica y garantice mejores condiciones de vida para las personas. Por tal razón, el *urbanismo* ha adquirido nuevos perfiles y se ha juridificado paulatinamente, constituyendo en la actualidad una función primordial de los órganos públicos, siendo, a su vez, la base de un nuevo tipo de función pública asentada en el espacio, como es la *ordenación del territorio*.

Chile no ha estado ajeno a estos procesos y desde su poblamiento inicial se comenzaron a aplicar las primeras normas urbanísticas heredadas de la tradición castellano-indiana. De hecho, el origen de la propiedad territorial en el Reino de Chile está estrechamente unido a las disposiciones coloniales que regularon la fundación de las ciudades⁴, dando lugar a la asignación de solares en favor de los soldados y oficiales españoles por parte del fundador. Por otra parte, el 30 de marzo de 1569 la Audiencia y Cancillería Real de la Ciudad de los Reyes ratifican unas ordenanzas hechas por el Cabildo de Santiago para el buen gobierno de dicha ciudad que contienen diversas normas de incidencia urbanística⁵.

No obstante, las normas de contenido urbanístico en sentido estricto comienzan a surgir en la segunda mitad del siglo XIX, una vez que Chile ha obtenido su independencia y poco después de la entrada en vigencia de su Código Civil. Partiendo con las leyes de 1874-76 que tenían por objeto el ensanche de las calles de las ciudades de Santiago y Valparaíso, pasando por la Ley de Municipalidades de 1891 y la Ley N° 2.658, de 13 de junio de 1912, en este caso para la ciudad de Concepción, se comienza a construir todo un sistema de regulación e intervención en la propiedad urbana que

3 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. *Resultados Generales Censo 2002*. Santiago: INE, 2002, p. 1.

4 El historiador chileno Diego Barros Arana relataba la fundación de la ciudad de Santiago, dando cuenta de las normas que se debían seguir: "[...] Valdivia procedió a trazar la ciudad. Un soldado español llamado Pedro de Gamboa, que en el Perú había desempeñado el oficio de alarife o director de obras, y que más tarde ensordeció y perdió un ojo peleando contra los indios de Chile, fue el colaborador de Valdivia en estos trabajos. Con arreglo a lo que por una real cédula de 1523 se practicaba en todas las colonias españolas, el terreno fue dividido en cuadrados de ciento cincuenta varas por cada lado y separados entre sí por calles de doce varas de ancho. Los conquistadores, acostumbrados a ver las callejuelas estrechas y tortuosas de las antiguas ciudades españolas, y sin sospechar que las aldeas que fundaban pudiesen llegar a ser un día grandes y animadas poblaciones, debieron creer que esas calles eran espaciosas avenidas. Cada uno de esos cuadrados fue dividido en cuatro solares de igual tamaño, que fueron distribuidos entre los conquistadores. El cuadrado del centro se reservó para plaza de la naciente ciudad; y dos de sus costados, el del norte y el del occidente para las casas del gobernador y para la iglesia. El acta de la fundación de la nueva ciudad se extendió solemnemente el 12 de febrero de 1541". BARROS ARANA, Diego. *Historia general de Chile*. T. I. 2ª edición. Santiago: Universitaria, 2000, pp. 179-180. Debemos recordar que estas disposiciones fueron fijadas en la Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, que constituían Derecho propio para las colonias españolas y, específicamente, para el Reino de Chile.

5 Esta ordenanza se puede consultar en la obra de DOMÍNGUEZ COMPAÑY, Francisco. *Ordenanzas municipales hispanoamericanas*. Madrid-Caracas: Asociación Venezolana de Cooperación Intermunicipal-Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp.109-126.

recoge la Ley de Municipalidades de 1915, teniendo aplicación en todo el país. A partir del año 1929 se dará impulso a una normativa más íntegra y sistemática en materia urbanística⁶. Así, en el año 1931 se dictará la “Ley General sobre Construcciones y Urbanización” y su respectiva “Ordenanza”, aprobada en virtud del D.F.L. N° 345, de 30 de mayo de 1931. En este cuerpo legal contendrá por primera vez un conjunto sistemático de normas sobre construcción y urbanización, regulando las diversas técnicas de intervención que corresponden en esta materia a la Administración. Esta ley es una síntesis del conjunto de normas que se habían dictado desde mediados del siglo XIX y mantiene como centro de gravedad la actividad privada, sustentada en el derecho de los propietarios del suelo, tanto en la actividad de urbanización como en la edificación. De esta manera, la Ley General sobre Construcciones y Urbanización de 1931 constituyó uno de los avances más importantes en la regulación de la actividad urbanística y da comienzo en Chile a las bases de lo que será el Derecho Urbanístico⁷.

Ahora bien, el objeto de este trabajo es dar cuenta del actual estado en que se encuentra la dogmática nacional en torno al Derecho Urbanístico, como base a un trabajo posterior de reconstrucción de la misma a partir de las modernas concepciones de esta disciplina, la

cual se tiende a comprender dentro de la denominada parte especial del Derecho administrativo.

En tal sentido, expondremos por separado cada uno de los rasgos distintivos de nuestro Derecho Urbanístico. Para tal efecto, haremos una descripción del estado de las fuentes, doctrina y jurisprudencia, desde una óptica o caracterización meramente externas, es decir, sin entrar en una crítica de fondo de las mismas. En segundo lugar, abordaremos aspectos de fondo o internos del Derecho Urbanístico nacional, en relación con su naturaleza y principios.

2. CARACTERES EXTERNOS DEL DERECHO URBANÍSTICO CHILENO

1° FUENTES

El régimen de la actividad urbanística y del derecho de la propiedad inmobiliaria se corresponde con aquellos sectores de la realidad que —en palabras de Luciano PAREJO ALFONSO— precisan de una *regulación administrativa*, pues es imposible para el legislador prever y tratar anticipadamente todos los supuestos posibles que se dan en la práctica⁸. Por tal razón, en esta materia el legislador se limita

6 Esta regulación estará determinada por un hecho concreto. Nos referimos al terremoto de Chillán de 1 de diciembre de 1928, el cual dejó al descubierto el mal estado de las construcciones, así como la ineficacia de la normativa urbanística, caracterizadas por la falta de precisión de las leyes. Además, también era un factor importante la radicación de estas competencias en el ámbito local, con municipalidades que no contaban con la capacidad financiera y técnica adecuada para afrontar en condiciones óptimas dichas funciones. Por último, la iniciativa de la acción urbana descansaba en los propietarios, el que se llevaba a cabo sin un control adecuado, sin perjuicio de que en muchos casos se realizaba al margen de la escasa legislación vigente. El año 1929 se aprueba la Ley N° 4.563, de 14 de febrero, sobre construcciones antisísmicas, que faculta al Presidente de la República para dictar ordenanzas generales en esta materia.

7 Sobre la historia reciente de las normas urbanísticas chilenas, vid. el trabajo BRAHM GARCÍA, Enrique. *Propiedad sin Libertad. Chile 1925-1973*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999, pp. 72-75, y de RAJEVIC MOSLER, Enrique. “Derecho y legislación urbanística en Chile”, en RDAE, vol. II, N° 2, julio-diciembre, 2000, pp. 528-548. También se puede consultar el informe de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, elaborado por el Instituto de Geografía de la Universidad Católica de Chile, titulado *Identificación de instrumentos y normativas de ordenamiento territorial y ambiental y definición de situaciones críticas*, en donde se contiene una síntesis histórica (apartado 3.3, pp. 13-16).

8 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 655.

a sentar las bases de la regulación, estableciendo un marco dentro del cual se tomaran las decisiones ulteriores. Posteriormente, se incrementa el tracto del proceso para la adopción de decisiones públicas, en la medida que la tradicional forma de regulación en base a la Ley y el reglamento se ve alterado por la inserción de un nuevo escalón decisonal, el cual se articula bajo la forma de planes, que vienen a concretar un conjunto de decisiones dentro de dicho marco legal.

Esto es lo que sucede en el caso del ordenamiento urbanístico, en donde nos encontramos con la tradicional estructura de fuentes que comienza con la Constitución y continúa con la ley y el reglamento, pero que está complementado con planes, los cuales se engloban bajo la genérica denominación de “instrumentos de planificación territorial”. Dada esta estructura normativa, daremos una visión general de cada una de sus partes.

La Constitución chilena contiene un conjunto de disposiciones materiales que inciden en la organización del espacio y que integran su sistema o techo axiológico, el que tiene como base o pilar fundamental el reconocimiento de la libertad y dignidad de las personas⁹. En tal sentido, se establece que “el Estado está al servicio de la persona humana”, teniendo como finalidad la “promoción del bien común”, lo que demanda una acción positiva en orden a “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con

pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”¹⁰. Por tal razón, se impone al Estado el deber de “dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”¹¹. Además, la Constitución “asegura a todas las personas” un conjunto de derechos, entre los que destacan: a) el “derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, imponiéndole al Estado el deber de “velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”¹², y b) “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”, señalando, además, que “sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”¹³.

Nuestra Constitución no reconoce expresamente la función pública del urbanismo en sus preceptos. No obstante, establece que “para el gobierno y administración interior del Estado [...] se observará como *principio básico* la búsqueda de un *desarrollo territorial armónico y equitativo*”¹⁴.

