Sobre la constitucionalidad de los artículos 28 ter y 176 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones

Ayleen Vargas
Katerine Fuentes
Simón Díaz
Diego Almonacid

INFORME JURÍDICO

VALDIVIA - CHILE
22 de diciembre de 2017

Nomeclator

I. Índice temático

II. Abreviaturas 3

Proemio 1

I. Excurso: ¿qué es un informe jurídico? 1

II. Sumario 1

III. Preámbulo 2

Desarrollo 4

I. Delimitación del problema 4

I.1. Conceptos previos 4

I.1.a) Espacio público 4

I.1.b) Producción del espacio y principios urbanísticos 7

I.2. Historia de la ley 100

I.2.a) Sistema de aportes al espacio público anterior a la Ley 20.958 10

I.2.b) Respuesta de la Ley 20.958 12

I.3 Problema en específico 14

II. Derecho ambiental y urbanismo 17

II.1 Contextualización 177

II.2 Mandato constitucional de protección al medioambiente 18

II.2.a) Antecedentes, consagración, contenido y extensión del mandato 19

II.2.b) Reconocimiento internacional del mandato de protección del medioambiental 21

II.3 Medioambiente, hábitat urbano, y espacio público 233

II.4 Análisis de los artículos objetos de control 255

II.4.a) Artículo 28 ter LGUC 25

II.4.b) Artículo 176 LGUC 27

II.5 Derecho comparado 31

III. Propiedad 33

III.1 Evolución de la concepción clásica del derecho de propiedad 33

III.1.a) La propiedad y el derecho urbanístico 34

III.1.b) Régimen urbanístico y su relación con el concepto de propiedad 354

III.1.c) Estatutos sobre la propiedad del suelo y afectación al ius aedificandi 365

III.1.d) La limitación del derecho de propiedad por ley y su contenido esencial 37

III.2 Relación con el derecho de propiedad 38

III.2.a) El artículo 28 ter de la LGUC y su limitación legal 39

III.2.b) Relación con la limitación a la propiedad y con los derechos adquiridos 40

III.2.c) Análisis artículo 28 ter y diseño de inmuebles 41

III.2.d) La relación del límite del derecho de propiedad y la agrupación de edificios 443

IV. Problemas de competencia 454

IV.1. Relación ley-reglamento 44

IV.2 Posibles problemas de constitucionalidad adjetivos 46

V. Conclusión 51

VI. Consecuencias 554

Bibliografía 56

II. Abreviaturas

CENC: Comisión de Estudios de la Nueva la Constitución Política de la República de Chile.

CGR: Contraloría General de la República

CPR: Constitución Política de la República de Chile

DIA: Declaración de impacto ambiental

EAE: Evaluación Ambiental Estratégica

EIA: Evaluación de impacto ambiental

LBMA: Ley sobre Bases Generales del Medioambiente

LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones

LOCM: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades

LUC: Ley de Urbanismo y Construcción de Cataluña

OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones

REAE: Reglamento para la evaluación ambiental estratégica.

Proemio

I. Excurso: ¿qué es un informe jurídico?

El objetivo de un informe jurídico es responder a una interrogante de acuerdo a los intereses del solicitante o, en caso de ser este un tribunal, de acuerdo a la posición jurídica que el experto adopte. El universo de problemas posibles es infinito por lo que nos concentraremos en solo un tipo de ellos: los problemas de constitucionalidad. La pregunta que de inmediato nos asalta es qué peculiaridades tienen los problemas de constitucionalidad y que son determinante al momento de darles respuesta y por tanto, de escribir un informe jurídico. La repuesta es que tienen un componente político importante y por ello muchas veces las razones jurídicas no bastan. Así pues, en el presente informe jurídico complementaremos los argumentos jurídicos con argumentos de naturaleza urbanística, materia dentro de la cuál se circunscribe el este informe.

Además, cobra una mayor relevancia la persuasión en el discurso en relación a otros tipos de problemas, ya que se acentúan mucho más los componente éticos y morales que subyacen a las normas. Es por esta razón que siempre se debe tener presente quien será el lector del informe jurídico y en virtud de ello modular el contenido. En el caso de este informe, el receptor hipotético es el Tribunal Constitucional, por lo que las referencias a su jurisprudencia, por ejemplo, serán recurrentes.

Para finalizar este excurso, una cuestión que se debe tener en cuenta es que los problemas de constitucionalidad suelen estar rodeados de un contexto social y mediático en que las cuestiones que se discuten en estos procedimientos bajo el discurso del derecho, son a menudo también debatidas fuera. Así pues, debe tenerse en cuenta que los ministros del Tribunal Constitucional–receptores hipotéticos del informe– también forman parte de aquel contexto, por lo que a menudo será útil hacerse cargo de los argumentos y razones esgrimidas en él.

II. Sumario

Pese a que en muchos casos no lo notemos, la configuración del espacio público determina la cotidianidad de nuestras vidas. En el presente informe jurídico nos pronunciaremos acerca de la constitucionalidad los artículos 28 ter y 176 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, agregados por la Ley 20.958. Para ello se utilizará un enfoque desde tres materias: el derecho de

propiedad, el mandato de protección del medio ambiente y cuestiones adjetivas. Abordaremos estas materias de manera transversal recurriendo a fuentes tales como la Constitución Política de la República, la ley, el derecho internacional, reglamentos, jurisprudencia judicial y administrativa; además de otras fuentes con menor fuerza como la historia de la ley, el derecho comparado e incluso el urbanismo.

III. Preámbulo

Se nos ha solicitado confeccionar un informe en derecho relativo a la constitucionalidad de los arts. 28 ter y 176 introducidos a la Ley General de Urbanismo y Construcción incorporado a través de la Ley N° 20. 958, que Establece un Sistema de Aporte al Espacio Público.

Es importante analizar la constitucionalidad de estos artículos porque la normativa en examen conlleva un impacto urbano y social, que no puede dejarse a la deriva, más cuando existe conflicto de derecho. Estos conflictos se producen porque existe una tensión entre el derecho de propiedad consagrado en el art. 19 N° 24 CPR y el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación contenido en el art. 19 N°8, pues mientras el primero se preocupa por el interés individual, el segundo vela por del interés colectivo. Asimismo, entra a jugar a este entramado la administración, pues es ella la encargada de regular ambos derechos, y de esta forma debe propender a generar una armonía en el sistema.

Para poder comprender el recorrido que seguirá el presente informe jurídico, es necesario precisar que tuvimos que recurrir a distintas áreas del derecho, normas de soft law, derecho internacional y jurisprudencia administrativa. Además, que fue necesario hacer una conceptualización previa, porque la materia que se nos ha encomendado informar reviste un carácter netamente técnico.

En cuanto al primer problema que se suscitó, esta relacionado con el mandato de protección del medioambiente, esto porque a través de la determinación de los espacios públicos se puede generar un desequilibrio entre los entornos. Sin embargo, convenimos que dicho supuesto problema es tan solo aparente pues el mismo sistema nos dota de mecanismos para asegurar que la regulación del diseño y características de los espacios públicos este en armonía con los principios generales del derecho ambiental.

Asimismo, se presenta un problema con los planes de inversión regulados en el art. 176, pues a primera vista se encuentran desprovistos de control por parte de un ente administrativo, sin embargo, el derecho ambiental nos dota de un mecanismo para que sea controlado, de esta forma concluimos que el sistema se encuentra completamente interconectado.

El segundo problema está relacionado con el derecho a la propiedad, el que se desarrolla específicamente en tres áreas. Esto en atención a que a través de los planos de detalles se limita a la propiedad pese a que esta es una labor del legislador, ser una limitación a través del reglamento genera problemas con los derechos adquiridos, lo cual se plasma en la imposición de reglas de construcción mediante reglamentos. Sin embargo, nosotros convenimos que dicha cuestión es aparente, pues a través de un reglamento si se puede limitar la propiedad de acuerdo con los postulados de este Tribunal, en cuando al menos cabo que pueden sufrir los derechos adquiridos, el ordenamiento garantiza una correspondiente indemnización. Por último, convenimos que el derecho de propiedad cede frente a los derechos colectivos.

Finalmente nos referiremos a una cuestión adjetiva que dice relación con la facultad que le compete al ente administrativo, para conciliar estos derechos. Sin embargo, la administración no puede moverse a su arbitrariedad, por lo tanto, se le debe imponer un límite, puesto que, si no se determina, existiría una infracción al artículo 63 N°20 CPR. Nosotros convenimos que la ley agota de forma general y abstracta el margen en el cual la administración puede desenvolverse para conciliar estos conflictos. Asimismo, en atención, a la materia que nos convoca, el urbanismo, quienes tienen mayor capacidad técnica y quienes conocen sus necesarias falencias en espacios urbanos son las municipalidades.

A partir de lo expuesto, cabe preguntarse si el artículo 28 ter y 176 son constitucionales a lo cual convenimos que, si lo son. Para arribar a esta conclusión tendremos que llevar a cabo el siguiente recorrido: en primer lugar, hacer referencia a los conceptos previos necesarios para entender el tema, siguiendo con el desarrollo de los argumentos de cada problema, a los cuales le hicimos una pequeña introducción en los apartados anteriores, para concluir señalando las cuestiones adicionales que la implementación de esta norma puede acarrea

Desarrollo

I. Delimitación del problema

La pregunta por constitucionalidad de los artículos respecto de los cuales se nos solicita informar tiene numerosas aristas. El artículo 28 ter de la LGUC establece la posibilidad de establecer planes de detalles, subordinados a la planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales. En virtud de ellos, se puede regular distintos aspectos del espacio público y de los inmuebles. Por su parte, el artículo 176 establece la obligación de las municipalidades de establecer un plan de inversiones que contemple medidas para mejorar la movilidad y el espacio público.

Las preguntas que se suscitan son numerosas: ¿qué características arquitectónicas de los inmuebles pueden regularse? ¿Qué derechos podrían verse afectados por las medidas en el espacio público? ¿Qué se puede y no puede regular a través de los planes de detalle? ¿A qué tipo de evaluación ambiental están sometidas las medidas previstas por el plan de inversiones? Para responder a estas preguntas, primero creemos necesario explicar dos cuestiones básicas. La primera de ellas es el concepto jurídico y urbanístico de espacio público, mientras que la segunda consiste en dos principios que atraviesan la legislación urbanística. Esto nos permitirá a continuación referirnos a la historia de la ley. Esta referencia resulta obligada para la comprensión del sistema de aportes que establece la Ley 20.958 y, a su vez, la explicación de este sistema resulta esencial para un entendimiento cabal de las disposiciones respecto de cuya constitucionalidad de nos pide informar. En efecto, al estar insertas en un sistema su contenido depende de este

I.1. Conceptos previos

I.1.a) Espacio público

Un paso necesario antes de abordar el problema al que pretendemos dar respuesta es comprender qué es el espacio público. La única definición del concepto existente en nuestro ordenamiento jurídico se ubica en la OGUC. En ella se puntualiza que corresponde a un «bien nacional de uso público,

destinado a circulación y esparcimiento entre otros» (artículo 1.1.2, Decreto 47 Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1992). No obstante lo parco de la definición, nos aporta un dato relevante. Los espacios públicos son bienes nacionales de uso público. En primer lugar, ello implica que son bienes nacionales, los cuales se definen como aquellos que pertenecen a la nación toda[1]. En segundo lugar, no bienes nacionales cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación[2]. En este sentido, el espacio público es entendido desde una dimensión física, como una cosa. El instrumento de derecho internacional más relevante en la materia, el documento temático de la Nueva Agenda Urbana Habitat III, define espacio público de una forma similar. Así pues señala que corresponden a «lugares de propiedad pública o de uso público, accesibles y agradables por todos de forma gratuita y sin afán de lucro. Esto incluye calles, espacios abiertos e instalaciones públicas» (Habitat III, 2016a, p. 1).

En cuanto a la gestión de los bienes nacionales de uso público y, por tanto, del espacio público, es necesario distinguir. Vale decir, mientras el Ministerio de Bienes Nacionales está a cargo del control superior de este tipo de bienes[3], a las municipalidades les corresponde la administración de ellos, salvo que por su naturaleza o fines su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado[4]. No obstante, en la práctica el alcance de la norma que otorga la administración de los bienes nacionales de uso público a las municipalidades es limitado, ya que solo quedan bajo la competencia de las municipalidades la administración de los denominados bienes públicos locales[5].

Los bienes públicos locales son aquellos que están al servicio de los suelos que se urbanizarán y en que, sin embargo, su previsión, afectación y obtención se desarrolla dentro de la lógica del sistema urbano que diseña el plan, tales como vías, espacios libres, áreas verdes y dotaciones públicas[6]. De este modo, se distinguen de los denominados bienes públicos sectoriales, caracterizados por encontrarse fuera de las determinaciones de la planificación territorial y ser asumidos como un

[1] Artículo 589, Código Civil, 1856.

[2] Artículo 589, Código Civil, 1856.

[3] Artículo 1º, DL 1939, 1977.

[4] Artículo 5º letra c), Ley 18.695, 1988.

[5] CORDERO, 2007, p. 273.

[6] CORDERO, 2007, p. 272.

elemento externo por esta[7]. Así pues, si bien el concepto de espacio público abarca ambos tipos de bienes, la Ley 20.958 se refiere sobre todo a los bienes públicos locales.

La CGR ha hecho la distinción entre el control superior y la administración de los bienes nacionales de uso público. Al respecto ha señalado que el Ministerio de Bienes Nacionales puede en ejercicio de sus atribuciones solicitar, por ejemplo, que se adopten medidas respecto de quienes sin contar con un título legítimo ocupen o realicen obras en los bienes públicos, que se paralice un procedimiento de concesión sobre los mismos o que se invalide un permiso, concesión o acto sobre ellos[8]. No obstante, estas atribuciones deben realizarse por medio de la Municipalidad para que adopte la decisión definitiva, ya que el Ministerio de Bienes Nacionales no tiene facultades para actuar directamente en la materia[9].

No obstante lo hasta aquí señalado, el espacio público en nuestro ordenamiento jurídico tiene una naturaleza adicional. No es solo un tipo de bien sino que además un tipo de uso de suelo, es decir, un tipo de destino que puede atribuirse al territorio. La OGUC dispone que los instrumentos de planificación territorial deben definir los usos del suelo de cada zona. Los usos del suelo posibles son residencial, de equipamiento, actividades productivas, infraestructura, áreas verdes y espacio público[10].