En el *plano legislativo* rige la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), sancionada a través del D.F.L. N° 458 de 1975, y que ha sido objeto de una veintena de modificaciones¹⁵. A pesar de que la Constitución no permite las delegaciones legislativas en materia de garantías constitucionales¹⁶ y aunque

9 Artículo 1.1. Const.

10 Artículo 1°.4. Const.

11 Artículo 1°.5. Const.

12 Artículo 19 N° 8 Const.

13 Artículo 19 N° 24.1 y 2 Const.

14 Artículo 104 Const.

15 La última de éstas corresponde a la Ley N° 19.939, de 13 de febrero de 2004.

16 Artículo 61.2 Const.

en este caso se establece por dicha vía el estatuto jurídico de la propiedad sobre el suelo, esta norma es pre-constitucional, por lo que no quedó sujeta a las limitaciones que impuso la Constitución de 1980 en estas materias. No obstante, las modificaciones posteriores a dicho cuerpo legal sólo se pueden realizar a través de leyes formales.

Esta ley tiene por objeto la regulación de la “planificación urbana”, la “urbanización” y la “construcción”¹⁷, y establece las fuentes del Derecho Urbanístico en nuestro país (o niveles de acción¹⁸, como los denomina):

a) 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.

b) 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 estándares técnicos de diseño y construcción exigibles en los dos últimos. El D.S. Nº 47, de 19 de mayo de 1992 fija el nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la que ha sufrido importantes modificaciones, dentro de las cuales destacan las introducidas por el D.S. Nº 70, de 25 de junio de 2001.

c) 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 estándares exigidos en la Ordenanza General.

A este conjunto de fuentes se deben agregar las *instrucciones* que debe dictar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la División de Desarrollo Urbano, para la aplicación de las disposiciones de la LGUC y de la OGUC, lo que se hace mediante circulares¹⁹.

Por su parte, en la *escala de la planificación o regulación administrativizada* existen varios instrumentos. La característica común de todos es su carácter “horizontal”, pues comprenden objetivos globales que permitan el desarrollo integral y armónico del sistema de asentamientos humanos. Además, cada uno de ellos tiene un ámbito diverso de extensión territorial (nacional, regional, intercomunal y comunal).

La LGUC contempla un sistema de planificación urbana a nivel nacional²⁰. Sin embargo, nunca se ha aprobado un instrumento de esta naturaleza, ni ha sido considerado dentro de los instrumentos de planificación territorial contemplados en la OGUC. Por tales razones, en Chile se ha optado por su sustitución a través de “Políticas Nacionales de Desarrollo Urbano”, bajo la forma de una circular directiva que tiene por función fijar objetivos que guíen la actuación de los órganos a los

17 Artículo 1º LGUC.

18 Artículo 2º LGUC.

19 Artículo 4º LGUC. Originalmente la LGUC establecía que esta función correspondía a las Secretarías Regionales Ministeriales, que son órganos desconcentrados territorialmente del MINVU en las 13 regiones de Chile. La inseguridad que daba la disparidad de criterios en estas materias y la necesidad de precisar las facultades que ya ejercía en esta materia la DDU, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12, letra h) del D.L. Nº 1.305, de 19 de febrero de 1976, fueron el origen de la modificación introducida por la Ley Nº 19.472, de 16 de septiembre de 1996 a esta disposición. Estas circulares se encuentran publicadas actualmente en Internet en la siguiente página web: <http://www.minvu.cl>.

20 Artículo 29 LGUC.

cuales se les atribuye potestades sectoriales de incidencia territorial, así como a las entidades territoriales, que deben coordinar su actuación con las políticas nacionales²¹.

En definitiva, en Chile son “Instrumentos de Planificación Territorial” los siguientes²²:

- a) El *Plan Regional de Desarrollo Urbano*, que orienta el desarrollo de los centros urbanos de las regiones.
- b) El *Plan Regulador Intercomunal o Metropolitano*, que regulan el desarrollo físico de las áreas urbanas y rurales de diversas comunas que, por sus relaciones, se integran en una unidad urbana.
- c) El *Plan Regulador Comunal*, que dentro de los instrumentos de planificación tiene por objeto promover el desarrollo armónico del territorio comunal, expresándose en un instrumento normativo que tiene por objeto establecer las adecuadas condiciones de higiene y seguridad en los edificios y espacios urbanos, y de comodidad en la relación funcional entre las zonas habitacionales, de trabajo, equipamiento y esparcimiento
- d) El *Plan Seccional*, que tiene por objeto desarrollar los planes reguladores comunales o regulan de forma autónoma un sector acotado del territorio. Además, también son necesarios para la declaración de una “zona de remodelación” y para aprobar zonas de construcción obligatoria.
- e) El *Límite Urbano*, que es la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal, creando sólo una zona de usos.

2° DOCTRINA

En Chile la producción científica en materia de Derecho Urbanístico es escasa. A pesar de que la primera Ley y Ordenanza General sobre Construcciones y Urbanización en Chile data de 1931 (D.F.L. N° 345, de 30 de mayo de 1931), no existe a la fecha ningún tratado u obra general que exponga de forma íntegra las distintas materias vinculadas a la actividad urbanística y reguladas por las diversas leyes que se han dictado hasta nuestros días, que han sido, por lo demás, muy numerosas.

Partiendo de la base de que son obras parciales, la mayoría de ellas corresponden a memorias o seminarios para obtener el grado de Licenciado en Ciencias jurídicas, ninguna de las cuales ha sido posteriormente publicada en su integridad.

De las pocas obras monográficas existentes se puede encontrar a las siguientes: SCHMIDT QUEZADA, Luis. *Legislación y reglamentación de construcciones y urbanización*. Santiago: Imprenta Universo, 1935; DEBERTI BASTIANCIG, Víctor. *Urbanismo y Derecho*. Valparaíso: Sociedad Editora Italiana, 1937; y TAPIA MOORE, Astolfo. *Legislación urbanística de Chile (1818-1959)*. Santiago: Talleres Arancibia Hnos. 1961.

Mención aparte merece la obra de RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico*; prólogo de Francisco González Navarro. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1985, que es la publicación de la tesis doctoral presentada por el autor en la Universidad Complutense de Madrid, y que tuvo como

21 Este instrumento es dictado conforme a lo dispuesto en el art. 8° del D.L. N° 1.305 que encomienda al Ministro de Vivienda y Urbanismo “la formulación de la política nacional habitacional y urbanística del Gobierno”. Sin embargo, la última política nacional de desarrollo urbano ha sido sancionada en el año 1985 (D.S. N° 31, de 4 de marzo de 1985), encontrándose totalmente superada por la realidad social, política, cultural y económica existente actualmente en el país, así como por un conjunto de normas que tienden a abandonar este instrumento y a radicar tales decisiones en el nivel regional.

22 Artículos 1.1.2 y 2.1.1 OGUC.

Director al profesor Martín BASSOLS COMA. En esta obra se estudia el urbanismo y su juridificación, el concepto de Derecho Urbanístico, la Administración urbanística, los principios fundamentales del Derecho Urbanístico y sus funciones, los que son desarrollados a la luz del Derecho español y chileno. Lamentablemente esta obra tuvo una sola edición y algunas materias ya están desactualizadas. Por lo demás, el autor, que es uno de los más destacados constitucionalistas chilenos, no siguió desarrollando esta línea de investigación.

Dentro de las memorias o seminarios es posible encontrar los siguientes trabajos: ACUÑA AHUMADA, Jorge y TOLOZA ZAPATA, Víctor Hugo. *Planificación del desarrollo urbano y urbanismo: Teoría y realidad chilena*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, 1970; CAMUS ROCUANT, Lucía. *Análisis de algunos aspectos de la legislación habitacional y urbanística chilena: pautas para una reforma urbana habitacional*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, 1971; LOBOS PÉREZ, Juan Carlos. *La planificación urbana y su impacto en el derecho de propiedad*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, 1978; RIQUELME ROBERTS, Gloria Cecilia. *Algunos aspectos de la planificación urbana*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, 1980; SILVA CAILEO, Juan Osvaldo. *Aplicación jurisprudencial de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: 1975-1986*. Concepción: Universidad de Concepción, 1987; ACUÑA DÉLANO, María Soledad. *Planes reguladores, una visión legal*. Concepción: Universidad de Concepción, 1987; COLIGNON KOMPEN, Mauricio Andrés. *Los planes urbanísticos como instrumentos jurídicos en la planificación del territorio*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso, 1991; SMITH F., Gonzalo. *La noción de calidad de vida: su rol en el Derecho, y particularmente en el Derecho Urbanístico*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1994; DOREN V., Sebastián. *Las externalidades y la congestión de los bienes públicos*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1995;

RETAMAL SANHUEZA, ROSA H. *Jurisprudencia administrativa y judicial sobre la Ley General de Urbanismo y Construcciones*. Concepción: Universidad de Concepción, 1995; BUFADEL GODOY, Tufit Alberto. *Planificación y uso del suelo urbano: planteamiento de una solución al problema urbano actual*. Concepción: Universidad de Concepción, 1996; RAJEVIC MOSLER, Enrique. *La propiedad privada ante los planes reguladores (Estudio sobre las limitaciones del dominio en la esfera de la legislación urbanística)*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1996; SOTO BUSTOS, Gabriela. *Régimen jurídico de los planes reguladores*. Santiago: Universidad de Chile, 1996; PAREDES ORTIZ, Jorge. *Los planes reguladores intercomunales y sus efectos en la subdivisión de predios rústicos*. Santiago: Universidad de Chile, 1997; MUÑOZ LANG, Marcela V., LÓPEZ ARRIAGADA, Osvaldo A., LÓPEZ ARRIAGADA, Alberto D. *Reforma introducida al D.F.L. Nº 458 de 1975, Ley General de Urbanismo y Construcciones, estableciendo normas relativas a mejorar la calidad de la construcción, Ley Nº 19.472*. Santiago, Universidad Central de Chile, 1998; BAUER NOVOA, Francisco. *Legislación de urbanismo y construcción e incidencia de la ley de bases del medio ambiente*. Santiago: Universidad Finis Terrae, 2000; y FORTIN DUSSERT, Carolina del Rosario. *Urbanismo y la jurisprudencia de protección 1980-2000*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 2002.