La técnica urbanística consistente en dividir el territorio y asignar a cada parte una actividad distinta se denomina zonificación. El fundamento de esta técnica es asignar a cada parte de la vida de un sujeto (trabajo, residencia, consumo) un lugar geográfico distinto. De este modo, la ciudad se dividiría según funciones. La consagración de esta forma de organizar el territorio llegaría tras la publicación de la Carta de Atenas, un manifiesto urbanístico redactado por Le Corbusier y José Luis Sert en 1942, con motivo del IV Congreso de Arquitectura Moderna. Bajo el paraguas de esta idea se construyó por ejemplo la ciudad de Brasilia.

Llegados a este punto, una pregunta que resulta pertinente es: ¿a cuál de estas naturalezas se refiere la Ley 20.958? Dicho de otra manera ¿cuál es el concepto de espacio público que utiliza esta ley? Nos parece que el concepto es uno solo y las naturalezas referidas no son sino dos caras de una misma moneda. El espacio público es un bien nacional de uso público y, como ya señalamos, la

---

[7] CORDERO, 2007, p. 272.

[8] CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 22.12.1995, Nº 041443N95.

[9] CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 22.12.1995, Nº 041443N95.

[10] Artículo 2.1.23, Decreto 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1992.

característica definitoria de este tipo de bienes nacionales es que además de pertenecer a toda la nación, su **uso** también pertenece a toda ella. Por tanto, el espacio público en este sentido se define por su uso colectivo. Desde la perspectiva del espacio público como uso del suelo, estas zonas del territorio se define por ser aquellos lugares de la ciudad destinados al esparcimiento, la circulación y el encuentro entre ciudadanos.

Ahora bien, en ocasiones la propia dinámica urbana, a saber, el uso que los ciudadanos otorgan a ciertos espacios puede crear espacios públicos que jurídicamente no lo son. Pensemos por ejemplo en el uso de los jardines de una universidad privada. La razón de ello es que el concepto jurídico de espacio público es restringido y muchas veces queda corto respecto de lo que en la realidad se asume como tal.

Advirtiendo este tipo de cuestiones, desde el urbanismo se ha elaborado un concepto de espacio público que aborda el fenómeno desde una perspectiva sociocultural. Así se abandona la conceptualización del espacio público como un lugar residual a los restantes usos del suelo o como un espacio vacío sin construir por razones jurídicas. Por el contrario, desde este enfoque, se trata de un lugar caracterizado por su dominio público, su uso social colectivo y su multifuncionalidad; es un lugar accesible y central, en que las personas se relacionan como iguales, constituyéndose en la expresión territorial de la democracia, un lugar donde la sociedad y la conflictividad social se escenifican, pudiendo tener una función variable según los pesos y contrapesos sociales[11].

Nos parece sumamente relevante tener en cuenta esta perspectiva, ya que demuestra que la cuestión que aquí tratamos no es solo un problema de organización de las ciudades. Por el contrario, las cuestiones que a continuación trataremos definen en gran parte la vida cotidiana de muchos ciudadanos. Es ello lo que posibilita realizar un análisis desde la perspectiva de los derechos.

[11] BORJA, 2003, pp. 119-124; BORJA, 2012, 205; CARRIÓN, 2004, p. 55-62.

I.1.b) Producción del espacio y principios urbanísticos

Antes de la dictación de la Ley Nº 20.958, ya existía en nuestro ordenamiento jurídicos un sistema de aportes al espacio público que contemplaba la obligación para los proyectos de construcción de realizar aportes en terrenos y en obras, siempre y cuando, cumplan ciertos requisitos. Los problemas que se producían con este sistema eran de dos tipos. Los primeros corresponden a problemas de eficacia, ya que las normas fueron bien vaciadas de contenido en su aplicación o simplemente desoídas, con lo cual el objetivo que yacía a estas normas no se cumplía. El segundo tipo de problemas es de diseño, pues aun cuando el sistema de aportes al espacio público establecido hubiese sido eficaz, estos no eran proporcionales al impacto que los proyectos de construcción generaban en las ciudades.

La Ley Nº 20.958 aspira a resolver estos problemas. Este anhelo se ve reflejado expresamente en el mensaje, el cual señala que el fundamento de los aportes al espacio público es que sean los proyectos de construcción los que vayan conformando ciudades equilibradas y que respondan a las necesidades de sus habitantes[12]. En otras palabras, el principio que sustenta el sistema de aportes al espacio público regulado por la Ley Nº 20.958 es que los privados deben colaborar en la producción de la ciudad. Luego, ¿qué implica esta colaboración? ¿Entre quiénes se produce esta colaboración?

Un paso previo para abordar estas preguntas es aclarar a qué nos referimos cuando utilizamos la expresión producción de la ciudad. Con prescindencia de la enorme carga teórica de este concepto, aquí lo utilizamos para denotar que el espacio y la ciudad no son meros recipientes de las relaciones sociales sino que son un producido, un efecto de estas. Así pues, volviendo a las preguntas formuladas, una primera cuestión que se debe descartar es que las ciudades deban ser producidas en exclusividad por los privados. En efecto, no obstante en nuestro país las actividades urbanística y de construcción son fundamentalmente privadas, sostener dicha respuesta entrañaría que la ciudad debe ser un efecto de la relación entre privados y, por tanto, sin intervención del Estado. Esta cuestión es a todas luces errada pues el Estado debe intervenir codo a codo con los particulares, tanto estableciendo un marco para la utilización del suelo y la construcción en él, como a través del desarrollo de planes y políticas de vivienda social o el diseño y ejecución en obras de infraestructura urbana.

Una segunda opción, es encuadrar la colaboración entre el Estado y la iniciativa privada bajo el principio de subsidiariedad. En virtud de este principio la planificación para un uso racional del

[12] Boletín 8493-14.

suelo queda entregada al Estado pues los particulares no pueden llevarla a cabo, en tanto que la ejecución de dicha planificación queda en manos de estos últimos, en ejercicio de su derecho de propiedad y libertad económica[13]. Este entendimiento también es errado pues aquello que caracteriza al principio de subsidiariedad es la existencia de dos fases: una negativa, que se traduce en un deber de abstención por parte del Estado; y una positiva, que entraña un deber de hacer, ya sea indirecto –a través del fomento– o directo –por medio de la transferencia de bienes, producción de bienes o prestación de servicios–[14]. En el caso de la producción de la ciudad no es posible encontrar una base normativa para ninguna de las dos fases. Además, esto queda corroborado por la cotidianeidad, pues a pesar de que la actividad urbanística y de construcción son esencialmente privadas, también son llevadas a cabo por el Estado, por ejemplo, a través de la construcción de viviendas sociales.

Para nosotros la colaboración es en primer lugar funcional. Así pues, un primer principio es el de **colaboración funcional**, según el cual el Estado tiene un rol regulador estando a cargo de la planificación territorial, mientras que los particulares cumplen una labor ejecutiva de dicha regulación. De esta manera, quedan en manos de los particulares la urbanización y la construcción, aunque bajo una fuerte intervención administrativa. Sin embargo, la colaboración entre el Estado y los particulares en el urbanismo no se limita a una repartición de funciones. Por el contrario, esta cooperación va más allá, englobando las externalidades negativas que implica el crecimiento de la ciudad. En efecto, un segundo principio del derecho urbanístico chileno es el de **contribución urbana** según el cual los costos de la producción de la ciudad deben ser asumidos por los privados.

La existencia de ambos principios puede verse a lo largo de toda la LGUC. En cuanto al primero, el Estado delimita los usos de suelo[15], establece la necesidad de permisos de edificación previos[16], determina las obligaciones[17] y prescribe prohibiciones[18] a los urbanizadores, etcétera. En tanto, los privados deben ajustarse a los usos de suelo, solicitar los permisos de edificación correspondientes y los urbanizadores cumplir las obligaciones y prohibiciones que se les imponen. Por su parte el segundo principio es puesto en práctica por tres instituciones de nuestro sistema

[13] CORDERO, 2008, p. 98.

[14] QUINTANA, 2014, p. 127.

[15] Artículos 57 y 58, DFL 458, 1976.

[16] Artículo 116, DFL 458, 1976.

[17] Artículo 134, DFL 458, 1976.

[18] Artículo 136, DFL 458, 1976.

urbanístico: la cesión gratuita[19], las declaratorias de utilidad pública en los planos reguladores[20] y los estudios de impacto sobre el sistema de transporte[21].

Es este segundo principio aquel que estaba en crisis. Ciertamente, y como ya hemos señalado, antes de la dictación de la Ley 20.958 ya existía un sistema de aportes al espacio público. La finalidad de este tipo de sistemas, es que todos los proyectos de construcción realicen un aporte al espacio público proporcional a las externalidades negativas que producen y que tienen efecto en las ciudades. No obstante, presentaba deficiencias tales, que en la práctica era el Estado quien debía hacer frente a los problemas urbanos generados por los proyectos de construcción.

I.2. Historia de la ley

I.2.a) Sistema de aportes al espacio público anterior a la Ley 20.958

Un sistema de aportes al espacio público es un conjunto de normas que tiene por objetivo que los proyectos de construcción contribuyan bien a generar, bien a mejorar, un lugar de dominio público, multifuncional y con un uso social colectivo. Así pues, el aporte puede tener una naturaleza variada, según si implique la creación de espacios públicos o su mejora. En el sistema vigente antes de la Ley 20.958, la cesión gratuita y las declaratorias de utilidad pública eran las instituciones que permitían crear espacios públicos, mientras que los estudios de impacto sobre el sistema de transporte eran el único aporte destinado a mejorar el espacio público, o más bien, a evitar su deterioro.

El primer problema se producía en las cesiones gratuitas y obligatorias. Esta es un institución del derecho urbanístico que impone a toda urbanización de terrenos la obligación de ceder en forma gratuita una superficie determinada por la OGUC, que en todo caso no puede ser mayor al 44% de la superficie original, la cual será destinada a la circulación, áreas verdes, desarrollo de actividades deportivas y recreacionales y para equipamiento[22]. Ahora bien, para determinar que proyectos de construcciones están sometidos a esta obligación es necesario definir cuando estamos frente a la urbanización de un terreno. Una primera respuesta era proporcionada por la OGUC, que entendía que

[19] Artículo 70, DFL 458, 1976.

[20] Artículo 59, DFL 458, 1976.

[21] Artículo 2.4.3, Decreto Nº 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1992.

[22] Artículo 70, DFL 458, 1976.

tanto el crecimiento urbano por extensión como el producido por densificación eran procesos de urbanización[23].

No obstante, la aplicación de la institución de las cesiones gratuitas y obligatorias se vio drásticamente limitada por la interpretación de la CGR. En efecto de acuerdo a este órgano, el artículo 70 en relación con el artículo 65, ambos de la LGUC, «no contemplaba en forma obligatoria cesiones gratuitas de terrenos en casos de crecimiento urbano por densificación, por lo que una exigencia de ese orden por parte de un municipio vulnera la garantía consagrada en el artículo 19 Nº 24 de la Carta fundamental» (Contraloría General de la República, 2003). Luego, el mencionado artículo 65 dispone que «[e]l proceso de subdivisión y urbanización del suelo comprende tres casos» (DFL Nº 458, 1976) y a continuación se refiere a la subdivisión el suelo, el loteo y la urbanización de un loteo existente cuyas obras de infraestructura sanitaria y energética y de pavimentación no fueron realizadas oportunamente[24].

Así pues, debido a esta interpretación quedaban exentas de la obligación de cesión gratuita y obligatoria de terrenos los proyectos de construcción que generan un crecimiento por densificación ya que no quedan comprendidos en ninguno de los tres casos de subdivisión del suelo y urbanización del artículo 65 de la LGUC. Este era un defecto de gran envergadura para el sistema de aportes al espacio público hasta ese entonces vigente, debido a la expansión de los proyectos de construcción en altura, es decir, de crecimiento por densificación.

La regulación de los aportes al espacio público de los proyectos de crecimiento urbano por extensión tampoco estaba exenta de problemas. Ciertamente, en la medida en que este tipo de proyectos se lleva a cabo principalmente fuera los límites urbanos, si bien cumplen con la cesión de terrenos impuesta por la LGUC, no se les exige cumplir con una urbanización exterior ni con conexión vial[25]. El efecto es que la ciudad se expande, generando nuevos pequeños núcleos urbanos sin que se realicen las obras de vialidad necesarias para la entrada y salida de estos. Así pues, una vía de acceso y salida que antes servía a las pocas personas que vivían en un sector, pasa a ser utilizado por todas las personas que el proyecto atrae, con lo que se produce un detrimento en la movilidad.

Finalmente, el anterior sistema de aportes al espacio público también consideraba contribuciones en obras. Así pues, se contemplaba la obligación de que determinados proyectos de

[23] Artículo 1.1.2, Decreto Nº 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 1992.

[24] Artículo 65, DFL 458, 1976.

[25] HERNÁNDEZ, 2014, p. 11.

densificación deban someterse a un estudio de impacto sobre el sistema de transporte urbano (EISTU), antes de obtener el correspondiente permiso de edificación[26]. El problema con la obligación de someterse a un EISTU es que su aplicación es en extremo limitada, alcanzando solo el 5% de los permisos de edificación del país. En efecto, se aplicaba solo a proyectos con destino no residencial que contemplan más de 150 estacionamientos y proyectos con destino residencial que consideren más de 250 estacionamientos. A este problema referido a su limitada aplicabilidad se sumaban otros dos: primero, es común la práctica de presentar proyectos en el límite de los parámetros para no calificar con la necesidad de ejecutar un estudio, por ejemplo subdividiendo el proyecto[27]; y el entendimiento exclusivamente viario del espacio público.

En síntesis, antes de la dictación de la Ley 20.958 ya existía un sistema de aportes al espacio público. No obstante, presentaba numerosas deficiencias que llevaron a la ineficacia del principio de contribución urbana. Esta cuestión es relevante pues son estos problemas los que explican el surgimiento, el porqué de la Ley 20.958 y, en último término, el surgimiento de los problemas que más adelante abordaremos.

I.2.b) Respuesta de la Ley 20.958

La iniciativa de la Ley 20.958 es ingresada al Congreso Nacional el año 2012 con el propósito de resolver los problemas antes enunciados. Así pues, se declara como propósito del proyecto rescatar el principio original de la legislación urbanística chilena, en virtud del cual todos los proyectos de construcción deben colaborar en la conformación de sociedades equilibradas. Este empeño corresponde al principio de contribución urbana al que nos referimos con anterioridad.

Este objetivo se tradujo en el principio de universalidad, según el cual «todos los proyectos inmobiliarios públicos y privados deberán mitigar y/o aportar…» (Artículo 168, DFL Nº 458). Es decir, se busca que la totalidad de los proyectos de construcción sea cual sea el tipo crecimiento que produzcan, se hagan cargo de las externalidades negativas que producen. Este principio enhebra la totalidad del sistema de aportes al espacio público y a pesar de que desde el inicio de la tramitación del proyecto se lo expresó como un meta, no fue sino a hasta la indicación introducida por la

[26] D.S. 59 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, 2001.

[27] HERNÁNDEZ, 2014, p. 11.

Presidenta Michelle Bachellet en junio de 2015 que se consagró como norma y salvó esta impropiedad.

La Ley 20.958 adopta un concepto restrictivo de aportes al espacio público. Si bien la Ley no define bien que es un aporte al espacio público, distingue entre mitigaciones directas –reguladas en el capítulo II– y aportes al espacio público –reguladas en el capítulo III titulado de los aportes al espacio público–. Esta distinción es más evidente en el artículo 168 inciso 1º letra b) que establece el principio de proporcionalidad, señalando que «las mitigaciones deberán ser equivalentes a las externalidades efectivamente generadas por el proyecto, y no se harán cargo de los déficits históricos de infraestructura. Los aportes se ajustarán a la densidad y al destino del proyecto» (Ley 20.958, 2015). De este modo, quedan comprendidos dentro del concepto de aportes de la Ley solo las contribuciones que supongan la creación de nuevos espacios públicos.

Para analizar la Ley 20.958, creemos conveniente adoptar un concepto amplio de aportes al espacio público, entendiendo que comprende toda contribución o carga asumida en la ejecución de un proyecto inmobiliario público o privado, sea mediante la creación de nuevos espacios públicos, su mejora o su conservación. Una importante razón para recoger este concepto amplio es que permite dar cuenta de mejor manera de la diversidad de medidas establecidas en la ley para aportar al espacio público, una de las principales innovaciones de este cuerpo normativo.

En nuestro concepto, la Ley 20.958 establece cinco tipos de aportes al espacio público. En primer lugar, se mantiene la obligación de ceder en forma gratuita y obligatoria parte del terreno en proyecto que conlleven crecimiento urbano por extensión[28]. No obstante, ahora la Ley especifica que esta obligación es aplicable también a los proyectos que conlleven crecimiento urbano por densificación[29]. En segundo lugar, la ley prevé el caso en que la realización de un aporte en terrenos haga inviable un proyecto inmobiliario; por ello, establece que existe la posibilidad que el aporte se realice en el dinero equivalente al avalúo fiscal del porcentaje de terreno a ceder[30]. Estos dos casos son los que la ley entiende como aportes al espacio público y en que la contribución está destinada a la creación de espacios públicos.

En tercer lugar, existe la posibilidad de que a solicitud del interesado «el aporte se materialice a través de la ejecución de estudios de prefactibilidad, proyecto de ingeniería y/o arquitectura,

[28] Artículo 70, DFL 458, 1976.

[29] Artículo 175 , DFL 458, 1976.

[30] Artículo 175, DFL 458, 1976.

medidas operacionales para el transporte público o privado y los modos no motorizados, obras de infraestructura pública u otras medidas» (Artículo 179, DFL 458), con tal de que la propuesta esté incluida en el plan comunal o intercomunales de inversiones en infraestructura, movilidad y espacio público. Este tipo de aporte puede contribuir tanto a la creación de un espacio público si la propuesta corresponde a la ejecución de una infraestructura pública, como a una mejora del espacio público en los casos restantes.

En cuarto lugar, la ley establece que los proyectos que comporten crecimiento urbano por extensión o por densificación y ocasionen impactos relevantes sobre la movilidad local «…deberán ser mitigados a través de la ejecución de medidas relacionadas con la gestión e infraestructura del transporte público y privado y los modos no motorizados, y sus servicios conexos…» (Artículo 170, DFL 458). El objetivo de este tipo de aportes es la conservación del espacio público a través del mantenimiento del estándar de la movilidad local previo a la realización del proyecto.

El último aporte contemplador por la ley es la posibilidad, contemplada en el artículo 28 ter, de definir ciertos aspectos del espacio público y de inmuebles para conservar el espacio público circundante a través de planes de detalle. A la explicación de esta disposición y al artículo 176, que establece la obligación de las municipalidades de elaborar un plan de inversiones en infraestructura, movilidad y espacio público, dedicaremos el siguiente apartado por requerir atención especial.

I.3 Problema en específico

Antes de esclarecer porqué sostenemos que el artículo 28 ter establece un tipo de aporte al espacio público según esbozamos antes, es necesario tener clara la porción de la disposición sobre la cual argüiremos. El mencionado artículo establece, en la sección que interesa para efectos de este informe, lo siguiente:

> "Asimismo, a través de planos de detalle subordinados a los planos reguladores comunales, seccionales o intercomunales, podrán fijarse con exactitud el diseño y características de los espacios públicos, los límites de las distintas zonas o áreas del plan y, en el caso de los planes reguladores comunales y seccionales, el agrupamiento de edificios y las características arquitectónicas de los proyectos a realizarse en sectores vinculados con monumentos nacionales, en inmuebles o zonas de conservación histórica

o en sectores en que el plan regulador exija la adopción de una determinada morfología o un particular estilo arquitectónico de fachadas" (artículo 28 ter, DFL 458, 1976).

La pregunta que debemos abordar es ¿qué rol cumple esta disposición en el sistema de aportes al espacio público? La conexión con el resto de normas no es evidente. No obstante, si se observa detenidamente, es posible apreciar que en el trozo de la disposición reproducido se establecen dos normas. En virtud de la primera es posible fijar el diseño y las características del espacio público, así como los límites de las distintas zonas o áreas del plan, cuando el plan detallado se subordine a un plan regulador comunal, seccional o intercomunal. Es necesario recordar que el espacio público en nuestro ordenamiento es un tipo de uso de suelo que se refiere «al sistema vial, a las plazas, parques y áreas verdes públicas» (artículo 2.1.30, Decreto 47, 1992), por lo que aquello que la norma faculta es a definir el diseño de dichos bienes nacionales de uso público.

La segunda norma, establece que si el plan de detalle se subordina al plan regulador comunal o seccional es posible fijar dos cuestiones por medio de él. En primer lugar, el agrupamiento de edificios; y, en segundo lugar, las características arquitectónica de los proyectos que se realicen en tres tipos de sectores, a saber, en aquellos vinculados a monumentos nacionales, en inmuebles o zonas de conservación histórica y allí donde se exija un determinada morfología o estilo arquitectónico de fachadas. Esta segunda norma, sostenemos, establece la facultad de imponer una obligación de aportar al espacio público a través de los planos de detalle, en orden a conservar ciertas características del espacio público.

El agrupamiento de edificios se determina en los planes reguladores comunales o seccionales, y se refiere a la definición de las alternativas de emplazamiento de los edificios dentro de un predio (artículo 2.6.1, Decreto 47, 1992), definiéndose en relación a las parcelas colindantes y a la alineación viaria. Ahora bien, ¿qué relevancia tiene agrupamiento de edificios? El sistema de agrupamiento forma parte la edificación, el último paso de la producción de la ciudad. Este proceso comienza con la zonificación y la definición de usos de suelo, continúa con la división del territorio (parcelación) y prosigue con su urbanización. En la última etapa –la edificación–, es por medio del agrupamiento de edificios que se define la intensidad de aprovechamiento de las distintas parcelas. Esta posibilidad de definir el espacio libre impacta de una forma directa en las actividades que se podrán realizar.

En cuanto a las características arquitectónicas debemos esclarecer que comprenden, para así delimitar el alcance de los planes de detalle. Al respecto sostenemos que no obstante la características arquitectónicas de un inmueble abarcan tanto lo interiores como el exterior de un inmueble, por medio de los planes de detalle solo de pueden fijar estos últimos. Una primera razón es que según señalamos,

esta segunda norma establece un aporte al espacio público para su conservación. Esto nos lleva a concluir que la norma del artículo 28 ter no puede permitir fijar características arquitectónicas que en nada aportarían al espacio público, como lo serían por ejemplo los materiales con que está construido el interior de un inmueble.

Una segunda razón para arribar a esta conclusión, es que el fundamento de los casos en que la norma en comento permite fijar las características arquitectónicas es la conservación de un determinado paisaje urbano relevante por sus características históricas, su valor cultural, etcétera. Este podría verse afectado, por ejemplo, por un inmueble con un diseño disruptivo respecto de las características de un monumento nacional, una inmueble de conservación histórica o el estilo de fachada de ciertos edificios que se desea conservar.

La segunda disposición sobre la cual se nos ha pedido informar es el artículo 176 que establece en la primera parte de su inciso primero, la cual será objeto de análisis, lo siguiente:

> "Cada municipio elaborará un plan comunal de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público, que contendrá una cartera de proyectos, obras y medidas incluidas en los instrumentos de planificación territorial existentes o asociadas a éstos, debidamente priorizadas, para mejorar sus condiciones de conectividad, accesibilidad, operación y movilidad, así como la calidad de sus espacios públicos y la cohesión social y sustentabilidad urbanas" (artículo 176, DFL 458, 1976).

La pregunta que debemos realizarnos en este caso es la misma que aquella nos realizamos antes: ¿qué rol cumple esta norma en el sistema de aportes al espacio público? La función de esta norma es coordinar los aportes en dinero equivalente al avalúo fiscal del terreno a ceder y los aportes alternativos del artículo 179 de la LGUC. En efecto, respecto al primer tipo de aportes, el artículo 180 del mismo cuerpo normativo señala que los aportes recaudados por el municipio respectivo solo podrán ser utilizados en la ejecución de los planes comunales e intercomunales de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público; la actualización de estos; en el pago de las expropiaciones necesarias para su ejecución; y gastos de administración e inspección, con el límite de utilizar hasta el 10% de los fondos recaudados.

En cuanto al segundo tipo de aportes, el mismo artículo 179 dispone que la propuesta de aporte debe estar incluida en el plan comunal o intercomunal de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público. No obstante, puede proponerse un estudio, proyecto, obra o medida no contemplado en estos planes, si es coherente con él y es aprobado por el concejo municipal.

Los problemas que suscitan estas disposiciones pueden agruparse en tres ámbitos: el cumplimiento del mandato de protección del medioambiente, el respeto al derecho de propiedad y la congruencia constitucional respecto de las cuestiones adjetivas. A estos tres temas dedicaremos los siguientes tres apartados, identificando en cada uno de ellos los problemas en específico a los que nos dedicaremos.

II. Derecho ambiental y urbanismo

II.1 Contextualización

Antes de comenzar el análisis de constitucionalidad de los artículos 28 ter y 176 LGUC, debemos establecer la relación que existe entre el derecho medioambiental y el urbanismo y, de este modo, situar y entender por qué corresponder revisar estos artículos desde la arista medioambiental. A continuación, describiremos en términos generales, los problemas que suscita el desarrollo descontrolado de las ciudades, su impacto en el medio ambiente y cuál es el rol que cumple el Derecho en dar una solución a lo anterior.

El crecimiento de las ciudades, el aumento de la población y la escasa planificación urbanística ha provocado problemas medioambientales. Ante este escenario y la búsqueda de su solución, es posible establecer una interrelación entre el derecho ambiental y el derecho urbanístico, ya que este último puede ser una herramienta útil para crear un marco jurídico que vele por el desarrollo sustentable de las ciudades. El proceso de urbanización y crecimiento de las ciudades trae causa en la serie de oportunidades que ofrece la urbe para el desarrollo de la vida de las personas: trabajo, negocios, salud, etcétera; sin embargo, al mismo tiempo, estos procesos han generado una serie de externalidades negativas que siguen en ascenso, como las dificultades en la viabilidad, segregación y alta densificación de la población[31] .

La combinación de los factores anteriores ha producido una tendencia al crecimiento difícil de frenar, pues el mercado por sí mismo no ha podido mitigar las consecuencias negativas del desarrollo de las ciudades, provocando que los nuevos habitantes de las ciudades tengan menores costos sociales (buscar una mejor calidad de vida) que los que se producirán a los habitantes antiguos

[31] RAJEVIC, 2001, p. 538.

con el aumento de la población (congestión vehicular, contaminación acústica, etcétera). Así, se ha llegado a concluir que el mercado no puede regular eficientemente las imperfecciones que se generan dentro de las ciudades, siendo otras disciplinas y el propio Estado el que ha debido intervenir para lograr un desarrollo armónico de las ciudades.

En este contexto, el estudio y las pretensiones de varias disciplinas se encaminan a dar solución a estos problemas. El derecho ha sido una de estas disciplinas, ya que por medio de la dictación de distintos cuerpos normativos ha buscado armonizar el crecimiento de las sociedades con el medio ambiente. Así, se ha concluido que se requiere de leyes y reglamentos que plasmen la planificación urbana y que, dicha planificación, pueda vincularse con los principios del derecho ambiental y con el principio desarrollo sostenible.

En nuestro país la regulación normativa del urbanismo y el medioambiente la podemos encontrar en la CPR, leyes y reglamentos. A nivel constitucional, encontramos solo referencias respecto del medioambiente, específicamente, en el artículo 19 N°8 CPR podemos encontrar la consagración del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A nivel legal, se regula por separado medioambiente y urbanismo, por medio de la LBMA y la LGUC respectivamente. A nivel reglamentario, nos encontramos con un gran número de instrumentos que regulan estas materias, pero para efectos del análisis a desarrollar en este apartado, nos enfocaremos, por una parte, en la OGUC y, por otro lado, en el REAE.

El objetivo de este apartado es poder determinar si los arts. 24 ter y 176 LGUC cumplen con el mandato constitucional de protección al medio ambiente y, por tanto, ser declarados o no constitucionales por este tribunal. Para llegar a la respuesta de la interrogante anterior, el camino que seguiremos será el siguiente: en primer lugar, delimitaremos el contenido del mandato constitucional de protección al medioambiente y su regulación en instrumentos internacionales. En segundo lugar, definiremos el concepto de ambiente y precisaremos los elementos de la parte de este objeto de regulación por los artículos en cuestión, el espacio público. En tercer lugar, partiremos con el análisis concreto de los artículos, señalando en qué medida se relacionan con el medioambiente, cómo lo podrían llegar a afectarlo y si estos son o no constitucionales. En cuarto lugar, comparemos el mecanismo que prevé el ordenamiento jurídico chileno para la protección del medioambiente en el desarrollo de las ciudades con los utilizados en el derecho comparado, específicamente, en España. Finalmente, señalaremos a las conclusiones que podemos arribar a partir de lo desarrollado en este apartado.