Los artículos en obras periódicas y revistas son también escasos, aunque han aumentado en el último tiempo. Entre éstos es posible citar los siguientes: ÁLVAREZ C., Raúl. "La disciplina urbanística. Su entidad ante el Derecho". En *Revista de Ciencias Sociales Derecho y Sociedad* Nº 2, primavera, 1988; FERNÁNDEZ G., MIGUEL ÁNGEL, JARA AMIGO, Rony y CUEVAS OSSANDÓN, Andrés. "Instrumentos jurídicos para una política urbana". En *RChD*, vol. 20, Nº 2, 1993; Comisión de Medio Ambiente del Centro de Estudios Públicos. "Antecedentes para una legislación sobre suelo". Santiago: Centro de Estudios Públicos, *Documen-*

to de Trabajo N° 214, abril, 1994; EDWARDS, Gonzalo. "Externalidades e instrumentos de regulación urbana". En *Estudios Públicos* N° 60, 1995; BRUNA CONTRERAS, Guillermo. "Uso y goce de la propiedad privada urbana". En RDPub. N° 60, julio-diciembre, 1996; JORDÁN, Pablo. "Tamaños, metas y regulaciones urbanas". En *Estudios Públicos* N° 67, 1997; RAJEVIC MOSLER, Enrique. "La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana". En RChD, vol. 25, N° 1, 1998; "Derecho y legislación urbanística en Chile". En RDAE, vol. II, N° 2, julio-diciembre, 2000; y "La planificación urbana en Chile". En RDCDE, año 1, N° 3, abril, 2001, siendo los dos primeros publicaciones parciales de su memoria de grado citada *supra*. Es bueno destacar el conjunto de trabajos reunidos bajo el título de *Derecho Urbanístico: selección de trabajos premiados*, publicados por la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo en el año 2001, en donde se encuentran los artículos de GILLMORE L., Roberto y GUERRERO P., Pablo. *Principios del Derecho Urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las zonas de desarrollo condicionado como instrumento de urbanismo moderno*; GALARZA O., Luisa Inés y QUINLAN C. Rosario. *Exigencias ambientales que deben cumplir los proyectos inmobiliarios durante su etapa de construcción, conforme al ordenamiento jurídico*; ECHEVERRÍA M., Francisco. *Permiso de edificación*; y PERALTA H., Cristián. *Reclamaciones administrativas en materia de urbanismo y construcción*. Por último, también cabe mencionar el artículo de BRUNA CONTRERAS, Guillermo. "Derecho Urbanístico y limitaciones a la propiedad". En *Revista*

de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año 6, N° 6, 2002.

Por último, también existen recopilaciones de leyes y jurisprudencia, entre las que destacan las siguientes: BRIEVA, Amador y BASTÍAS, Lionel. *Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones: régimen de copropiedad inmobiliaria*, 11ª edición. Santiago: Jurídica de Chile, 1999, y *Ley General de Urbanismo y Construcciones: sistemas de subsidio habitacional y de créditos para la vivienda*. Santiago: Jurídica de Chile, 1997; COBO GARCÍA, Pedro Antonio. *Ley General de Urbanismo y Construcciones*. 3 v. Santiago: LexisNexis, 2005; Unidad de Estudios. *Código de la Construcción*. Valparaíso: Libromar, 2001; y de CANALES M., Juan y COBO GARCÍA, Pedro. *Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones*. 2 v. edición actualizada, Santiago: LexisNexis, 2004.

3º JURISPRUDENCIA

Bien es sabido que en Chile no existe una jurisdicción especializada de lo contencioso-administrativo, por tal razón, las cuestiones o litigios en donde se debe aplicar la legislación urbanística son de competencia de los Tribunales con jurisdicción común²³. Sin perjuicio de este control jurisdiccional, sabemos que en Chile existe un control de legalidad interna a la Administración, que corresponde a la Contraloría General de la República²⁴. Esto ha dado lugar a una abundante jurisprudencia administrativa, que emana del conjunto de dictámenes que ha emitido Contraloría sobre estas materias, los que son obligatorios para todos los órganos de la Administración del

23 En este sentido, RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. *El urbanismo y los principios fundamentales del Derecho Urbanístico*; prólogo de Francisco González Navarro. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1985, p. 473, ha dado cuenta de las dificultades que ha provocado la falta de una jurisdicción especializada en Chile, señalando que "es cierto, por otra parte, que precisamos de una Jurisdicción urbanística –lo que hace mella en la doctrina– por la misma razón y en la misma medida que nuestro ordenamiento padece la falta de una jurisdicción contencioso-administrativa que los tribunales ordinarios tampoco han sabido asumir con generalidad. De esta manera, nuestro desarrollo se mantiene herido de atrofia en esta importante área jurídica".

24 Artículo 87 Const.

Estado²⁵. Por último, también existen algunos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional de Chile.

La recopilación más completa de la jurisprudencia judicial, administrativa y constitucional chilena está recogida hasta el año 2005 en la obra de Pedro Antonio COBO GARCÍA sobre la *Ley general de urbanismo y construcciones* (*cit. supra*). También se recogen en las memorias de grado de Juan Osvaldo SILVA CÁLLELO sobre *Aplicación jurisprudencial de la Ley General de Urbanismo y Construcciones: 1975-1986* y Rosa RETAMAL SANHUEZA sobre *Jurisprudencia administrativa y judicial sobre la Ley General de Urbanismo y Construcciones* (*vid. supra*).

No existen pronunciamientos concretos sobre la relación entre la legislación urbanística y el derecho de propiedad, salvo en lo que dice relación con el principio de reserva legal. En los pocos casos en que el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, no ha dado cuenta ni sentado las bases constitucionales de la legislación urbanística vigente en nuestro país (Vid. SsTC Roles N.ºs. 153, de 25 de enero de 1993, sobre “Plan Regulador Intercomunal La Serena-Coquimbo”; 253, de 15 de abril de 1997, sobre “Ordenanza General de Urbanismo y Construcción y las Cesiones gratuitas”; 370, de 9 de abril de 2003, sobre “Estudio de Impacto del Sistema de Transporte Público”; y 373, de 22 de julio del mismo año, respecto del D.S. N.º 66, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de 1.º de abril de 2003, en virtud del cual se modificaba la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones). No obstante, tanto de esta jurisprudencia específica como de la general se pueden sacar algunas conclusiones. En primer término, el TC cuestionó la constitucionalidad de

las remisiones hechas por el legislador a las normas reglamentarias, como una forma de delegación legislativa al margen del texto constitucional²⁶. El tema resultaba bastante delicado en materia urbanística, debido a que su peculiar sistema de fuentes hace que las decisiones públicas en estas materias se configuren como un conjunto concatenados en base a remisiones que van desde la ley y llegan a los instrumentos de planificación territorial, pasando por diversas normas reglamentarias. Posteriormente, el TC cambió su criterio y sostuvo que el principio de reserva de ley no era absoluto, sino que relativo. Al efecto, sostiene que estas remisiones son posibles en la medida que el reglamento de ejecución complemente, bajo ciertas directrices, el contenido básico de la ley; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación reglamentaria no vulnere el derecho que la Constitución asegura a todas las personas, en este caso, el derecho de propiedad (artículo 19, N.º 24) y el contenido esencial de los derechos (artículo 19, N.º 26), ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha encomendado al reglamento dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. En definitiva, aplica el principio de “razonabilidad técnica”, que se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos²⁷. Estos criterios han sido ratificados en las citadas SsTC Roles N.ºs. 370, de 23 de abril de 2003, y 373, de 22 de julio de 2003, en donde se insiste en la necesidad de una estricta cobertura legal para realizar este tipo de remisiones y habilitar a la autoridad administrativa para dictar normas reglamentarias con carácter complementario en la regulación de materias propias de ley. En segundo término,

25 Vid. Capítulo IX, artículos 87 a 89 Const. y Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República N.º 10.336.

26 Vid. SsTC Rol N.ºs. 146 conocida como “Letreros Camineros I”; 167 “Letreros Camineros II”; 185 “Ley sobre Bases del Medio Ambiente”; 220 “Transplantes de órganos”; y 245, sobre “acceso a las playas públicas”.

27 Vid. SsTC Roles N.ºs. 253, de 15 de abril de 1997, y 254, de 26 de abril de 1997.

en lo que dice relación con el contenido sustancial del Derecho Urbanístico, esto es, el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, en su jurisprudencia general tanto el TC como la CSJ han utilizado con elemento de referencia el concepto civil de propiedad (SsTC Rol N° 12, de 16 de julio de 1982 y Rol N° 47, de 1 de septiembre de 1987; SsCSJ Roles N°s. 14.444, de 8 de junio de 1990²⁸ y 16.672, de 10 de abril de 1992²⁹). Frente a este concepto unitario de propiedad, la jurisprudencia ha entendido que toda acción pública –dentro de la cual podemos comprender a las acciones derivadas de la función pública del urbanismo– puede intervenir imponiendo *limitaciones* o *privaciones* al dominio. Según el TC “es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, Tomo II, p. 1969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27/03/1983, Rev. 80, sección 5ª, p. 244). Limitar, en cambio importa “acortar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1992, tomo II, p. 1258). De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales³⁰. Siguiendo esta misma línea argumental, el Derecho Urbanís-

tico constituiría una *limitación* a las facultades absolutas del propietario, de acuerdo con la definición que da el artículo 582 *CCch*. Así, por lo demás, lo ha entendido el Contralor General de la República, que en las observaciones hechas en la causa llevada ante el TC, Rol N° 253, de 15 de abril de 1997, “Ordenanza General de Urbanismo y Construcción y las Cesiones gratuitas”, ha sostenido que “el artículo 582, del Código civil, al definir el dominio, reconoce que las facultades que confiere el derecho de propiedad pueden limitarse por ley. Las limitaciones establecidas por la ley civil derivan de la función social del dominio. Tratándose de la normativa urbanística, el pretendido carácter absoluto del dominio puede verse constreñido por ella, que pasa a constituir un límite de las facultades o atributos esenciales de la propiedad, en interés de la sociedad y en resguardo del bien común³¹”.

El principio de adecuación del uso de los terrenos a la ordenación urbanística, consagrado en el artículo 57 LGUC, ha sido objeto de una consolidada jurisprudencia administrativa y judicial. Así, se ha sostenido de forma constante, por parte de la CGR, que el uso del suelo urbano se rige por lo dispuesto en el plan regulador y las construcciones que en ellos se levanten deben ser concordantes con su uso (DCGR N° 21.277, de 3 de septiembre de 1991), y que la patente municipal o licencia de actividad debe ser concordante con el uso del suelo fijado en el Plan Regulador (DCGR N° 26.542, de 6 de noviembre de 1991). En el mismo sentido, los DsCGR N°s. 28.029, de 8 de agosto de 1988; 28.984, de 11 de agosto de 1988; 1.650, de 18 de

28 Vid. GJ N° 120, junio, 1990, p. 28.

29 Vid. GJ N° 142, abril, 1992, p. 28.

30 Cfr. STC Rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996, considerando 22.º.

31 Vid. http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/rol_n253.html, donde se pueden consultar el texto íntegro de la sentencia.

enero de 1989; 16.942, de 3 de julio de 1989; 22.948, de 24 de septiembre de 1991; 22.469, de 8 de septiembre de 1992; 38.359, de 10 de noviembre de 1994; y 26.173, de 25 de agosto de 1995. También han seguido el mismo criterio los Tribunales de Justicia (SsCA de Santiago Rol N°s. 1.080-84, de 18 de noviembre de 1985³², 356-85, de 16 de abril de 1986³³ y 334-87, de 30 de enero de 1988³⁴; SCA de Copiapó, Rol N° 1.491, de 31 de octubre de 1985³⁵).

Siguiendo la doctrina sentada por el TC y la CSJ, no son indemnizables las limitaciones impuestas al derecho de propiedad por la ordenación urbanística, pues éstas derivan de la función social de la propiedad (artículo 19 N° 24.2), salvo en cuanto estas impliquen privaciones concretas de la propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales. La Administración puede ejercer el *ius variandi*, esto es, modificar la ordenación urbanística, respetando los derechos patrimoniales adquiridos bajo la anterior

ordenación, manteniendo el *status quo*, que se conoce como “congelación” (artículo 62 LGUC) o garantizando su equivalente patrimonial por la vía de la expropiación (artículos 83 y ss. LGUC). En este sentido DsCGR N°s. 1.650, de 18 de enero de 1989; 26.542, de 6 de noviembre de 1991; 487, de 6 de enero de 1995; y 26.173, de 25 de agosto de 1995; SsCA de Santiago Rol N°s. 334-87, de 30 de enero de 1988³⁶ y 286-89, de 5 de septiembre de 1989³⁷, y SCSJ Rol N° 22.367-93, de 21 de abril de 1994³⁸.

3. CARACTERES INTERNOS DEL DERECHO URBANÍSTICO CHILENO

En Chile no se ha planteado una discusión acabada en torno a la naturaleza del Derecho Urbanístico³⁹. La mayoría de los trabajos en esta materia se limitan a exponer el debate que se ha producido en el Derecho español, el que no ha sido, por lo demás, de

32 Cfr. COBO GARCÍA, Pedro Antonio. *Ley General de Urbanismo y Construcciones*. 3ª edición, 1997, p. 595.

33 RDJ, T. 83, segunda parte, sección quinta, p. 70.

34 RDJ, T. 85, N° 1, segunda parte, sección quinta, p. 30.

35 RDJ, T. 82, segunda parte, sección quinta, p. 292.

36 Cit. nota 34.

37 RDJ, T. 87, segunda parte, sección quinta, p. 82.

38 GJ, N° 166, abril, 1994, p. 40.

39 Esto no ha impedido que se hayan formulado por la doctrina chilena algunos conceptos de esta disciplina. En este sentido FUEYO LANERI, Fernando. “El problema de las autonomías o especialidades”. En RDP N° 17, 1967, p. 17, ha definido el Derecho Urbanístico como una “rama jurídica interdisciplinaria y social, en la que concurren circunstancias que la caracterizan como autónoma (método y sistematización científica propias, autonomía legislativa –ordenamiento propio y orgánico, muchas veces un código– y autonomía didáctica como asignatura separada e independiente”. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ratificada por la Corte Suprema, se ha sostenido que el Derecho Urbanístico no es otra cosa que la juridificación de los principios del urbanismo y de sus normas y requerimientos técnicos, para hacerlos vinculantes. Cfr. RDJ, t. 90, 1993, 2ª parte, pp. 280. Esta sentencia fue redactada por Lautaro Ríos Álvarez, en calidad de abogado integrante de dicha Corte, y no hace más que recoger la opinión que ha mantenido en su tesis doctoral (cit. nota 23, pp. 161-166). Por su parte, RAJEVIC MOSLER, Enrique. “Derecho y legislación urbanística en Chile”. En RDAE, vol. II, N° 2, julio-diciembre, 2000, p. 531, afirma que no habría base para hablar en Chile de Derecho Urbanístico como rama autónoma del Derecho, al menos en su actual estado de desarrollo, sin embargo, sigue la opinión de RÍOS ÁLVAREZ, en cuanto a que el Derecho Urbanístico toma contenidos materiales de la ordenación urbana y los transforma en normas jurídicas, y nos formula un “concepto tentativo” de Derecho urbanismo como aquella “disciplina que estudia o agrupa el conjunto de normas que regulan la planificación territorial de los asentamientos humanos y el uso urbano del territorio”.

una gran intensidad⁴⁰. En este sentido RÍOS ÁLVAREZ, comentando la doctrina española, sostiene que “parece [...] que el Derecho Urbanístico hubiera venido adquiriendo suficiente organización; un alto grado de elaboración sistemática en lo doctrinal, legislativo y jurisprudencial; atención académica, y la conciencia colectiva necesaria para merecer un aposento más digno de su nueva estructura que el de un simple casillero en la parte especial del Derecho Administrativo”⁴¹. En su opinión el Urbanismo se transforma en Derecho Urbanístico mediante la *juridificación de sus normas técnicas*, es decir, cuando éstas comienzan a irradiar, sobre las conductas, un criterio de licitud, pues éstas permiten dar respuesta a un complejo de valores y de derechos de elevado rango que podrían quedar gravemente comprometidos si esa actividad no fuese regulada o controlada⁴². “De allí que el Derecho Urbanístico, más que *crear* normas reguladoras de la actividad urbanística, *selecciona y recoge* grupos normativos coherentes, elaborados por el Urbanismo, le incorpora técnicas jurídicas (sanciones, recursos, plazos, procedimientos, estructura y estilo) y les reviste de carácter vinculante propio del De-

recho, con la mira de preservar aquellos valores y de armonizar el recto ejercicio de los derechos señalados, así como de asegurar, también, el cumplimiento de los deberes correlativos”⁴³. No obstante, y con mucha razón, se ha sostenido que no es posible hablar en Chile de un Derecho Urbanístico como disciplina autónoma, al menos en el estadio actual en el que se encuentra⁴⁴, a pesar del esfuerzo meritorio y aislado que se ha hecho para reconstruir dogmáticamente esta disciplina a partir de sus principios fundamentales a la luz del Derecho chileno⁴⁵.

No obstante, compartimos en este caso la opinión más o menos extendida de considerar al Derecho Urbanístico como una disciplina jurídica integrada en el Derecho administrativo⁴⁶. Prueba de ello es la fuerte regulación administrativa que integra su sistema de fuentes, la multiplicidad de técnicas de intervención en la actividad de urbanización y construcción, así como todo el procedimiento administrativo sancionador que ella misma prevé, entre otras figuras propias del Derecho administrativo general. No obstante, se debe reconocer que su contenido no es sólo una corroboración de las categorías dogmáticas ofre-

40 Vid. ÁLVAREZ CRUZ, Raúl. “La disciplina urbanística. Su entidad ante el Derecho”. En *Revista de Ciencias Sociales Derecho y Sociedad* N° 2, primavera, 1988, pp. 38-40; RAJEVIC MOSLER, Enrique. “La planificación urbana en Chile”. En/ RDCDE, año 1, N° 3, abril, 2001, pp. 530-531, y GILLMORE L., Robert y GUERRERO P., Pablo. *Principios del Derecho Urbanístico como fuente normativa del desarrollo urbano y las zonas de desarrollo condicionado como instrumento de urbanismo moderno*. En Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. *Derecho Urbanístico*. Santiago: Universidad del Desarrollo, 2001, pp. 13-14.

41 RÍOS ÁLVAREZ (n. 23), p. 160.

42 *Ídem*, pp. 161-165.

43 *Ídem*, p. 166.