II.2 Mandato constitucional de protección al medioambiente

II.2.a) Antecedentes, consagración, contenido y extensión del mandato

Respecto a los antecedentes, las primeras menciones respecto a la consagración constitucional de la protección al medioambiente, las podemos encontrar en las actas de la CENC. Los integrantes de esta comisión compartían y, al mismo tiempo, diferían respecto de las distintas formas de abordar en el texto constitucional este derecho. En este sentido, existía acuerdo dentro de los comisionados respecto a que el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación se encontraba estrechamente relacionada con la salud y la calidad de vida de las personas, adoptando una visión antropocéntrica e individualista de este derecho[32]. Respecto a las discrepancias dentro de la comisión, ya que, por una parte, ciertos miembros indicaban la necesidad de que se consagre expresamente en la CPR este derecho y deber para el Estado y, por otro lado, algunos consideraban que no era necesario su consagración puesto que, o este se podía derivar del derecho a la vida de los individuos, o dicha materia no tiene la jerarquía o rango constitucional necesario[33].

Finalmente, la decisión de consagrarlo expresamente en la CPR de 1980 se concreta en el Acta Constitucional N°3, disposición en la que se estableció, por una parte, el derecho de las personas a vivir en un medioambiente libre de contaminación y, por otro lado, el deber correlativo del Estado de velar porque este derecho no sea transgredido[34].

Respecto a su consagración, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación se encuentra consagrado en el artículo 19 N°8 CPR, disposición que establece, en primer lugar, que todas las personas son titulares de este derecho; en segundo lugar, que será deber del Estado tutelar por la protección de este y por la preservación de la naturaleza; y, finalmente, la posibilidad de que la Ley limite el ejercicio de determinados derechos para proteger el medioambiente[35]. A partir de esta descripción de la consagración constitucional, siguen persistiendo ciertas dudas respecto al contenido y los alcances de este artículo, por lo que recurriremos a la doctrina nacional para darles respuesta.

---

[32] COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1976, p.208.

[33] COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1976, p.209.

[34] Artículo 1, DL 1552, 1986.

[35] Artículo 19 N°8, Decreto 100, 1980.

Respecto al contenido del mandato constitucional de protección al medioambiente, cabe mencionar, en primer lugar, que este derecho implica el **vivir** en un medioambiente libre de contaminación y no a un ambiente incontaminado, por lo que, *a contrario sensu*, no puede ejercerse una acción de protección al medioambiente si no existe una relación con algún individuo[36]. A partir de lo anterior, podemos concluir que este derecho no protege a la naturaleza en cuanto bien jurídico en sí mismo. No obstante, esta idea ha sido matizada por parte de la doctrina nacional, ya que, si bien este derecho solo podrá ser tutelado en la medida que se relacione con un derecho subjetivo constitucional, la extensión de dicha protección podrá abarcar ecosistemas, animales, objetos, etcétera si interpretamos de una u otra forma qué constituye vivir en un medioambiente libre de contaminación[37].

En segundo lugar, el artículo 19 N°8 inciso 2°, establece la reserva legal para limitar otros derechos o libertades en función de la protección del derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación[38]. A partir de esto, parte de la doctrina ha señalado que la consagración de esta reserva legal le resta la fuerza necesaria a este derecho para garantizar una efectiva protección de este, frente a los derechos de contenido económico que se encuentran en nuestra CPR[39]. Esto se sostiene en base a que, frente a vacíos legales en la protección del medioambiente, la Administración no podrá establecer restricciones a los derechos de carácter económico para protegerlo[40]. Por lo tanto, la CPR condiciona la protección al medioambiente a la satisfacción de un **parámetro de especificidad,** es decir, el legislador debe regular los mecanismos de protección del artículo 19 N°8 CPR con un grado de precisión más alto que el común, para que así no cavan dudas sobre la regulación administrativa que se pueda realizar al respecto[41].

En tercer lugar, respecto al deber estatal de protección del derecho consagrado en el artículo 19 N°8 CPR, cabe precisar que este deber alcanza a todos los órganos que lo componen, dentro de sus competencias y, con especial énfasis, en la administración del Estado[42]. El Estado debe velar,

---

[36] BERMÚDEZ, 2015, p. 117.

[37] BERMÚDEZ, 2000, p. 11.

[38] Artículo 19 N°8 inciso 2º, Decreto 100, 1980.

[39] GUILOFF, 2001, p, 149.

[40] GUILOFF, 2001, p. 151.

[41] GUILOFF, 2001, p. 151.

[42] BERMÚDEZ, 2015, p. 175.

atendiendo a literalidad de la disposición, porque este derecho no se vea afectado, lo cual debe ser interpretado de manera amplia para velar por una protección íntegra de este derecho. En este sentido, siguiendo la interpretación doctrinal más reciente, la afectación que debe prevenir el Estado no solo guarda relación con las privaciones o perturbaciones efectivas de este derecho, sino que también con la prevención de las situaciones de riesgo, por lo que no es aceptable una posición estatal pasiva[43].

Respecto a la extensión, cabe mencionar que existen distintas visiones por parte de la doctrina, entre las que se encuentra, un mirada restrictiva, amplia y ecléctica sobre los alcances de este derecho. Al revisar la mirada restrictiva y amplia, constatamos que ambas son susceptibles de críticas relevantes, tales como la pérdida del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y falta de correlación con el ordenamiento jurídico nacional. Frente a este escenario, nuestra mejor opción es decantarnos por una perspectiva ecléctica, postura que logra superar las críticas que se realizan a las dos visiones anterior a partir del concepto de **entorno adyacente.**

El concepto de entorno adyacente indica que la extensión del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación es «[s]obre la porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, la cual no se reduce […] a su entorno inmediato necesario para la vida» (Bermúdez, 2015, p. 123). En otras palabras, comprenderá el espacio necesario para el desarrollo de la vida de las personas, y alcanzar su máximo desarrollo material y espiritual. Esta postura es más acorde a nuestro ordenamiento jurídico, ya que no restringe a tal punto este derecho que pierde toda operatividad, ni tampoco pretende abarcar cuestiones que no tendrían cabida por carecer de un correlato con el sistema chileno de protección al medioambiente.

II.2.b) Reconocimiento internacional del mandato de protección del medioambiental

Para precisar en mayor medida el mandato constitucional de protección del medioambiente esbozado en el apartado anterior, es necesario remitirnos a los instrumentos internacionales que se refieren a esta materia, ya que, en algunos casos, estos han encontrado su correlato en la legislación nacional. Son diversos los instrumentos internacionales en esta materia, pero para efectos prácticos, nos centramos en dos de ellos: la Declaración de Río de Janeiro sobre el medioambiente y el desarrollo de 1992 (desde ahora Declaración de Río) y la Nueva Agenda Hábitat III (desde ahora Hábitat III).

[43] BERMÚDEZ, 2015, p. 175.

Antes de comenzar con el texto de cada uno de estos instrumentos, es necesario indicar que estos se caracterizan por ser normas de *soft law*, naturaleza que puede llegar a cuestionar la obligatoriedad con que deben ser seguidas por este tribunal, puesto que parte de la doctrina asimila que estas normas carecen de fuerza vinculante. No obstante, la ausencia de fuerza vinculante de estas normas «[n]o conlleva a que la misma esté exenta de relevancia jurídica, especialmente, en los procesos de creación de la norma» (Feler, 2015, p. 290). En este sentido, para analizar estos instrumentos internacionales, debemos comprender que su importancia radica, en primer lugar, en la flexibilidad que entregan para regular temas complejas y técnicas, como la que abordamos en este informe; y, en segundo lugar, en orientación guía que otorgan a los estados para regular determinadas materias, por lo que una vez que son reconocidas por estos, los esfuerzos deben ir encaminados a cumplirlas.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Declaración de Río se encuentra inspirada en un principio que vertebra cada una de sus disposiciones: el principio de desarrollo sostenible. Este principio se encuentra definido como aquel que, ante las necesidades de progreso social y económico de las generaciones presentes y futuras, vela por la protección del medioambiente y el patrimonio cultural[44]. Respecto al sujeto destinatario, señala que es el Estado, a través de sus órganos, el que deberá garantizar que el progreso económico y social del país se encuentre coordinado con una adecuada protección de los recursos naturales. Respecto a su finalidad, este principio pretende la protección del desarrollo del ser humano, es decir, velar por su desarrollo, calidad de vida y la solidad intergeneracional[45].

La vinculación que se puede realizar entre el desarrollo sostenible y urbanismo ha sido recogida en Hábitat III de la Organización de Naciones Unidas. Antes de entrar en su análisis, es necesario precisar que este documento abarca más allá de la arista medioambiental, pero en este informe nos centramos solo esta dimensión. Así, respecto a la sostenibilidad del medioambiente, esta se garantizará por «promoviendo el uso de la energía no contaminante y el uso sostenible de la tierra y los recursos naturales en el desarrollo urbano […]» (Hábitat III, 2016b, párrafo 14).

Desde párrafo 63 al 80 de la Nueva Agenda Urbana Hábitat III, se hace referencia al desarrollo urbano y sostenible medioambientalmente reconociendo los problemas que viven los asentamientos urbanos y los compromisos que adquieren los países en búsqueda de su solución. En este contexto,

[44] Declaración de Río sobre medioambiente y desarrollo, principio N°12, 1994.

[45] BERMÚDEZ, 2015, p. 76.

para mitigar aquellas consecuencias negativas, los países se comprometen a que la planificación de las ciudades se realice a partir de un enfoque sostenible. Para alcanzar tal objetivo, se los estados promoverán los espacios públicos de calidad, abiertos, seguros e inclusivos; tomarán precauciones respecto de los efectos del cambio climático en las ciudades, como, por ejemplo, las posibles inundaciones o sequías que se pueda producir; y, finalmente, bridarán apoyo en la prestación de servicios básicos en armonía con la gestión sostenible de recursos[46].

Respecto a la aplicación efectiva de estos compromisos, se señala que la planificación territorial deberá conciliar las necesidades a corto plazo con los resultados deseados a largo plazo de una calidad de vida elevada y tutela del medioambiente[47]. A partir de lo anterior se señalan una serie de indicaciones tendientes a alcanzar dicho objetivo, entre ellas, la coordinación entre los distintos instrumentos de planificación de un país, la cual fortalezca la función de las ciudades respecto de las localidades aledañas por medio, por ejemplo, de la creación de vínculos comerciales eficaces entre zonas urbanas y zonas rurales[48].

II.3 Medioambiente, hábitat urbano y espacio público

Una vez establecidas las premisas normativas de este informe, es precisa indicar el espacio físico y social sobre el cual se aplicarán las disposiciones sometidas a examen por este Tribunal y, de esta manera, poder proyectar las consecuencias que puede traer su aplicación práctica. En este sentido, es necesario ocuparnos del análisis de una parte hábitat urbano, el espacio público, para así completar el cuadro de premisas necesarias para argumentar a favor o en contra de su constitucionalidad. Para ello, definiremos hábitat urbano, los problemas medioambientales que se han suscita en él y el rol del espacio público frente a ellos.

Respecto al hábitat urbano, podemos señalar que es el espacio en el que se desarrollan, principalmente, las ciudades. Su regulación en el ordenamiento jurídico nacional se encuentra en la OGUC, la cual señala que es aquella parte del territorio ubicada dentro del límite urbano, cuyo fin es el desarrollo armónico de los centros poblados y de sus actividades presentes y proyectadas por los instrumentos de planificación territorial[49]. El desarrollo de las ciudades ha supuesto una intervención

[46] HÁBITAT III, Nueva Agenda Urbana, 2016, párrafos 68 a 73.

[47] HÁBITAT III, Nueva Agenda Urbana, 2016, párrafo 93.

[48] HÁBITAT III, Nueva Agenda Urbana, 2016, párrafo 95.

[49] Artículo 11.2, Decreto 47, 1992.

sobre el medioambiente, cuestión que ha provocado problemas sobre este último a todo nivel. A partir de lo anterior, la noción de desarrollo sostenible cumple un rol importante ya que la sustentabilidad urbana se erige como «[l]a capacidad y la oportunidad del medio urbano de lograr el equilibrio durable en el tiempo entre factores, comportamientos y determinantes, con la finalidad de permitir la reproducción humana, la integración tecnológica y la adaptación de las estructuras medioambientales al cambio» (Bettini, 1998, p. 68).

Como se puede deducir, al ser el espacio público una parte del hábitat urbano, estos problemas medioambientales y su respuesta por medio del principio de desarrollo sustentable, alcanzan al espacio público. El espacio público constituye, como ya se ha señalado en el primer apartado, una expresión territorial de la democracia, en el que se entrecruza el urbanismo y el medioambiente. Su concepto y la relación con el medioambiente, en un inicio, se encontraba inspirada por principios higienistas, que miraba el espacio público como lugar destinado a la mejora de las condiciones de salud de la población[50]. En la actualidad, se ha replanteado esta relación a partir de la noción, según la cual, el espacio público se transforma en un equilibrante del sistema ambiental dentro de la ciudad[51].

Desde esta visión ambiental del espacio público, este cumple con distintas funciones, entre ellas las más importantes son, en primer lugar, una función social, la cual implica que los espacios públicos son lugares indispensables para el desarrollo de las personas y el contacto de estas con la naturaleza[52]. En segundo lugar, una función paisajística y urbanística, ya que supone una discontinuidad de las distintas construcciones en la ciudad por medio, idealmente, de masa vegetal[53]. En tercer lugar, una función ecológica, según la cual la vegetación presente en el espacio público regula el microclima urbano, mejor las condiciones del aire y, consecuentemente, mejora la salud de las personas en la ciudad[54].

[50] PERAHIA, 2007, p. 2

[51] PERAHIA, 2007, p. 2

[52] PERAHIA, 2007, p. 2

[53] PERAHIA, 2007, p. 2

[54] PERAHIA, 2007, p. 2

II.4 Análisis de los artículos objetos de control

II.4.a) Artículo 28 ter LGUC

Una vez establecido el mandato de protección del medioambiente que establece nuestra CPR y el espacio físico en el cual se expresa este artículo, el paso lógico es determinar si esta disposición cumple con dicho estándar. El artículo 28 ter LGUC regula los planes de detalles comunales, seccionales o intercomunales, los cuales fijan una serie de elementos, entre los cuales se encuentra, el diseño y las características del espacio urbano. En el segundo inciso de esta disposición, se señala el procedimiento de elaboración de estos instrumentos, siendo relevante para efectos de este análisis, hacer mención de la letra a), la cual indica la realización de una breve memoria explicativa. Ahora bien, nuestro análisis de constitucionalidad lo centraremos en la regulación de las características y el diseño del espacio público por medio de los planes de detalles, ya que es el aspecto de esta disposición que entra puede llegar a entrar en conflicto con el mando constitucional ya indicado

El espacio público, como ya hemos mencionado, se caracteriza por ser puntos de encuentro de los habitantes de una sociedad, accesible y central, por medio del cual se expresa territorialmente la democracia. Estas características se materializan no solo en actos cotidianos de las personas, como por ejemplo pasear por un parque, sino que también es en ellos donde se materializan grandes episodios de nuestra sociedad, como por ejemplo ocurre con Plaza Italia en Santiago. En este sentido, su presencia determina los comportamientos y las relaciones que se erigen entre los habitantes que se encuentran próximos a ellos, ya que en ellos las personas se relacionan, desplazan y recrean. A partir de la descripción anterior, podemos insertar la noción y características del espacio público en la definición de medioambiente que entrega la LBMA, puesto que en él encontramos elementos naturales y artificiales de la naturaleza, y relaciones socioculturales de los habitantes, las cuales están

en un constante proceso de cambio por la actividad de las personas y son determinantes en su existencia.

En la actualidad, han surgido nuevos existen nuevos puntos de encuentro de los habitantes, caracterizados por la globalización económica y el consumismo – como los centros comerciales o las grandes autopistas –, los cuales han ejercido una influencia importante en la producción de las ciudades y las relaciones sociales de sus habitantes. No obstante lo anterior, esta influencia en la producción de la ciudad nunca se previó en su desarrollo, ya que su principal vocación no es territorial, sino más bien de circulación y consumo[55]. En estos espacios se concentran un gran número de personas, por lo que en ellos se concentra la mayor inversión de fondos, mejor conectividad, regulación de sus espacios, etcétera.

El problema de constitucionalidad del artículo 28 ter LGUC en relación con el mandato de protección del medioambiente se podrá suscitar toda vez que, la regulación de las características y el diseño del espacio público responda a estos nuevos espacios de encuentro de la ciudad, en desmedro de otras zonas que no cumplan un rol económico-productivo dentro de la ciudad, como lo sería, por ejemplo, la construcción de viviendas habitacionales en la periferia de la ciudad. En este sentido, el mandato de protección del medioambiente se encontrará trasgredido si, en los planes de detalle no se asegura una adecuada regulación del espacio público y se permite la construcción desmesurada sobre el espacio, en menoscabo la creación de una identidad común, relaciones simbólicas y espacio de encuentro cívico de los habitantes, es decir, mermando la calidad de vida de sus habitantes.

Frente a lo anterior cabe preguntarse ¿cómo podemos velar por una regulación del diseño y las características del medioambiente acorde al mandato constitucional de protección de medioambiente? La respuesta la encontramos en el inciso segundo de la disposición en análisis, en la cual se señala que, dentro del procedimiento de elaboración y aprobación de los planes de detalle, se deberá integrar una memoria breve. En este sentido, las siguientes preguntas que debemos realizarnos cuáles son sus elementos de la memoria y en qué medida cumple con el mandato constitucional de protección al medioambiente.

Respecto al contenido de la memoria, este se encuentra regulado en el artículo 2.1.10 OGUC, disposición en la que se señala que la memoria debe contener un diagnóstico del área afecta a planificación y, específicamente en la letra d), un estudio de riesgos y de protección ambiental, con

[55] AUGÉ, 2003, p. 101.

sus respectivas áreas de restricción y condiciones para ser utilizadas[56]. En este sentido, en el reglamento de desarrollo de la LGUC se prevé un mecanismo adecuado para asegurar que la regulación del diseño y características de los espacios públicos se realice acorde al mandato de protección del medioambiente y el desarrollo sustentable. Así, será la Administración la encargada de velar por el cumplimiento diligente de este estudio y cumplir con un estándar adecuado de análisis y justificación.

Los problemas sobre la memoria se pueden presentar en la expresión utilizada para caracterizarla, esto es que sea **breve.** Esto nos podría llevar a pensar que, la memoria referida al plan de detalles, será sometida a una menor rigurosidad, menor diligencia en su estudio e impactos o una aproximación en términos generales. No obstante, a nuestro parecer esta forma de comprender la expresión no va en el camino correcto, ya que hace alusión a la extensión que tiene el plan de detalle se realiza en comparación al plan regulador comunal. En este sentido, al hacer referencia a la memoria que se debe presentar en virtud de este último, se indica la realización de la memoria sin este calificativo, ya que atendiendo al espacio físico que regula, resulta de toda lógica afirmar que la memoria será más extensa. En cambio, en el caso de la memoria para el plan de detalle, será menos extensa ya que la cantidad de elementos y el espacio sometido al instrumento de planificación territorial es menor.

II.4.b) Artículo 176 LGUC

Esta disposición, en términos generales, regula la elaboración del plan comunal de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público, el cual contendrá un listado de las obras proyectos y medidas incluidos en los instrumentos de planificación territorial, cuyo fin será mejorar la calidad de los espacios públicos, la cohesión social y la sustentabilidad urbana[57]. A partir de esta disposición, uno de los elementos que llama nuestra atención es el concepto de sustentabilidad urbana, ya que, como habíamos mencionado anteriormente, es uno de los principios claves que en materia medioambiental. En este sentido, desde una primera lectura, podemos afirmar que el legislador tenía en vista la sustentabilidad urbana para consagrar los planes comunales de inversión, por lo que estos se orientarán hacia el cumplimiento de este principio.

[56] Artículo 2.1.10, Decreto 47, 1992.
[57] Artículo 176, DFL 458, 1976.

Ahora bien, sin quedarnos solo en este análisis, cabe preguntarnos en qué medida su contenido puede llegar a relacionarse con el derecho medioambiental y, en términos más específicos, con el mandato constitucional de protección al medioambiente del artículo 19 N°8 CPR. Una primera cuestión que diferencia a los instrumentos de planificación territorial de los planes de inversión, es su sometimiento al sistema de evaluación ambiental que prevé nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior podría afectar el deber de protección del medioambiente que debe cumplir el Estado, ya que no existiría un mecanismo que estudie su impacto en el espacio público.

La LBMA establece tres mecanismos para llevar a cabo el análisis de los proyectos: la DIA, el EIA y la EAE. Entre ellos existen diferencias en sus requisitos, procedimiento de aprobación, órganos que realizan la evaluación y sus alcances medioambientales. Dentro de estos mecanismos, la EAE es aquella establecida para los instrumentos de planificación territorial enumerados en la LBMA, con carácter obligatorio[58]. Las particularidades en la regulación de la EAE es que, a diferencia del EIA, tiene aplicación en la etapa de formación del proyecto, lo cual amplía la búsqueda de alternativas más acordes a las exigencias medioambientes y de sustentabilidad. Asimismo, subsana la paralización que sufrían los instrumentos de planificación territorial en el antiguo sistema de evaluación, disminuyendo la duración en la confección de estos[59]. Sobre los aspectos de detalle de su procedimiento, se establece un reglamento, el RAAE, el cual se encarga de pormenorizar los plazos, aspectos básicos que debe comprender la etapa de diseño del plan, los contenidos mínimos para la elaboración de informes ambientales, forma de participación y publicidad[60].

Dentro de la enumeración de los instrumentos de planificación territorial del artículo 7 bis LBGMA no se encuentran los planes de inversión, por lo que esto podría suscitar problemas de constitucionalidad, ya que su creación en ningún caso estará mediada por la evaluación de las consecuencias ambientales de estos. Para superar este cuestionamiento de inconstitucionalidad, en primer lugar, debemos indicar que la CGR se ha manifestado sobre esta cuestión, indicando que deberán someterse a EAE los planes reguladores, sus modificaciones, instrumentos de reemplazos y aquellos que los detallen[61]. Los planos de detalle, atendiendo a su definición y elementos, entrarían bajo la noción de instrumento que detalla un plan regulador, por lo que, a pesar que la Ley no indique

[58] Artículo 7 bis inciso 1° y 2°, Ley 19.300, 1994.

[59] TORO, 2017, p. 58.

[60] Artículo 7 ter, Ley 19.300, 1994.

[61] CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 01. 07. 2011, N°041275N11.

expresamente su sometimiento a la EAE, la jurisprudencia administrativa a entendido que estos deben ingresar al sistema de evaluación ambiental.

En segundo lugar, como ya lo habíamos adelantado, al atender al tenor literal de la norma, los planes de inversión pretenden mejorar la sustentabilidad urbana, por lo que en su creación se tendrá presente la protección del medioambiente. La incorporación de este concepto es de suma importancia, ya que es uno de los pilares de la regulación del medioambiente en nuestro ordenamiento jurídico y en los instrumentos internacionales que ya hemos mencionado. Por lo tanto, se cumple con el compromiso de Hábitat III, respecto a la aplicación efectiva en los instrumentos de planificación territorial, conciliando las necesidades a corto plazo con los resultados deseados, como lo es una calidad de vida elevado y tutela del medioambiente[62]. Los problemas que se suscitan respecto al creación de los planes de inversión, en atención al principio de desarrollo sostenible, pueden deberse a la falta de directrices que guíen la concreción de este principio. Para subsanar este déficit en la regulación, los ministerios involucrados en la elaboración de la EAE han dictado guías de orientación, en las cuales se contienen una serie de criterios en este sentido[63].

En tercer lugar, la protección al medioambiente por medio de estos planes de inversión puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales de nuestra CPR y, especialmente, con aquellos derechos de contenido económico, como son la propiedad privada. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico prevé ciertas maneras de evitar este enfrentamiento de derechos, como las reservas legales para limitarlos, en ciertas ocasiones estos no resultan suficientes. En atención al problema anterior, y siguiendo la postura del profesor Bordalí, consideramos que el aspecto medioambiental debe prevalecer por sobre los derechos particulares atendiendo a su carácter público y colectivo[64]. Sobre el medioambiente se desarrolla toda la comunidad humana, por lo que es un soporte para todos los demás derechos.

---

[62] HÁBITAT III, Nueva Agenda Urbana, 2016, párrafo 93.

[63] TORO, 2017, p. 79.

[64] BORDALÍ, 1998, p. 46

II.5 Derecho comparado

En los apartados anteriores, concluimos que los artículos en análisis son constitucionales, no obstante ello, al analizar la Ley N°20.958 pareciera ser que no es suficiente si se trata de proteger el medioambiente por medio de disposiciones de derecho urbanístico. Frente a las causas de la expansión urbana, cabe preguntarse si por medio de la planificación urbana eficiente se lograría dar una respuesta satisfactoria a este mandato de protección al medioambiente. En este sentido, los planos de detalles se encuentran subordinados a los planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales, instrumentos que establecen la zonificación del territorio, por lo que los problemas de eficiencia de estos se traspasan a los instrumentos de planificación contenidos en las normas sometidas a análisis.

En este contexto, las mejoras que pueden considerarse en la LGUC deben establecerse respecto de estos instrumentos que irradian a los de mejor jerarquía. Un sistema de planificación eficiente en la protección del medioambiente debe tomar en cuenta el modelo de desarrollo económico chileno, el cual tiende a favorecer la rentabilidad privada en el uso del suelo, cuestión que lleva muchas veces a que sean transgredidos o modificados los instrumentos de planificación territorial en directo beneficio de privados y no del interés común. Para hacer frente a esta situación y encaminar la planificación territorial hacia la eficiencia y sustentabilidad, recurrimos al derecho español como un ejemplo claro de que es posible establecer equilibrar los aspectos medioambientales y económicos sobre el suelo.

Antes de entrar a la regulación del suelo y de la planificación urbanística en España, es necesario precisar que la estructuración del Estado y la división de este en comunidades autónomas permite que estas últimas concentren una serie de facultades exclusivas, entre las cuales se encuentra la clasificación del suelo y las actividades que en él se pueden desarrollar. En atención a lo anterior, nos enfocaremos en la LUC, la cual distingue entre suelo urbano consolidado y suelo urbano no consolidado o suelo urbanizable[65]. El suelo urbano consolidado se identifica con la denominación de suelo urbano que se realiza en nuestro país, es decir, aquel que se encuentra delimitado por el instrumento de ordenación territorial respectivo, que reúna las condiciones para edificar y para brindar los servicios básicos que requiere la población (servicio de alcantarillado, energía eléctrica, agua potable, etc.). Respecto al suelo urbano no consolidado, este se identifica con los terrenos que,

[65] Artículo 26 y 31.2, Texto Refundido Ley de Urbanismo de Cataluña 3/2012, 2012.

en atención al desarrollo urbanístico sostenible, el instrumento regulador municipal los considera necesarios para el asegurar el crecimiento de la ciudad y de sus actividades[66]. En este sentido, «será cuantitativamente proporcional a las previsiones de crecimiento de cada municipio y debe permitir, como parte del sistema urbano en que se integra, el despliegue de los programas de suelo y vivienda»[67].

La categoría de suelo urbano no consolidado, permite anticipar de manera regulada la expansión de las ciudades, ya que se prevén desde los mismos instrumentos de planificación urbana las zonas del territorio que, eventualmente, podrían llegar a convertirse en suelo urbano. En este sentido, los estudios pertinentes al momento de crear el plan regular de las ciudades también deberán ponderar las alternativas disponibles y los terrenos que potencialmente pueden ser urbanos, y elegir aquella que mejor responda a la conectividad y las necesidades de estas nuevas zonas urbanas y, además, cumpla con ciertos estándares básicos para dar paso a la edificación de ellas.

[66] Artículo 33, Texto Refundido Ley de Urbanismo de Cataluña 3/2012.

[67] TRAYTER, 2016, p. 85.

III. Propiedad

Este apartado tiene por objetivo analizar los problemas constitucionales a partir de las limitaciones al derecho de propiedad en relación al artículo 28 ter LGUC recientemente incorporado por la LGUC. Para ello previamente expondremos el concepto de propiedad, sus características y elementos constituyentes, dando especial énfasis en la evolución del concepto clásico de propiedad, su contenido esencial y sus limitaciones en el derecho urbanístico. A continuación, daremos paso a la explicación de los posibles problemas específicos que se suscitan entre la regulación de los planos de detalle del art. 28 ter LGUC, y el derecho de propiedad del art. 19 N°24 CPR y el contenido esencial de la propiedad del art. 19 N°26 CPR. Finalmente, se esbozarán una serie de argumentos que permiten superar tales cuestionamientos y afirmar la constitucionalidad de este artículo.

III.1 Evolución de la concepción clásica del derecho de propiedad

El derecho de propiedad no ha tenido un contenido universal e inmutable, en todas las épocas, sino que, por el contrario, ha sufrido importantes transformaciones. En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, es posible visibilizar esas variaciones al examinar el contenido del Código Civil y el posterior modelo que se consagra en nuestra Constitución. Si el modelo seguido en la codificación configuró un derecho de propiedad concebido como un derecho casi absoluto con utilidad exclusiva para su titular, en la actualidad nuestra carta fundamental reconoce y protege la propiedad en cuanto cumple una función social, permitiendo limitar su contenido. Por ello, como es sabido, ya en doctrina no se habla de una propiedad, sino de propiedades.