44 RAJEVIC (n. 40), p. 531.

45 RÍOS ÁLVAREZ (n. 23), pp. 473 y ss., en donde se plantea si las conclusiones que ha obtenido para desentrañar los fundamentos del Derecho Urbanístico “de base principal” son o no válidas para articular, sobre esa misma base la legislación chilena. Para esto parte de la premisa que “la materia urbanística tiene, en Chile, un firme sustento constitucional y una sólida base legislativa y orgánica”.

46 Esta es la línea seguida, por lo demás, en el Derecho comprado, vid., entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. 2ª edición. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Civitas, 1981, p. 65; PARADA, José Ramón. *Derecho Administrativo*, vol. III, 5ª edición. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 312, aunque en la 8ª edición ya no sostiene expresamente esta opinión; y CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Montecorvo, 1989, p. 25.

cidas por la parte general del Derecho Administrativo, sino un ámbito específico, estando dominada por principios que les son propios y distintivos⁴⁷.

Uno de los elementos básicos o estructurantes del Derecho Urbanístico es la naturaleza que se le asigna al urbanismo, lo que determina, por su parte, la propia naturaleza de esta disciplina. Esta es una cuestión preterida en todos los trabajos que se han escrito en Chile, en la medida que no se hace un análisis detenido para establecer si el urbanismo constituye una *función pública* o una *actividad económica privada*⁴⁸. Lo cierto es que la actividad urbanística ha estado estrechamente asociada en Chile a la promoción privada, existiendo una percepción de la actividad administrativa por parte de la comunidad y de los agentes económicos más bien secundaria en esta materia,

incluso incómoda y burocrática⁴⁹. Esto está unido al hecho de que la legislación urbanística chilena no contempla sistemas de *ejecución del planeamiento*, de manera que su aplicación se realiza sólo de forma *asistemática*. Con esto queremos señalar que la ejecución o materialización de las normas de planificación urbana, esto es, la urbanización efectiva y posterior edificación, están entregadas a los particulares y, excepcionalmente, al Estado, sin que exista sistema legal y obligatorio de acción concertada tanto pública o privada en este sentido. De esta manera, los propietarios del suelo están sujetos a los instrumentos de planificación urbana o planes reguladores como lo estarían frente a cualquier otra norma jurídica, es decir, se encuentran en una suerte de sujeción general. No existen planes fijados temporalmente⁵⁰ y, menos aún, entidades urbanísticas o sistemas

47 En este sentido, seguimos a GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO (n46), p. 66, quienes sostienen que estos principios vienen impuestos por “[...] el tratamiento de los problemas urbanos, lo que obliga por ello a conocer al menos en su grandes líneas, las directrices político-urbanísticas en general y su ámbito de cuestiones propias [...]”, de manera tal que “[...] ponen a prueba, matizan y en ocasiones rectifican o revisan esas supuestas categorías generales, que son aquí puramente instrumentales para interpretar y comprender un régimen jurídico sustantivo y no secundario o derivado”.

48 Esto está unido a un prejuicio bastante internalizado en la sociedad chilena respecto de la gestión empresarial del Estado. Además, la actividad de la construcción representa en la actualidad una de los sectores productivos de mayor importancia, al ser una de las principales fuentes de empleo y generadora de una serie de actividades económicas anexas, no menos importantes, como es el caso del sistema financiero.

49 Un buen ejemplo lo constituye la política de liberalización del suelo emprendida a fines de la década de los '70, que postulaba un sistema de planificación flexible con el mínimo de intervención estatal. Sobre esta materia MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO. “Política Nacional de Desarrollo Urbano, y Conceptos básicos para la formulación de una Política Nacional de Desarrollo Urbano”. En EURE, vol. II, Nº 22, septiembre, 1981, pp. 9-15; PARROCHIA B. Juan. “Iniciativas sobre Desarrollo Urbano enunciadas por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, marzo de 1979”. En *Revista de Urbanismo*, Universidad de Chile, Facultad de Arquitectura, Nº 4, julio, 2001; *Seminario Internacional “A 20 Años de la Liberalización de los Mercados de Suelo Urbano en Chile”*. 7 y 8 de octubre, 1999. Santiago: Cámara de Diputados de Chile, 1999; RAJEVIC (n. 40), pp. 543-545.

50 Desde 1976, se estableció del “Área de extensión urbana”, que son reservas de espacio consideradas en los instrumentos de planificación territorial para el futuro crecimiento, mediante la creación de una o más áreas de extensión adyacentes al área urbana (DDU Nº 55, p. 41). En la actualidad, aparecen reguladas en la OGUC que las define como el “área territorial establecida en los Instrumentos de Planificación Territorial destinada a la extensión del área urbana” (artículo 1.1.2. OGUC). Corresponde al Plan regulador intercomunal la definición de los límites de extensión urbana para los efectos de diferenciar el área urbana del resto del territorio, que se denominará área rural (artículo 2.1.7. OGUC). Esta área sólo aparece mencionada en los artículos 35 y 52 LGUC, a propósito de los contenidos del Plan Regulador Intercomunal y de los límites urbanos, pero no se contienen normas concretas que determinen su programación y desarrollo. De algunos preceptos (artículos 52 y 55 LGUC y artículos 2.1.7. y 2.1.20 OGUC) parece desprenderse que las áreas de extensión urbana son una parte del suelo urbano sujeto a programación temporal, pero esto no está del todo claro. De hecho, su existencia y desarrollo posterior está sujeto a lo que dispongan los instrumentos de planificación. En este sentido, la DDU Nº 55, p. 41, ha dicho que es fundamental entregar criterios claros en relación con el momento propicio para incorporar al área urbana los nuevos territorios, y

de administración delegada en la gestión en que tengan participación los propietarios del suelo⁵¹. De esta manera, para la ejecución del plan es requisito *sine qua non* tener la calidad de propietario o contar con el asentimiento de los propietarios, con el objeto de llevar adelan-

te las obras de urbanización, cediendo el suelo para las dotaciones (viales, áreas verdes, etc.)⁵². La expropiación sólo se ejerce de forma excepcional, no pudiendo constituir un sistema de ejecución, pues está reservado para la obtención del suelo necesario destinado a áreas de

Continuación nota 50

en especial respecto de las condiciones para su utilización. Por su parte la CGR ha sostenido en su DCGR N° 2.373, de 23 de enero de 1984 que las áreas de extensión urbana son parte del área urbana: "[...] el artículo 52 de la Ley General de urbanismo y Construcciones entiende por "límite urbano, para los efectos de la presente ley y de la Ley Orgánica de Municipalidades, la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal". De este modo, la expresión "límite urbano" se encuentra definida por ley y con arreglo al artículo 20 del Código civil deberá dársele siempre el significado que aquella le asigna. [...] en todas las comunas del país en que se haya establecido límite urbano, éste separa en dos porciones claramente diferenciadas el territorio comuna: en una se encuentran las superficies urbanas ya consolidadas (áreas urbanas) como también las que son susceptibles de dicha urbanización (áreas de extensión urbana). Y en la otra, el resto de área comunal, que los artículos 55 y 56 de la Ley General llaman rural. Dicho de otro modo: el límite urbano constituye la frontera que separa el territorio que es lícito someter al uso urbano de aquel en que la ley, de modo general, veda dicha posibilidad". Estas áreas han dado pie para que, por la vía de los instrumentos de planificación, específicamente a través del Plan Regulador Metropolitano de Santiago en una modificación introducida en 1997, se crearan las denominadas "Zonas Urbanizables con Desarrollo condicionado" (ZODC), que se caracterizan por ser zonas de baja densidad edificatoria, pero que permiten a los propietarios obtener un mayor aprovechamiento cumpliendo una serie de condiciones. Ahora bien, por Mensaje N° 58-351, de 24 de mayo de 2004, el Presidente del República presentó un proyecto de ley que modifica la Ley General y Urbanismo y Construcción en materia de planificación urbanística, dentro de la cual se considera incorporar el concepto de "Planificación por Condiciones", como alternativa a la "Planificación por Zonificación". A través de ella, los instrumentos de planificación urbanística podrán regular las condiciones de desarrollo de los distintos usos del suelo urbano, en vez de establecer zonas de usos exclusivos, posibilitando con ello sectores más integrados. Así señala el mensaje que este proyecto de ley aborda la "Planificación por Condiciones" para la creación de nuevas áreas urbanas mediante dos mecanismo: las Áreas de Desarrollo Urbano Condicionado y las Áreas de Extensión Urbana Condicionada. Por su parte, también se afirma que estos instrumentos permiten establecer directamente la vinculación entre la planificación del suelo urbano y su desarrollo, mediante compensaciones urbanísticas y obras de mitigación que resuelvan los impactos sobre los sistemas de transporte y el medioambiente, asegurando con ello la debida integración territorial y social de nuevas áreas urbanas. Con este sistema, se busca corregir el deficiente desarrollo urbano generado por la exclusiva aplicación de límites urbanos y áreas de extensión urbana sin condiciones. Asimismo, se busca una mayor flexibilidad en la regulación del suelo urbano, la creación de áreas integradas urbanísticamente y la incorporación de la gestión privada a la creación y provisión de áreas urbanas con mayores estándares de equipamientos y diseño integral. De esta manera, se están introduciendo en Chile algunas figuras que tienden a atenuar la rigurosidad de la mera aplicación de la norma, a través de mecanismo de programación y flexibilización en la transformación del suelo, dando a los propietarios un papel preponderante en este tipo de decisiones.