En efecto, las clásicas facultades del derecho de propiedad se han visto limitadas e incluso se ha llegado a la imposición de verdaderos deberes para el propietario cuando el derecho de propiedad tiene por objeto bienes inmuebles susceptibles de aprovechamiento urbanístico. Esta situación viene justificada por diversas razones, unas de índole meramente naturales como la escasez de superficie de suelo urbano y otras de orden primordialmente económico o social, relativas al aumento demográfico en distintos sectores del país. En este sentido, la regulación actual del derecho de propiedad sobre el suelo urbano se define sobre la base del modelo que adopta cada Estado por medio de diversos instrumentos normativos, los cuales contribuyen a configurar los nuevos contornos de este derecho y adaptarlo a un régimen urbanístico que permita armonizar los intereses colectivos y particulares.

Dentro de los nuevos instrumentos normativos que se han incorporado recientemente en

materia urbanística en Chile, nuestro interés se proyecta sobre la incorporación del artículo 28 ter LGUC, el cual fue incorporado recientemente por la Ley 20.958, que modificó el decreto 458 de Urbanismo y Construcción. Si bien es cierto, nuestro análisis se centrará en dicho artículo y su incidencia en el derecho a la propiedad, es necesario analizar ciertos aspectos de la propiedad y su relación con el derecho urbanístico, para sentar las bases teóricas y normativas sobre el contenido esencial de la propiedad, y sus posibles limitaciones.

III.1.a) La propiedad y el derecho urbanístico

En la actualidad, el régimen jurídico de la propiedad constituye uno de los elementos básicos del sistema social, político, económico y del derecho urbanístico, así como uno de los pilares centrales de los ordenamientos jurídicos, por lo que, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estado contestes en afirmar que la propiedad sería el derecho más relevante en esta materia[68]. La propiedad, establecida en el artículo 19 N°24 CPR, ha sido considerada por académicos como una de las garantías de mayor relevancia en la construcción de un Estado de Derecho, ya que una sociedad que asegure el derecho de propiedad configura un Estado que respeta las garantías mínimas de una comunidad inserta en el desarrollo urbanístico gestionando una mayor organización social y resguardando el interés colectivo[69]. En este sentido, no es difícil encontrar en los ordenamientos jurídicos comparados mandatos imperativos que obliguen a los habitantes a respetar en forma irrestricta la propiedad sobre cosas y derechos, generando así tanto cargas y deberes, los cuales se imponen en diversos patrimonios, para garantizar un bien social. Un ejemplo claro de estas restricciones en materia urbanística, han sido ciertas imposibilidades de edificar hasta una determinada altura o ciertas obligaciones de construir en algunos supuestos, o destinaciones gratuitas de terrenos.

En efecto, al ser la propiedad inspirada por un planeamiento urbano, distinto y particular para cada zona geográfica, ha provocado la afectación del derecho de propiedad de manera desigual, afectando no solo a la propiedad, sino a otras garantías fundamentales, las cuales no pasaremos a exponer en este acápite, puesto que son de lato estudio. Sin embargo, cabe señalar que la colisión entre las potestades urbanísticas del Estado y el derecho de propiedad reconocido no solo afecta a esta única garantía fundamental, por lo que es normal la preocupación por parte del legislador en

[68] CORDERO, 2006 p. 125.

[69] LETELIER, 1998, p.1.

distintos ordenamientos jurídicos por armonizar estas obligaciones y derechos al momento de diseñar un determinado régimen urbanístico.

III.1.b) Régimen urbanístico y su relación con el concepto de propiedad

El régimen urbanístico, en los distintos países donde se ha instaurado, ha estado siempre condicionado por los alcances y sentidos que tiene el derecho a la propiedad, esto se ha debido principalmente a los problemas derivados entre los intereses de carácter privados y públicos. En ese sentido, la evolución de la garantía constitucional de la propiedad, consagrada en la CPR, se ha caracterizado por problemas relacionados con la ponderación entre los derechos comprendidos en la esfera individual del titular del derecho de goce y disposición con las limitaciones que el interés común le imponga. El problema radica en hacer valer los intereses colectivos o comunitarios, sin desconocer los del titular del derecho, y reducir la libertad del propietario[70]. En efecto, primar la concepción individual de la propiedad nace dentro de los esquemas y conceptos jurídicos del Estado liberal, a diferencia del interés colectivo que se formula bajo el modelo del Estado Social, que expresa la profunda transformación en la concepción del derecho de propiedad, imponiendo un nuevo fin legitimador de este derecho, que ha sido conocido como la función social.

Según se ha visto, el interés colectivo ha sido señalado por la doctrina como una limitante al derecho de propiedad que ha permitido concebir el derecho a la propiedad en materia urbanística como no absoluto, sino por el contrario, hoy se le reconoce como un derecho relativizado y en armonía con otros derechos o intereses. Esto ha ocasionado que, en la actualidad, el derecho de propiedad, pueda ser limitado considerando que en ciertas ocasiones impida el ejercicio de otros derechos[71]. Un ejemplo de esta limitación del derecho a la propiedad ha sido la ya mencionada función social, que ha permitido, en ordenamientos jurídicos comparados sostener la existencia de una pluralidad de estatutos dominicales frente a la concepción unitaria liberal de la propiedad[72].

La función social de la propiedad se encuentra actualmente regulada en el artículo 19 N°24 CPR, dicha disposición establece que se concibe el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales y que solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven

[70] PAREJO, 2001, p. 76.

[71] BORDALÍ, 1998, P.1.

[72] CORDERO, 2006, p.127.

de su función social. Al respecto, parte de la doctrina nacional ha sostenido que la CPR no establece una sola propiedad, ya que si se examina con detenimiento nuestra carta fundamental garantiza la propiedad en sus diversas especies, por lo cual el concepto del Código Civil es uno más de entre todos los tipos de propiedad garantizados por la CPR, no constituyendo un modelo único como se creía en la concepción clásica[73]. Por lo tanto, nuestro legislador está facultado para establecer distintas especies de propiedad, al disponer que le corresponde imponer las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

En efecto, el propio artículo 582 del Código Civil, reconoce que la propiedad no es un derecho absoluto, pues no se puede gozar ni disponer de la propiedad contra la ley o contra derecho ajeno. Esta referencia a la ley o el derecho ajeno para fijar los distintos márgenes o límites a los cuales se encuentra sujeto la propiedad lleva necesariamente a la concepción de diversos estatutos propietarios. La concepción de estatutos propietarios deriva en una pluralidad de propiedades, cuestión que queda demostrada en nuestra normativa en la propiedad sobre el suelo, puesto que nuestro legislador ha distinguido entre distintas clases de suelos, diferenciando entre rural y urbano que han afectado al derecho a construir.

III.1.c) Estatutos sobre la propiedad del suelo y afectación al *ius aedificandi*

Esta distinción, entre los estatutos de suelo ha incidido en las limitaciones de la propiedad, específicamente en el «ius aedificandi»[74], que comprende las facultades de urbanizar, es decir, transformar físicamente un terreno, dotándole de determinados servicios y edificar construcciones de cualquier tipo. Esto porque, como lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, uno de los rasgos distintivos de la legalidad urbanística es que el objeto de su regulación se encuentra en permanente proceso de cambio, que se refleja en un amplio *ius variandi*, alterando el régimen jurídico de la propiedad de suelo, de zonas rurales a urbanas y de zonas donde era posible edificar a zonas de conservación histórica[75].

Por esta razón, es que el propietario de un terreno nunca tiene la total disposición para poder construir lo que él desee en el suelo, sino que se somete a ciertos límites dependiendo de la ubicación

[73] CORDERO, 2006 p. 130.

[74] ANGOSTO, 1998, p.7

[75] Tribunal Constitucional 04.10.2013. rol 2643-14.

geográfica del suelo, y a los cambios que experimente el plano regulador y la planificación urbana[76]. En este sentido, la estatificación del suelo incide directamente en las limitaciones al derecho a la propiedad, ya que en el área rural las limitaciones son de una mayor intensidad, por lo tanto, se concibe que el derecho de propiedad en sector urbano estará sometido a distintas limitaciones que en el sector rural. En efecto, el propio artículo 55 de la LGUC, sostiene que fuera de los límites urbanos establecidos en los planes reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones.

La configuración de estos estatutos ha planteado una cuestión relevante, desde el punto de vista constitucional, que es la facultad de alterar el régimen jurídico de la propiedad del suelo y determinar la posición en que quedan los propietarios que han patrimonializado el uso y la edificabilidad atribuido por los instrumentos de planificación que posteriormente se modifican[77]. Esto es relevante puesto que afecta el derecho de propiedad sobre los derechos adquiridos por los propietarios una vez que ya es aprobado el plan regulador urbano y posteriormente es modificado, ya que según la doctrina de la «propietarización de los derechos», se tiene también propiedad sobre las cosas incorporales, dentro de las cuales caben los derechos.

En este sentido, para solucionar este problema, parte de la doctrina ha sostenido que la normativa en materia urbanística, específicamente la LGUC, configura un plano objetivo del régimen jurídico del suelo y, en este sentido, debe asegurar que el derecho objetivo de propiedad responda como mínimo al contenido esencial que se reconoce al derecho de propiedad, de forma tal que no se deje carente de todo contenido esencial[78]. Por lo tanto, tratándose del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, el contenido esencial está estrechamente unido a la facultad de construir. Por tal razón, la cuestión central a este respecto es establecer si el *ius aedificandi* constituye uno de los elementos que integran dicho contenido esencial. Dicho, en otros términos, si el *ius aedificandi*

preexiste al plan o, por el contrario, son los instrumentos de planificación territorial los que lo atribuyen y le dan existencia, de modo que el aprovechamiento urbanístico nace en el tiempo, modo

[76] CABRERA, p.6.

[77] CORDERO, 2009, p. 130.

[78] CORDERO, 2006, p 102.

o cuantía que el planeamiento y la legislación urbanística determinen, pudiendo incluso no corresponder nunca al propietario[79].

El Tribunal Constitucional ha sostenido que la «edificabilidad» de los inmuebles, es un contenido que no es ínsito del derecho de propiedad, no es de su esencia, sino accidental[80]. Por lo tanto, creemos que es legítima las limitantes impuestas por la ley en beneficio del interés colectivo, ya que el *ius aedificandi* no es considerado un contenido esencial de la propiedad. Al respecto, cabe señalar que el contenido esencial de los derechos se encuentra regulado en el artículo 19 N°26 de la Constitución, el cual establece que la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

III.1.d) La limitación del derecho de propiedad por ley y su contenido esencial

En relación a lo antes expuesto, es necesario establecer una distinción entre el concepto genérico de limitación a la propiedad y su privación total sobre la base del contenido esencial. Por una parte, juristas como Enrique Rajevic han señalado que las limitaciones al dominio son aquellos deberes que no son indemnizables y que impone la ley a los propietarios en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad, derivados de la función social y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales[81]. Por otro lado, nuestro excelentísimo Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol 245[82] se pronunció sobre la diferencia entre la privación y las limitaciones al dominio en relación al contenido esencial de la propiedad a propósito de la obligación de los propietarios colindantes a zonas de playas de otorgar gratuitamente una vía de acceso a estas, constituye una limitación al dominio de dichos propietarios y no una privación total de este.

En dicha sentencia, el Excelentísimo Tribunal sostuvo que es fundamental distinguir entre la privación y las limitaciones al dominio, pues el sustento de la privación es el interés nacional y la

[79] CORDERO, 2006, p 103

[80] Tribunal Constitucional 29.03.2014, rol Nº 2299/12.

[81] RAJEVIC, 1996, p 94.

[82] Tribunal Constitucional 02.12.1996, rol 245-2010.

utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. En este caso el Tribunal entendió que las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales. En este caso el excelentísimo tribunal consideró que la Constitución delimita y fija los límites de los derechos y posibilita la regulación de ellos a través de la ley, sin que el legislador pueda afectar su contenido esencial, como lo establece el artículo 19 N°26 CPR. Así se establecen dos garantías normativas, la reserva de ley y el respeto al contenido esencial de los derechos[83].

En este mismo sentido, parte de la doctrina sostiene que constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose»[84]. Con respecto a eso, la doctrina ha sostenido que el contenido esencial de derecho de propiedad se compone por aquellos atributos y facultades que lo hacen único e inconfundible, como el *ius fruendi*, *ius utendi* y *ius abutendi*. En cambio, la facultad de administrarla se comprende en el uso y goce[85].

III.2 Relación con el derecho de propiedad

Tomando en consideración lo antes expuesto, en este apartado se analizará específicamente el artículo 28 ter de la LGUC, a la luz de lo que ha señalado la doctrina y jurisprudencia con respecto al concepto de propiedad, su contenido esencial y sus limitaciones. Dicho artículo establece que, a través de planos de detalle subordinados a los planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales, podrán fijarse con exactitud el diseño y características de los espacios públicos, los límites de las distintas zonas o áreas del plan y, en el caso de los planes reguladores comunales y seccionales, el agrupamiento de edificios y las características arquitectónicas de los proyectos a realizarse en sectores vinculados con monumentos nacionales, en inmuebles o zonas de conservación histórica o en sectores en que el plan regulador exija la adopción de una determinada morfología o un particular estilo arquitectónico de fachadas.

Al analizar este artículo surgen tres cuestiones capitales con respecto a su relación con la afectación del derecho de propiedad. La primera de ellas es establecer la constitucionalidad de las

[83] NOGUEIRA, 2005, p. 5.

[84] MOHOR A. SALVADOR Y VARAS A. PAULINO, 1997, p. 159.

[85] RAJEVIC,2001, p.96.

limitaciones realizadas a través de reglamentos y planos comunales a la propiedad. La segunda es establecer si la imposición de ciertos diseños a los inmuebles a edificar afecta el contenido esencial de la propiedad y, la tercera es analizar si el agrupamiento de edificios afecta o no las limitaciones del derecho de propiedad

III.2.a) El artículo 28 ter de la LGUC y su limitación legal

Como primer punto a analizar es lo establecido en dicho artículo en su inciso primero, el cual que sostiene que, a través de planos de detalle subordinados a los planes reguladores comunales, seccionales o intercomunales, podrán fijarse con exactitud el diseño, y que los planos de detalle deberán contener disposiciones reglamentarias. En este sentido, cabe señalar que el problema radica, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, en que uno de los rasgos distintivos de la legalidad urbanística es la función que en ella cumple el plan regulador comunal, una norma de carácter infralegal y comunal que, entre otras cosas, configura el contenido concreto del derecho de propiedad en dimensiones de especial relevancia patrimonial o económica, como el derecho a edificar y el derecho a hacer uso del predio propio» (Tribunal Constitucional, 2013).

En ese sentido, el problema dice relación con la constitucionalidad de las remisiones que hace la LGUC a la OGUC y a los instrumentos de planificación territorial. Esto se debe a que la doctrina ha establecido que, el principio constitucional general y básico en la regulación de los derechos fundamentales es la reserva legal, por lo que, toca al legislador y, solo a él, disponer normas al respecto[86]. En palabras de este mismo tribunal, las limitaciones al dominio serán impuestas por ley y derivan de la función social que debe cumplir esta, por lo que las normas administrativas o de naturaleza similar no tienen cabida en su regulación[87]. No obstante precisa que, la potestad reglamentaria, puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercanas a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular[88].

En atención a lo anterior, no se vulneraría la reserva legal de los números 24 y 26 del artículo 19 CPR por cuanto la potestad reglamentaria constituye en la especie una forma de ejercicio de la

[86] NOGUEIRA, 2005, p.16.

[87] Tribunal Constitucional, 21.04.1992, rol 146-1993.

[88] Tribunal Constitucional 04.10.2003, rol Nº 370-2003.

reserva de ley, toda vez que la propia ley entrega las pautas a considerar. Los detalles son entregados a la regulación por vía reglamento, ya que en ningún caso estos crean nuevos estatutos jurídicos, sino que más bien los precisan y desarrollan. Siguiendo esta línea, este Tribunal ha sostenido que «la potestad reglamentaria, en su especie o modalidad de ejecución de los preceptos legales, y que es la única que resulta procedente invocar en relación con las limitaciones y obligaciones intrínsecas a la función social del dominio» (Tribunal Constitucional, 1990).

III.2.b) Relación con la limitación a la propiedad y con los derechos adquiridos

Tal como se mencionó anteriormente, desde el punto de vista constitucional, se ha planteado la pregunta respecto a la posición en la que quedan los propietarios que ya han construido y edificado de acuerdo a los instrumentos de planificación vigentes, una vez que, posteriormente, estos se modifican por vía reforma parcial o cambio completo del instrumento de planificación. Esta pregunta cobra relevancia ya que, pone de relieve la influencia de los planes reguladores en la forma en que disponen los propietarios de sus terrenos. Es común que exista una ordenación del suelo preexistente a través de otro instrumento de planificación territorial, conforme al cual los propietarios han adquirido diversas facultades urbanísticas que se han incorporado a su patrimonio, ya sea mediante un permiso de edificación o un anteproyecto. En este caso, estas normas han permitido durante su vigencia la adquisición de derechos patrimoniales, en la medida que se han adquirido las facultades urbanísticas que el propio ordenamiento previo establecía.

Ahora bien, cabe preguntarse cómo es posible garantizar estos derechos que se han incorporado al patrimonio de sus titulares, amparados por la Constitución. Al respecto, nuestra legislación urbanística ha establecido una serie de mecanismos que reconocen los derechos adquiridos bajo un instrumento de planificación anterior, que son, en primer lugar, la figura del congelamiento, ya que en este caso se mantienen los permisos ya otorgados para que se edifique conforme al anterior plan regulador, en este sentido esta figura tiene por objeto evitar el perjuicio de los propietarios de suelo destinado a un uso preexistente pero incompatible con el nuevo plan. En segundo lugar, la ejecución del planteamiento para los titulares de terrenos congelados es voluntaria, por lo que, los propietarios cuyos terrenos hayan sido edificados conforme a las normas de un plan anterior y que ya no se encuentra vigente, no están obligados a someterse a las normas del nuevo plan, salvo que decidan hacerlo de forma voluntaria. En tercer lugar, toda determinación de la autoridad que tenga por objeto la ejecución forzada del planteamiento y que implique una privación de los derechos adquiridos, da lugar a una indemnización y se materializa a través de la expropiación.

En consideración a las opciones descritas en el párrafo anterior, nuestra legislación urbanística resguarda la integridad patrimonial de los propietarios del suelo, asegura la libre iniciativa que tienen ellos para determinar el régimen jurídico al cual se van a someter y se asegura la primacía del bien común y el interés general, reconociendo y amparando los derechos que la propia Constitución. En este sentido, las limitaciones que se realizan al derecho de propiedad, en cualquier caso, prevén respuestas en situaciones en las que, de manera evidente, puede estarse viendo afectados los privados que han actuado en atención a la legislación vigente.

III.2.c) Análisis artículo 28 ter y diseño de inmuebles

El tercer problema es establecer si la imposición de ciertos diseños a los inmuebles a edificar afecta el contenido esencial de la propiedad, puesto que el artículo a analizar señala el tamaño de fachadas en que se deben edificar. Al respecto cabe señalar que, el profesor José Luis Cea profundiza en la protección constitucional del dominio y señala al respecto que, si no media una expropiación, el titular del derecho de dominio jamás puede ser privado de él, como tampoco del bien corporal o incorporal sobre que recae el derecho, ni de los atributos de perpetuidad, exclusividad, razonable arbitrio, o de las facultades de usar, administrar, gozar y disponer del mismo[89]. Sin embargo, cabe recalcar la sentencia que antes mencionamos en que el Tribunal Constitucional sostiene que la «edificabilidad» de los inmuebles, es un contenido que no es ínsito del derecho de propiedad, no es de su esencia, sino accidental, por lo cual su limitación no significa una privación del derecho de propiedad[90]

.

En ese sentido, la jurista Sonia Rabello ha sostenido que, es común pensar que la facultad de construir y por ende modificar las construcciones, integraría el derecho de propiedad, sin embargo, ella sostiene que esta idea es comprensible como consecuencia de un hecho, no jurídico, sino económico, para lo cual el derecho no ha tomado, en general, las medidas necesarias para ajustarlo al sistema jurídico. Al respecto señala que el derecho de construir no es íntegramente necesario del derecho de propiedad, pero puede ser una forma de ejercicio del elemento uso de la propiedad

[89] CEA, 1988, p. 194.

[90] Tribunal Constitucional 29.03.2014, rol Nº 2299/12.

urbana, que es el elemento más importante de esta tipología de propiedad[91]. Por esto, el derecho a construir no es un elemento que surja directamente del derecho a la propiedad, pero sí puede ser una consecuencia indirecta del elemento «uso» en el caso de las propiedades urbanas.

Considerando lo anterior, debe entenderse que al limitarse un elemento que no es de la esencia de la propiedad la limitación es legítima, por tanto, al establecer el art 28 LGUC que debe adecuarse las fachadas, o adecuarse la construcción a la morfología y arquitectura del lugar no se está privando a la propiedad en sus contenidos esenciales, sino que por el contrario se limita el derecho de propiedad en beneficio de una función social. En este sentido, el derecho chileno en comparación con otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el colombiano, también regula las limitaciones a la propiedad en base a la función social, siendo las limitaciones al *ius aedificandi* en el diseño de inmueble un ejemplo de ello.

Si bien es cierto que el camino a la consolidación del derecho urbanístico en Colombia ha sido reciente, con la Ley 388 de 1997 se cerró un capítulo importante en la historia inmobiliaria de dicho país, pues con ella se logró finalmente construir una estructura jurídica sólida para lograr el desarrollo físico ordenado de los municipios y distritos[92]. Dicha normativa en su artículo 1 inc. 3 sostiene que la ley tiene como objetivos garantizar que la utilización del suelo por parte de sus propietarios se ajuste a la función social de la propiedad y permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios, y velar por la creación y la defensa del espacio público, así como por la protección del medio ambiente y la prevención de desastres.

El tratamiento legal dado en Colombia al derecho urbanístico se centra principalmente en la Ley N°388 de 1997, la cual en su artículo 3 dispone que el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, la cual está relacionada con el cumplimiento de una serie de fines que enumera. Estos objetivos que se propone seguir guardan relación con una adecuación de los espacios públicos a las necesidades de las personas, atender a los procesos de cambios de usos del suelo y adecuarlos al interés común. Así, mediante la acción urbanística se regula el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo de acuerdo a la función social[93]. En ese sentido, y con respecto a la función social, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia del 9 de noviembre de 1989,

---

91 RABELLO, 2015, p.10.

92 ARBOUIN GÓMEZ, 2012 p.40.

93 PINEDA CASTRO, 2009, p. 18

se pronunció sosteniendo que al propietario de un inmueble urbano se le pueden imponer legítimamente obligaciones relacionadas con el cumplimiento de la función social[94].

III.2.d) La relación del límite del derecho de propiedad y la agrupación de edificios

Otro problema constitucional en relación a los límites del derecho de propiedad es la regulación del agrupamiento de edificios mencionado en el art. 28 ter LGUC. Esta disposición se relaciona con el artículo 2.6.1 OGUC, la cual establece que el agrupamiento de edificios se determinara en los Planes Reguladores Comunales o Planes Seccionales, el cual va a definir las alternativas de emplazamiento de éstos dentro de un predio. En el artículo de la OGUC se distinguen tres tipos de agrupamiento de edificios: aislada, pareada y continua. Respecto de cada uno de estos tipos de agrupamiento de edificios, se identifican sus características y requisitos de su concreción en el espacio, configurando un complejo sistema de exigencias para los propietarios. Sumado a eso, dicho artículo señala que, en las zonas típicas, sectores aledaños a Monumentos Nacionales y en las zonas de conservación histórica, los Planos Seccionales podrán establecer condiciones urbanísticas especiales en cuanto al agrupamiento de los edificios y su relación con el suelo.

De la descripción general de esta normativa, se desprende que efectivamente existe un límite al derecho de propiedad en beneficio del bien común, puesto que, en consideración a los efectos negativos que puede tener la construcción sin control de edificios, se establecen una serie de limitantes. De esta forma, se respetar el interés común de los vecinos estableciendo distintas limitantes, entre las que podemos señalar, por ejemplo, la altura de los edificios. En general, el artículo 2.6.1 de la OGUC establece una limitante con respecto al *ius aedificandi*, estableciendo los deslindes y los límites de altura en los cuales el propietario tiene autorización para edificar, pero tal limitación no supone una transgresión al derecho de propiedad toda vez que la OGUC viene a desarrollar los criterios y los conceptos utilizados en la LGUC, como ocurre en este caso. Asimismo, se fundamenta en la función social del dominio pues el objetivo de la Planificación Urbana es resguardar la calidad de vida de las personas, cautelando el interés público y, muchas veces, la conservación del patrimonio ambiental y, en consecuencia, son aptos para limitar el dominio, siempre que respeten la esencia de la propiedad[95].

---

[94] Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, sentencia del 9 de noviembre de 1989, magistrado ponente Fabio Morón Díaz, Expediente 1918.

[95] RAJEVIC, 1998, p. 112.

IV. Problemas de competencia

IV.1. Relación ley-reglamento

Antes de referirnos a la constitucionalidad de las disposiciones en análisis, una alusión obligada es la relación entre ley y reglamento. Para ello en este primer punto trazaremos las líneas generales de la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno a este punto. La importancia de desentrañar este punto, es que las dos disposiciones en análisis establecen facultades para que la administración desarrolle la regulación de materias técnicas pertenecientes al urbanismo. Dado que la implementación de esta nueva normativa le compete a la Administración del Estado, es que resulta mandatorio responder hasta dónde puede regular la Administración, por medio de su potestad reglamentario, en materias tan complejas como la planificación del territorio.

Para responder a dicha interrogante, debemos referirnos obligatoriamente a la reserva de ley, la cual comprende dos sentidos[96], el primero dice relación con la extensión, mientras que el segundo con la intensidad. La pregunta por cuál es la extensión de la reserva de ley puede asimilarse a la interrogante acerca de cuáles materias pertenecen al dominio legal y cuáles no. Es decir, se vincula con el ámbito de operación de la ley. En tanto la intensidad se refiere a si el legislador debe regular todas las áreas de una determinada materia de ley, o puede entregar algunos puntos de desarrollo a la potestad reglamentaria. A partir de dicha afirmación, convenimos en que el tema que nos ocupa en este caso se refiere a la intensidad de la reserva legal. La razón de esto, es que se le concedió la facultad de complementar materias específicas a un ente administrativo, siendo esta función competencia del legislador.

En el ámbito de la intensidad de la reserva legal, se han enfrentado dos teorías: la reserva legal absoluta y relativa[97]. La primera tesis sostiene que la Constitución, al entregarle materias al legislador, lo hizo de manera íntegra. Esto quiere decir que la potestad reglamentaria está limitada al máximo, ya que si bien puede intervenir, solo puede hacerlo respecto de materias mínimas que no signifiquen cambio sustantivo alguno. En la práctica ello se limita a cuestiones procesales. Por su parte, le tesis de la reserva relativa sostiene que la Constitución solo le entregó al legislador la regulación de los

[96] CEA, 1984, pp. 420-431

[97] CEA, 1984, pp 420-431; CEA,1992, pp 416-420; GUILOFF,2012, pp 129-141; CORDERO, 2009, pp 410-416.

aspectos esenciales de las materias de ley, dejándole a la potestad reglamentaria la labor de complementar la regulación legal, siempre y cuando no la contradiga.

En atención a lo expuesto, es menester destacar que nosotros al igual que la mayoría de la doctrina[98], sostendremos la tesis de la reserva legal relativa. Dicha tesis afirma que la Constitución solo le entregó al legislador la regulación de los aspectos esenciales de las materias de ley, dejándole a la potestad reglamentaria la labor de complementar la regulación legal. Esta opción, tiene sustento en que la Constitución de 1980, forjó un cambio sustantivo en la regulación de la relación ley-reglamento. En este sentido, no es esperable que la ley sea exhaustiva, de detalle o que regule cada una de las cuestiones que contempla, pues su función es encargarse de los espacios básicos o fundamentales de la situación que va a regular, de modo que queda en manos de la potestad reglamentaria subordinada las cuestiones de detalle que implican la ejecución cotidiana de la ley[99].

Así las cosas, convenimos que la ley se ocupa de definir lo general y abstracto, mientras que la función de la potestad reglamentaria es la aplicación concreta y pormenorizada de dicha norma, para que su aplicación pase de lo idílico a lo terrenal. Siguiendo en esta línea argumentativa, debemos destacar que «en nuestro ordenamiento constitucional la potestad reglamentaria tiene un alcance mucho más amplio que la mera ejecución de la ley; se extiende incluso, dada la misión que le cabe al Presidente de administrar el Estado, a casos no legislados, debiendo respetar siempre los principios y disposiciones constitucionales, así como la normativa legal expresa» (Silva, 1968, p. 157). No obstante, dicha libertad para regular que le fue entregada al ente administrativo, no debe ser entendida como una libertad absoluta, toda vez que para poder realizarlo, debe fundamentar su actuación, ya sea en el interés público que permea todo nuestro ordenamiento jurídico o sobre los derechos adquiridos, que en materia urbanística se relaciona estrechamente con el derecho de propiedad, lo que en la práctica es un terreno fértil de disputa.