51 En una situación distinta se encuentran los Servicios Regionales de Vivienda y Urbanización (SERVIU), cuya participación en la ejecución de los instrumentos de planeamiento es sólo parcial. Los SERVIU son organismos ejecutores a nivel regional de las políticas, planes y programas que disponga desarrollar el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y, como tal, no tienen facultades de planificación (artículos 25 RRMINVU y 1° ROSERVU). La función de los SERVIU esta vinculada principalmente a la construcción de viviendas sociales, así como de obras comunitarias. En este sentido, el SERVIU está encargado de adquirir terrenos, efectuar subdivisiones prediales, formar loteos, proyectar y ejecutar urbanizaciones, proyectar y llevar a cabo remodelaciones, construir viviendas individuales, poblaciones, conjuntos habitacionales y barrios, obras de equipamiento comunitario, formación de áreas verdes y parques industriales, vías y obras de infraestructura y, en general, cumplir toda otra función de preparación o ejecución que permita materializar las políticas de vivienda y urbanismo y los planes y programas aprobados por el Ministerio (artículos 27 y 28 RRMINVU y 3° ROSERVU).

52 En este sentido el art. 134 LGUC establece que "para urbanizar un terreno, el propietario del mismo deberá ejecutar, a su costa, el pavimento de las calles y pasajes, las plantaciones y obras de ornato, las instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagües de aguas servidas y de aguas lluvias, y las obras de defensa y servicio de terrenos".

uso público y de equipamientos⁵³. Todo lo dicho es sin perjuicio de la intensa intervención administrativa que se ejerce en la ejecución de las obras de urbanización y de edificación a través de la técnica autorizatoria, que se concreta en el denominado “permiso de urbanización o edificación”, según el caso⁵⁴; en las inspecciones y recepciones de obras; en la fiscalización del cumplimiento de las normas sobre seguridad y conservación de las edificaciones⁵⁵; así como el restablecimiento de la legalidad (paralización de obras, demoliciones)⁵⁶ y la existencia de un conjunto de infracciones y de sanciones⁵⁷.

Esto explica, además, el hecho de que la gran mayoría de los estudios de Derecho Urbanístico en Chile se hayan centrado en los instrumentos de planificación y sus efectos, mientras que la ejecución del planeamiento es considerada una actividad económica privada encauzada por la normativa urbanística (incluidos los planes reguladores o de ordenación). Por tal razón, el urbanismo en Chile se caracteriza por un deslinde de ámbitos entre la actividad que corresponde a los órganos públicos y a los sujetos privados. Esto responde, por lo demás, a uno de los principios básicos del sis-

tema constitucional chileno, que garantiza “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”⁵⁸, el que se encuentra abonado por el reconocimiento, tanto doctrinal como jurisprudencial, del principio de subsidiariedad del Estado en la realización de actividades económicas.

No obstante, y a pesar del papel que el ordenamiento jurídico le otorga a los particulares, *en Chile el urbanismo constituye una función pública*, pues las decisiones básicas sobre la transformación del suelo y la localización de los elementos urbanos (calles, plazas, poblaciones, dotaciones, etc.) están dissociadas del derecho de propiedad, definido en el artículo 582 del Código Civil, y se radican en los órganos públicos, principalmente en las entidades territoriales (Municipalidad y Gobiernos Regionales)⁵⁹. Esto no obsta a que la publicación del urbanismo en Chile no alcance los niveles y la profundidad de otros ordenamientos, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho español. La LGUC reconoce en su artículo 1° las tres materias básicas del urbanismo: *planificación, urbanización y construcción*. La *planificación*,

53 Artículo 83 LGUC. Lo dicho es sin perjuicio de las facultades que tienen los SERVIU, que están autorizados para expropiar los inmuebles que sean indispensables para la ejecución de los programas de construcción de viviendas, equipamiento comunitario, obras de infraestructura y remodelaciones que apruebe el MINVU (artículo 4° y artículos 53 a 58 ROSERVIU), pero como ya lo hemos dicho, su actuación en la ejecución de planeamiento es sólo parcial. Vid. nota 51.

54 El artículo 116.1. LGUC establece que “la construcción, reconstrucción, reparación, alteración, ampliación y demolición de edificios y obras de urbanización de cualquier naturaleza, sean urbanas o rurales, requerirán permiso de la Dirección de Obras Municipales”.

55 Artículo 142 LGUC.

56 Artículos 146 y 148 LGUC.

57 Artículos 20 y 21 LGUC.

58 Artículo 19 N° 21 Const.

59 Lo que estamos afirmando no es en nada novedoso. De hecho, en la plenitud de las políticas neoliberales chilenas de mediados de los '80, el Gobierno Militar sostuvo que “la planificación del desarrollo urbano es una función privativa del Estado” (D.S. N° 31, de 5 de marzo de 1985, que establece la nueva Política Nacional de Desarrollo Urbano). Por su parte, el artículo 66 LGUC no deja lugar a duda sobre lo afirmado, al disponer que “la formación de nuevas poblaciones, barrios, grupos o conjuntos habitacionales deberá respetar las disposiciones de esta ley y su Ordenanza General, y del Plan Regulador y Ordenanza Local, en cuanto al uso del suelo, trazados viales, densidades, superficie mínima predial, coeficientes de constructibilidad y demás disposiciones de carácter urbanístico”.

que comprende las decisiones fundamentales sobre la organización de los usos y aprovechamiento del espacio, está entregada, como competencia pública, a los órganos de la Administración pública, mientras que la *urbanización* y la *construcción* han sido colocadas en el ámbito de la actividad privada o de los particulares, aunque sujeta a una intensa intervención administrativa.

No obstante lo señalado, se debe dar cuenta que uno de los factores que lastra el desarrollo dogmático de esta disciplina ha sido el planteamiento tradicional del derecho de propiedad que todavía sigue primando en la doctrina y en la jurisprudencia chilena, en donde la pieza fundamental la constituye el concepto abstracto, unitario y absoluto de la propiedad, tal como la define el artículo 582 del Código Civil, de forma que el Derecho Urbanístico se presenta como un sistema de limitaciones a la propiedad, todas las cuales caen bajo el concepto clásico de policía municipal. No nos corresponde en este momento hacernos cargo de esta concepción de la propiedad, vinculada a toda la tradición decimonónica liberal e individualista, de la cual todavía no se ha podido desprender totalmente la doctrina chilena⁶⁰, cuestión que no se corresponde con los diversos regímenes o estatutos de la propiedad inmobiliaria que surgen de la legislación urbanística.

Para resumir las peculiaridades del modelo urbanístico chileno, seguiremos el decá-

logo formulado por Javier GARCÍA BELLIDO⁶¹, uno de los autores que ha estudiado con mayor profundidad el urbanismo desde una perspectiva comparada, siendo a la vez uno de los críticos más enconados del modelo urbanístico español⁶². Así, nuestro modelo urbanístico se puede caracterizar en los siguientes puntos:

1º. La existencia de planes físicos de ámbito municipal jurídicamente *vinculantes*, pero que no están temporalmente programados en su ejecución⁶³.

2º. *Clasificación* del suelo, la que da lugar a dos estatutos jurídicos de la propiedad privada, según que el área sea clasificada como urbana o rural⁶⁴.

3º. La urbanización se impone como carga a los propietarios del suelo, pero no constituye un deber. El propietario puede optar entre mantener el suelo en las condiciones originales o transformarlo de acuerdo a las previsiones del plan, asumiendo los costes de la urbanización.

4º. La edificabilidad sólo se patrimonializa una vez que se ha obtenido el permiso o licencia de construcción y, en su caso, el uso también se puede patrimonializar cuando se obtiene la licencia o patente para desarrollar una determinada actividad económica, comercial o industrial, vinculado en este caso con la calificación del suelo, que tratándose

60 Para una muestra de esta concepción de la propiedad en Chile, *vid.* BRAHM GARCÍA, Enrique. *Propiedad sin Libertad. Chile 1925-1973*. Santiago: Universidad de los Andes, 1999, p. 75, quien comentando la normativa sobre urbanización dictada en Chile desde mediados del siglo XIX, sostiene: "El detalle de limitaciones y de directas privaciones del dominio no podía ser más agobiante. La propiedad inmueble urbana pasaba a ser, por excelencia, una forma de propiedad limitada. Surge así el Derecho Urbanístico". Por su parte, RAJEVIC (n. 40), p. 532, afirma que "usualmente las normas urbanísticas impondrán limitaciones al derecho de propiedad privada".

61 Cfr. GARCÍA-BELLIDO, Javier. "La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo". En DA N°s. 252-253, septiembre 1998-abril 1999. Se debe hacer presente que este decálogo lo formula a partir del modelo español, respecto del cual nuestro Derecho Urbanístico guarda una gran distancia, especialmente porque está lejos de constituir un sistema tan estructurado y férreamente trabado.

62 En esta línea, *vid.* GARCÍA-BELLIDO, Javier. "Por una liberalización del paradigma urbanístico español". En *Ciudad y Territorio*, vol. XXXVI, tercera época, N° 140, 2004, pp. 289-296.

63 Artículos 28 y ss. LGUC.

64 Artículo 52 LGUC.

del caso chileno se llama simplemente zonificación.

5°. Las plusvalías que genera la acción urbanística, no sólo por la clasificación y zonificación del suelo (determinando nuevos usos o intensidades en la edificación), sino también por las actuaciones públicas asistemáticas (p. ej. construcción de obras públicas o ensanches de calles y avenidas), se patrimonializan en su integridad a favor de los propietarios del suelo⁶⁵. En el mismo sentido, los costes de urbanización son una carga que se impone a cada uno de los propietarios, sin distinguir el mayor o menor beneficio obtenido de la patrimonialización de las plusvalías.

6°. “*Cesiones de suelo obligatorias y gratuitas*” para circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales, y para equipamiento, las que no podrán exceder del 44% de la superficie total del terreno original⁶⁶.

7°. La ejecución del planeamiento se realiza a través de actuaciones asistemáticas, en primer lugar, bajo la faz de ejercicio de las facultades (y el cumplimiento de los deberes correlativos) del derecho de propiedad constituido sobre cada una de las unidades de suelo; y, en

segundo lugar, en ejercicio de la potestad expropiatoria por parte de las municipalidades, con el objeto de obtener el suelo necesario para la formación de áreas de uso público y equipamiento⁶⁷. De esta forma, no existen operaciones reparcelatorias⁶⁸, porque no se aplica el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

8°. La ejecución del planeamiento se realiza bajo formas jurídico-privadas e individuales, ya sea que se trate de sujetos públicos o privados, lo que no impide que se concrete, para tal efecto, alguna forma de asociación, ya sean sociedades mercantiles o entidades sin fines de lucro⁶⁹. No existen entidades colaboradoras ni mecanismos de administración delegada que, bajo formas jurídico-públicas, participen en la gestión directa del planeamiento urbanístico, y menos aún que consideren la participación de los propietarios.

9°. No existen plazos preclusivos para urbanizar y edificar. No obstante, excepcionalmente se pueden aplicar mecanismos de construcción obligatoria, a los que se les aplica un impuesto adicional progresivo para compeler a su cumplimiento⁷⁰.

65 De forma excepcional se contempla en la LGUC un instrumento de compensación de las plusvalías en la expropiación parcial. Nos referimos al artículo 88 LGUC, el cual dispone que siempre que una propiedad adquiera mayor valor a consecuencia de una expropiación parcial de ella, se deducirá del monto de la indemnización el mayor valor que adquiera la parte no expropiada, con motivo del destino que se dé a la parte expropiada. Respecto de las obras públicas, el artículo 104 de la LOMOP establece que una vez terminadas y puestas en servicio las obras que benefician notoriamente a sectores o zonas territoriales determinadas del país, el MOP solicitará al Ministerio de Hacienda el reavalúo de los predios comprendidos en dichas zonas. Sin embargo, esta norma ha carecido de aplicación práctica.

66 Artículo 70 LGUC.

67 Artículo 83 LGUC.

68 La reparcelación es un sistema de gestión urbanística, es decir, que tiene por objeto materializar las previsiones establecidas en el plan de ordenación urbana. En este sentido, este sistema tiene por objeto repartir equitativamente los beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística o regularizar la configuración de los terrenos y situar la edificación en zonas aptas, de acuerdo con el plan de ordenación urbanística. En virtud de la reparcelación, y como consecuencia de la agrupación de los terrenos afectados, se adjudican a los propietarios las parcelas resultantes, en proporción a sus respectivos derechos, determinando las indemnizaciones y compensaciones económicas adecuadas para hacer plenamente operativo el principio del reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística.

69 La excepción la constituyen los SERVIU. Vid. nota 51.

70 Artículos 76 a 78 LGUC.

10°. La Ley no establece criterios de valoración para establecer el precio del suelo. Con esto se quiere decir que no existen sistemas de tasación administrativa regulados y exigibles para determinar el valor del suelo y de las construcciones. Este monto se determina por acuerdo de las partes o por peritos, tanto en la vía administrativa como en la judicial, y se hace de acuerdo al valor de mercado. La razón de ello se debe a que la regulación de la valoración del suelo está estrechamente vinculada con los sistemas de ejecución del planeamiento, figuras que son desconocidas en la legislación urbanística chilena.

La descripción de este decálogo de peculiaridades del sistema urbanístico chileno nos demuestra como se encuentra a medio camino entre la determinación de las competencias y los instrumentos de intervención que le corresponden necesariamente a los órganos públicos y el “respeto” de un ámbito entregado a la libre iniciativa privada. No obstante, la opción por

este tipo de regulación de la actividad urbanística no deja de producir disfunciones de la mayor gravedad, ya que favorece la especulación, no contiene mecanismo de participación de la colectividad en las plusvalías que genera la acción pública del urbanismo y, en no pocas ocasiones, perjudica a los mismos propietarios⁷¹.

En cuanto a los principios del Derecho Urbanístico chileno, Lautaro RÍOS ÁLVAREZ ha sido el único que ha tratado de formularlos, aunque a partir de la comparación del régimen urbanístico chileno con el español. Según este autor “la actividad urbanística se desarrolla por esos cauces que el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA concibe como sedes entre los valores superiores del Derecho y la experiencia tónica de los problemas singulares, que son las instituciones jurídicas entre las cuales se perfilan los Planes urbanos, la zonificación, las cesiones obligatorias y gratuitas, la disciplina y los estándares urbanísticos”⁷². Según este autor, estos principios serían los siguientes⁷³:

71 Este es uno de los problemas más graves que deriva de concebir la ejecución del planeamiento como actividad privada y asistemática (sin áreas de reparto). Por eso no es de extrañar que las quejas de los propietarios del suelo hayan sido habituales en estas materias, como lo demuestra la reiterada publicación de notas o cartas en los periódicos chilenos. Especialmente delicada era la situación de los inmuebles que quedaban comprendidos, según las previsiones del plan, dentro de los sistemas dotacionales, ya que no podían ser ampliados o reconstruidos mientras estuviera pendiente su obtención, y la expropiación sólo era posible en la medida que existieran los fondos para tal efecto. Esto es lo que se ha llamado *expropiación silenciosa, gratuita o virtual*, y que uno de los afectados lo ha relatado de la siguiente forma: “Resulta que los urbanistas de la municipalidad tomaron el plano [...] y se dedicaron a imaginar el trazado de todas las calles que podrían atravesarlo en los próximos 100 años. La mayor parte de estas vías no tendrían factibilidad de trazarse hasta al menos el año 2100. [...] Pero el drama no lo sufre la municipalidad ni menos sus funcionarios. El drama es de los propietarios a quienes les cayó encima el lápiz de los planificadores y que ahora ven sus activos disminuidos en elevadas proporciones. No es que mañana construyan la calle y valore lo que queda del bien raíz, pagándoles la expropiación. No. La expropiación es virtual, así como la indemnización. No se puede construir sobre el lote en cuestión, y no se puede vender sin que el comprador sepa que el terreno está de antemano condenado” (Juan Oliver Salvatierra, El Mercurio de Santiago, 28 de enero del 2002). En el mismo sentido se pueden consultar notas similares en las ediciones de los días 28 de diciembre de 2000; 30 de diciembre de 2000; 6 de enero de 2001 y 2 de febrero de 2002. Por tales razones, se dictó la Ley N° 19.939, de 3 de febrero de 2004, en cuya virtud se colocan plazos de caducidad para las declaratorias de utilidad pública, pues como bien señala el mensaje, “en la práctica, sin embargo, muchas veces las obras necesarias para materializar el Plan Regulador no se ejecutan en un período prudente, ni se expropiaban los terrenos”, con lo cual se perjudicaba “gravemente a los propietarios de estos inmuebles, que no pueden aumentar el volumen de construcciones existentes ni recibir una indemnización a cambio mientras no se concrete la debida expropiación del área afecta”.

72 Cfr. RÍOS ÁLVAREZ (n. 23), p. 473.

73 RÍOS ÁLVAREZ (n. 23), pp. 261 y ss.

1º. El principio de legalidad, que es la base funcional de la Administración urbanística y de sus competencias, y el límite de su potestad interventora y sancionadora.

2º. El principio de planificación como requisito legitimante de toda la actividad urbanística.

3º. El principio de la función social de la propiedad, el cual supone el reconocimiento del derecho de propiedad privada.

4º. El principio de igualdad; particularizado –en este campo– en el de igual reparto de los beneficios y de las cargas urbanísticas.

5º. El principio de participación de los administrados en las diversas fases de la actividad de planeamiento y en la fiscalización de la observación pública y privada de la legalidad urbanística.

6º. El principio de autotutela del Derecho Urbanístico en su aspecto restitutorio; y en la disciplina y la penalidad urbanística; y

7º. El principio de la protección jurídica de los administrados, sin el cual el Derecho Urbanístico dejaría de ser derecho, quedando reducido a una técnica de ejercicio del poder.

Sin embargo, el propio Lautaro RÍOS ÁLVAREZ reconoce que el principio de igualdad, específicamente la igual repartición de beneficios y cargas, es uno de los que más escaso desarrollo tiene en la legislación urbanística, por no decir que su aplicación es casi nula⁷⁴.

En nuestra opinión, los fundamentos o elementos estructurales básicos del Derecho Urbanístico chileno se pueden comprender mejor a la luz de tres principios: el principio del respeto a la propiedad privada, el principio de legalidad y el principio de subsidiariedad. Como lo hemos dicho, la aplicación del principio de igualdad es discutible, no sólo porque la planificación urbanística supone la creación de desigualdades, sino también porque no existen en el ámbito estrictamente urbanístico alguna fórmula de perecuación o equidistribución de los beneficios y cargas que genera la acción urbanística. No obstante, lo importante es que las diferencias que genera la acción urbanística no sean arbitrarias y no signifiquen un menoscabo patrimonial para los propietarios.

El *derecho de propiedad* es una garantía constitucional consagrada constitucionalmente (artículo 19 N° 24 Const.). A la Ley le corresponde establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su *función social* (artículo 19 N° 24.1 CPR). La doctrina chilena distingue entre lo que son las *limitaciones a la propiedad* de las *privaciones o restricciones de la propiedad*⁷⁵. Estos conceptos no se corresponden con la distinción, de origen alemán, entre *límites* (*Eigentumsbegrenzung*) y *limitaciones* (*Eigentumsbeschränkungen*), que ha adoptado la doctrina española e italiana. La diferencia viene dada por el concepto

74 Cfr. RÍOS ÁLVAREZ (n. 23), pp. 528-529. No obstante, sorprende la justificación que da al respecto: “Probablemente esta carencia de regulación legislativa se deba a que –no existiendo mecanismos complejos de intervención administrativa susceptible de ocasionar desigualdades– no se requieren disposiciones que, precisamente, están destinadas a nivelarlas”.

75 Vid., entre otros, UGARTE GODOY, José Joaquín. “Limitaciones al dominio de las meras restricciones y de cuándo dan lugar a indemnización”. En RChD, vol. 28, N° 2, 2001, pp. 425-448; RAJEVIC MOSLER, Enrique. “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”. En RChD, vol. 23, N° 1, 1996, pp. 23-97, y MOHOR, Salvador. “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”. En RChD, vol. 16, 1989, pp. 283-308. Esta distinción es tomada de los incs. 1º y 2º del artículo 19 N° 24 Const. Mientras que el inc. 1º dispone que “sólo la ley puede establecer [...] las *limitaciones* y obligaciones que deriven de su función social”, el inc. 2º dispone que “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 ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional”. De esta manera, en el primer caso estamos ante la

unitario de propiedad que todavía se mantiene en la doctrina chilena, y que supone la adjudicación al propietario de derechos absolutos sobre la cosa mientras no se establezcan *limitaciones* a su ejercicio, las que sólo restringen temporalmente sus facultades. Una vez que estas limitaciones han cesado, el derecho subyacente vuelve a proyectarse en toda su integridad. Dicho en otros términos: el legislador limita o restringe el derecho de propiedad, pero no lo configura o delimita estatutariamente. El derecho de propiedad es entendido en un sentido unitario, subjetivo y estaría pre-configurado y garantizado en su más amplia concepción. Por tal razón, la dificultad que plantea este sistema es la búsqueda de los elementos o criterios que permiten establecer hasta qué grado de intensidad una limitación llega a constituir una privación del derecho de propiedad⁷⁶.

El *principio de legalidad* es también uno de los pilares del sistema jurídico chileno, recogido en los artículos 6° y 7° Const. y en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575. De esta manera, la intervención de los órganos de la Administración pública en materia urbanística sólo se puede hacer bajo

una estricta cobertura legal, principio que es ratificado, respecto del derecho de propiedad, en los artículos 19 N° 24 y 26. Sin embargo, el instrumento que determina lo que se puede edificar es el *plan regulador*, aunque lo hace aplicando en cada una de ellas las modalidades concretas de ordenación que la LGUC y la OGUC establecen. Este principio también se aplica en *ejecución del planeamiento*, pero bajo una perspectiva distinta, pues está basado en la posición de los particulares frente a las normas jurídicas, que es la que encauza su libertad económica. Por último, este principio llega hasta la etapa de *edificación y uso del suelo* a través de una serie de mecanismos, como son el permiso de construcción, la restauración del orden jurídico perturbado o el ejercicio de la potestad sancionadora.

El *principio de subsidiariedad* es reconocido como uno de los pilares fundamentales del orden público económico en Chile y criterio esencial para adecuar la función del Estado y la iniciativa privada o particular⁷⁷. Esto permite comprender la fragmentación que se hace del urbanismo en Chile, entregando al Estado aquellas materias que los particulares no pueden por sí mismos resolver adecuadamente,

Continuación nota 75

imposición de una regulación que determina los límites de la propiedad, mientras que en el segundo caso estamos ante privaciones concretas a la propiedad. En este sentido, vid. STC Rol N° 245, de 2 de diciembre de 1996, considerando 22°.

76 En este sentido se puede consultar RAJEVIC (n. 75), pp. 46-47, hace una síntesis de estas posiciones para llegar a sostener que “[...] las limitaciones al dominio son aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales”, mientras que las privaciones “son aquellas intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”, por lo que exigirían una compensación efectiva del daño producido. También se puede consultar el artículo de MOHOR (n. 75).

77 Este principio no está consagrado expresamente en la Constitución, pero la doctrina predominante lo fundamenta en un conjunto de disposiciones (artículos 1°, 19 N°s. 9, 10, 11, 12, 16, 18, 21, 23, 24 y 26), así como de los antecedentes del texto constitucional. Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. T. II. Santiago: Jurídica de Chile, 1996, pp. 11-19; CEA EGAÑA, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Jurídica de Chile, 1988, pp. 168-170, y SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. T. IV, Santiago: Jurídica de Chile, 1999, pp. 51-53. En esta materia la doctrina chilena acoge sin reservas la doctrina social cristiana, de donde se toma el concepto. A este respecto en la encíclica *Quadragesimo Anno*, parágrafo 80 se sostiene: “El Estado ha de saber permanecer dentro de los límites de su función subsidiaria de la iniciativa privada, secundarla, y según sean las necesidades ayudarla, pero no sustituirla cuando ella puede actuar y ser de utilidad y éxito”. Sobre esta materia vid. SOTO KLOSS, *idem*, T. I, pp. 130-146, y SILVA BASCUÑÁN, *idem*, p. 53.

como el orden y planificación de los usos y actividades en el territorio, mientras que la ejecución del plan queda entregada a los particulares bajo el régimen del derecho de propiedad y del libre ejercicio de las actividades económicas. No obstante, la lógica interna de este sistema no tiende a la rigidez, es decir, a un solo modelo de planificación y gestión urbana, ya que bien podrían darse un conjunto de circunstancias que lleven a considerar la posibilidad de una mayor intervención administrativa en la gestión o ejecución del planeamiento, sobre todo si tenemos presentes los problemas actuales que éste presenta.

Por último, el *principio de igualdad* es el que aparece de forma más débil en la legislación urbanística, pues éste sólo se expresa a través de la aplicación de un régimen jurídico del suelo y de sus usos en forma objetiva, es decir, con relación al suelo y no a sus titulares. Sin embargo, los efectos patrimoniales que derivan de las operaciones urbanísticas no son equidistribuidas entre los propietarios del suelo, de manera que el conjunto de cargas y beneficios constituyen un alea que operan a favor o en contra de los mismos⁷⁸.

El *contenido del Derecho Urbanístico chileno* se traduce, también, en potestades concretas en el planeamiento y la intervención administrativa en la edificación y uso del suelo. Éstas permiten dar un esbozo sobre el cuerpo de materias que se deberían comprender en la actualidad dentro del Derecho Urbanístico:

- a) *Planeamiento urbanístico*: clases de planes; contenido; elaboración y aprobación; y efectos.
- b) *Régimen urbanístico de la propiedad del suelo*: clasificación y zonificación urbanística;

régimen de las clases de suelo; derecho y deberes básicos de los propietarios y expropiación.

c) *Gestión urbanística*. Está vinculado al tema anterior, es decir, a los deberes y derechos de los propietarios.

d) *Disciplina urbanística*: intervención preventiva de la edificación y uso del suelo (licencias, órdenes de ejecución, ruina, protección de la legalidad urbanística, parcelaciones e inspección urbanística) e infracciones y sanciones (Derecho Urbanístico sancionador).

4. CONCLUSIÓN

Emprender el análisis del estado actual de una disciplina dogmática siempre resulta de todo relevante, no sólo porque nos permite hacer un diagnóstico de su desarrollo sino porque constituye un buen punto de partida para emprender su estudio crítico y su reconstrucción dogmática.

Ahora bien, tratándose del Derecho Urbanístico este planteamiento aparece no sólo como un esfuerzo teórico insoslayable, sino también como una enorme necesidad práctica, en donde la cantidad de actores involucrados y la importancia económica de la materia exige pautas y criterios claros al momento de aplicar la normativa urbanística y de resolver los eventuales conflictos que se puedan suceder, garantizando la certeza y la seguridad jurídica, como una de las finalidades primordiales a las cuales debe tener la dogmática jurídica. Así las cosas, una visión general del estado actual de nuestro Derecho Urbanístico plantea una enorme distancia entre el desarrollo normativo, por una parte, y su construcción dogmática, la cual ha tenido incidencia en una

78 Este tema está asociado al problema de la captura de las plusvalías y que en Chile se encuentran todavía en discusión. A este respecto *vid.* nota 65. Un cuerpo legal de interés en esta materia lo constituye la Ley N° 19.865, de 1 de abril de 2003, sobre financiamiento urbano compartido, el que tiene por objeto la construcción de infraestructura urbana por la vía de las concesiones. Sin embargo, no deja de ser un mecanismo asistemático que no considera a las plusvalías que resultan del proceso urbano como un instrumento de financiamiento.

jurisprudencia apegada a los cánones decimonónicos, sobre todo en el constante recurso a las categorías jurídico civiles al momento de dar soluciones en estas materias. Por tal razón, este esfuerzo debiera llevar a revisar los pilares en los cuales se debe asentar nuestro Derecho Urbanístico, entendiendo, en primer lugar, que esta rama tiene por objeto la regulación de una actividad como es el *urbanismo*, y que se configura desde los principios propios del Derecho público, teniendo como sede natural el Derecho administrativo, de donde surge el

conjunto de instituciones, categorías y conceptos que permiten develar su real naturaleza jurídica.

Así, como punto de partida, este trabajo pretende sentar las bases para elaborar un sistema de Derecho Urbanístico, reconociendo nuestro estado actual, pues como bien expresara Machado, a veces tenemos que huir de escenarios, púlpitos, plataformas y pedestales, pues nunca se debe perder el contacto con el suelo; porque sólo así tendréis una idea aproximada de vuestra estatura.