En síntesis, debemos señalar que la relación entre la ley y la potestad reglamentaria no debe ser vista como contradictoria y sin puntos en común. Por el contrario, existen razones de peso para sostener que entre ambas existe una relación de colaboración y complementariedad. Aun más, estas razones se refuerzan al tener en cuenta las características de la materia a que se refieren las disposiciones en análisis, debido a que se trata de un área que requiere un alto nivel de especificidad.

---

[98] CEA, 1984, pp 420-431; CEA,1992, pp 416-420; GUILOFF,2012, pp 129-141; CORDERO, 2009, pp 410 -416.

99 CEA, 1992, p. 428.

Esta relación de colaboración se obtiene instruyendo a la ley la regulación general y abstracta, esto es, el marco aplicable respecto de una determinada materia, mientras que queda en manos del reglamento la labora de especificar dicho marco y pormenorizar los detalle. De este modo, se logra alcanzar regular aquellas cuestiones que por su nivel de especialización no podría regular la ley, so pena de perder su carácter general y abstracto. Respecto al derecho urbanístico, son estas mismas razones las que asisten para sostener que la relación de colaboración debe producirse del mismo modo. Es más como venimos diciendo, las razones se ven reforzadas por la tecnicidad del derecho urbanístico[100] y la complejidad y variedad del fenómeno urbano.

IV.2 Posibles problemas de constitucionalidad adjetivos

Delimitada nuestra postura en atención a la relación ley–reglamento, es necesario identificar porque dicha cuestión tiene incidencia con el examen del artículo 28 ter y 176 de la ley N°20.958. El problema que se presenta en este punto se centra en el límite de la potestad reglamentaria. Más en específico, la controversia se presenta en el artículo 28 ter ya que es a través de esta disposición que se otorgan facultades a la Administración que eventualmente podrían lesionar el derecho de propiedad. El peligro latente es que la facultad discrecional otorgada a la Administración para regular cuestiones relativas al diseño de los inmuebles por medio de planes detalles se ejerza de manera arbitraria. Ahora bien, ello no debería ocurrir si la ley define de un modo general y abstracto y en forma suficiente el marco en el cual debe moverse la administración.

El artículo 176 no genera ningún problema de constitucionalidad. Para disipar las posibles dudas, debemos remitirnos a la LOCM. El artículo 5 inciso penúltimo de esta ley, dispone que «cualquiera nueva función o tarea que se le asigne a los municipios deberá contemplar el financiamiento respectivo» (Artículo 5 inciso penúltimo, Ley Nº 18.695, 1988). El paso siguiente es conjugar esta norma con el artículo 176 de la Ley 20.958 que establece la obligación de los municipios de elaborar un plan comunal de inversiones en infraestructura de movilidad y espacio público. De ello podemos concluir que la Ley 20.958 incluyó esta disposición, dando cumplimiento a lo establecido en la Ley 18.695, dándole a las municipalidades el financiamiento necesario para realizar las nuevas funciones que se les asignan.

[100] CORDERO, 2015, pp. 327-334

Pues si bien no existe una descripción legal que señale que debe entenderse por plan de inversión, puede ser reconducido como aquel plan que tiene como función sintetizar todas las obras y medidas que compondrán el plan, de acuerdo con los requisitos de infraestructura de movilidad y espacio público contenido en los instrumentos de planificación territorial, además de contener un cálculo preliminar de los costos de implementación de la cartera de proyectos del plan. Así las cosas, esta nueva facultad encomendada a las municipalidades a través de la Ley 20.958, es una variante de la función establecida en la Ley 18.695 según la cual las municipalidades tendrán la facultad de elaborar, aprobar, modificar y ejecutar el presupuesto municipal para poder cumplir con sus funciones[101]. De este modo, concluimos que el artículo 176 no presenta problema ningún problema de constitucionalidad. En definitiva, esta norma solo establece una función accesoria a otras funciones que le otorgan la posibilidad de regular distintas cuestiones del fenómeno urbano, ámbito en el que como hemos señalado sí se presentan dudas respecto a la constitucionalidad.

Ahora lo que nos convoca es referirnos a la constitucionalidad del artículo 28 ter esto en cuanto, dicho artículo hace alusión a la potestad reglamentaria concretizada en los planos de detalle subordinados a los planos reguladores comunales, seccionales e intercomunales. Recordemos que en la elaboración tanto de los planos reguladores comunales como de los planos de detalles, concurren a su creación entes administrativos, a los cuales las leyes se les ha instruido la pormenorización de dicha materia. Debemos explicitar los límites a la facultad con que cuentan estos entes, ya que en virtud de la tesis de la reserva legal relativa dicha facultad no puede ser absoluta.

Para determinar la constitucionalidad de esta disposición debemos contrastarla con el artículo 63 de la Constitución que establece qué materias de ley y por tanto fija el límite entre las normas de rango legal y reglamentario. Una primera cuestión que se observa es que la materia regulada en el artículo 28 ter no se corresponde con ninguno de los primeros 19 numerales. Ahora bien el encabezado de esta disposición dispone: «[s]ólo son materias de ley», y su numeral 20 incluye a «[t]oda otra norma **general** y obligatoria que estatuya las **bases** esenciales de un ordenamiento jurídico» (Artículo 63, Constitución Política de la República, 1980; énfasis agregado). Así pues, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición en comento quedará definida por la respuesta a tres interrogantes.

La primera es si la LGUC puede o no ser considerada dentro del grupo de aquellos cuerpos de disposiciones denominados leyes de bases. Es sustancial responder a esta pregunta, porque este

[101] Artículo 5 letra b), Ley 18.695, 1988.

tipo de leyes admite que su ejecución sea complementada a través de la potestad reglamentaria. La segunda pregunta se refiere al porqué el urbanismo, o más en concreto las materia reguladas por el artículo 28 ter, es de aquellas materias en que la reserva legal debe ser interpretada de manera más flexible. Por último, ¿el artículo 28 ter agota las posibilidades de regulación general y abstracta que exige la tesis de la reserva legal relativa? La respuesta a estas interrogantes nos permitirá determinar la constitucionalidad de dichos artículos desde la perspectiva adjetiva.

Para responder a la primera pregunta referida a si la LGUC es o no una ley de bases, lo primero que debemos indicar es que las materias que se regulan a través de las leyes de bases no significan que sean menos importantes. Al contrario, su regulación es compleja. Sumado a esta característica, estas normas también son de mutación más o menos frecuente y requieren un desarrollo técnico de mayor precisión, lo cual no es posible desarrollar si dicha labor es llevada a cabo por el Congreso Nacional[102]. Es por lo mismo, que creemos necesario decantarnos por una tesis más bien relativa, esto en atención a las características que presentan las leyes de base, y en especial, a la necesidad de regulación de materias complejas como lo son la concentración poblacional, el incremento del parque vehicular, los sistemas de transportes, los procesos industriales, entre otros.

Para establecer que la LGUC es una ley de bases, debemos hacer necesaria mención a los elementos que consagra la propia ley en sus arts. 1 y 2[103], que hacen referencia a principios, atribuciones, potestades, facultades, que rigen a los organismos en las acciones ligadas a la planificación urbana, urbanismo y construcción. Asimismo, se señala a través de estos artículos que la normativa contemplada en esta ley regirá en todo el territorio, así como tendrá carácter general. En concordancia con lo anterior, convenimos que «las leyes de bases dentro del Derecho Administrativo se han presentado como preceptos que buscan consolidar, unificar e integrar un determinado microsistema, de modo tal que su contenido sea empleado de manera supletoria frente a la aplicación de una ley especial o una colección de leyes» (Gómez, 2016, p. 222). De esta forma concluimos, que la normativa contemplada en la LGUC cumple con la finalidad de toda ley de bases, esto es, detallar de manera general y abstracta el campo de aplicación, ofrecerse de forma supletoria frente a otra normativa especial al mismo tiempo que unifica materias que antes de la creación de esta ley se encontraban dispersas en diversa y variada normativa. De esto es posible derivar como conclusión, que su detalle y pormenorización puede ser entregado a la potestad reglamentario.

[102] ZÚÑIGA, 2002, pp. 218-219
[103] Artículos 1 y 2, DFL 458, 1976

La segunda es la siguiente: ¿por qué el urbanismo o más en concreto las materias que regula el artículo 28 ter son de aquellas en que la reserva legal debe ser interpretada de manera más flexible? La reserva de ley debe ser interpretada de manera más flexible, pues el derecho urbanístico, es tanto regulación de la realidad urbana, es una materia que cambia constantemente y por ello es necesario actualizar la regulación. En este sentido, atendiendo a la dinamicidad de la materia, es que conviene que la regulación de detalle sea llevada a cabo por la Administración, pues estos tiene la capacidad técnica para regular este tipo de materias. Asimismo, debemos destacar que las materias que regula el urbanismo, tiene un carácter especial en el sentido que su regulación debe buscar ocasionar el mínimo impacto sobre el medio ambiente. al mismo tiempo, debe propender a que la regulación se centre en un aspecto económico que sea viable, que permita no comprometer más recursos de los estrictamente necesarios en los proyectos, y, por último, debe contemplar un modelo urbanístico que mejore la calidad de vida de la población[104]. Así las cosas, dado que se deben conjugar distintos factores, es que es conveniente que la regulación de dichos elementos sean encomendados al reglamento.

Para responder a la última pregunta, aquella que se refiere a si el artículo 28 ter agota las posibilidades de regulación general y abstracta que exige la tesis de la reserva legal relativa, creemos necesario hacer referencia a los criterios que ha esbozado el Tribunal Constitucional para delimitar la relación ley-reglamento y, en especial, para determinar cuándo una ley es general y abstracta. Al respecto, en diversos fallos el Tribunal Constitucional ha utilizado los criterios de determinación, especificidad y razonabilidad técnica para establecer si se cumple con el mandato al legislador a que regule de manera general y abstracta, pues de otro modo no existirá un marco definido dentro del cual la administración pueda actuar.

En cuanto al primer criterio mencionado, este es el de determinación[105], tiene como elemento central la exigencia que los derechos que se puedan ver afectados se señalen en la norma. En este punto es necesario precisa que a pesar de que no se señala en forma expresa que es posible afectar el derecho de propiedad, ello está explícitamente permitido si se atiende a los posibles contenidos del plan de detalle. Así por ejemplo, se permite fijar las características arquitectónicas de los inmuebles, el aprovechamiento de los predios entre otros; y si bien, como señalamos no se afecta el contenido esencial del derecho de propiedad si se permite su afectación.

[104] RAMÍREZ y SÁNCHEZ, 2009, pp. 7-8
[105] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 12.04.2001, rol 325

Por su parte el criterio de especificidad[106] implica que se indique en la misma normativa de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar para tal finalidad. Recordemos que en términos amplios el objetivo de esta normativa es facilitar la aplicación de un determinado modelo de desarrollo. Para llevar a cabo dicha finalidad, la normativa debe ponderar los derechos que se encuentran en tensión, en este caso se superponen el derecho de propiedad y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Nos encontramos frente a un derecho colectivo versus un derecho individual, en el cual prevalece el primero en atención a la materia que se regula.

Por otro lado, el principio de razonabilidad técnica supone que debe existir una adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento[107]. El fin que propone la normativa es la creación de espacios públicos y que se otorgue un diseño a las ciudades. El medio para lograr esta finalidad en atención a la materia que regula solo es posible si dicha regulación es encargada al ente administrativo, esto porque cada ciudad a través de sus entes locales puede definir qué forma quieren darles a sus espacios públicos, y determinar de que forma se quieren organizar territorialmente. Por lo tanto, para que exista una adecuación entre los fines y medios, es menester que dicha regulación quede en manos de la administración, pues debemos tener presente que el urbanismo, es de aquellas materias que tiene un carácter complejo, de manera que la ley es insuficiente y no es capaz de fijar todos los elementos y aristas que contempla la planificación urbana. Es por esto, que ha existido un desplazamiento desde el legislador hasta la administración, siendo necesario que la ley fije los elementos centrales, mientras que se le otorgue libertad a la administración para regular los detalles.

Como ya señalamos, dependiendo de la respuesta a estas interrogantes el artículo 28 ter sería constitucional o inconstitucional. En virtud de las respuestas ofrecidas se debe concluir, en primer lugar, que la LGUC es de aquella que la doctrina denomina leyes de bases y por ello su complementación queda entrega a la potestad reglamento, dentro de la cual se comprenden los planes de detalle regulados en el artículo en comento. En segundo lugar, concluimos que el urbanismo es una materia dinámica y que requiere una regulación altamente tecnificada. Por ello, es necesario interpretar la reserva legal de una manera flexible para permitir en mayor medida que la administración detalle y pormenorice el marco regulatorio establecido por el legislador. En tercer lugar, la modificación que se introduce a través de la Ley 20.958 a la LGUC, contempla de forma general y abstracta el marco en el cual puede moverse la administración, no dejando cabos sueltos

[106] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 12.04.2001, rol 325
[107] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 19.08.1997, rol 253

que puedan dar paso a que la administración rebase dicho limite dando paso a la arbitrariedad. En suma, teniendo la tesis de la reserva legal relativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como telón de fondo, podemos concluir que los artículos 28 ter y 176 de la Ley 20.958 son constitucionales desde una perspectiva adjetiva.

V. Conclusión

En atención a lo expuesto en los apartados anteriores, el recorrido para determinar la constitucionalidad de los arts. 28 ter y 176 LGUC ha requerido de una sistematización de disposiciones normativas dispersas en el ordenamiento jurídico nacional. El tema sometido análisis por sí mismo, se caracteriza por su complejidad y tecnicismo, por lo que el paso de lo técnico a lo jurídico y, su posterior análisis de constitucionalidad, nos ha llevado a recurrir a otras disciplinas entre las que se destaca la geografía, arquitectura y las ciencias sociales, etcétera. A partir de la conceptualización de espacio público, porción de la ciudad en la que se aplicaran estas disposiciones normativas, la Ley 20.958 viene subsanar, por medio de un sistema de aportes al espacio público, una serie de problemas que se identificaron en la primera parte de este trabajo. En este contexto, las normas sometidas al análisis no pueden ser comprendidas por si solas, es necesario entender el sistema macro en el cual se conjugan todos los elementos y en el cual se insertan y, solo una vez haciendo esto, es que podemos identificar los puntos que entran en conflicto con la CPR.

Los posibles problemas de constitucionalidad que pudimos identificar son el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación consagrado en el artículo19 N°8 CPR, con el derecho de propiedad regulado en el artículo 19 N°24 y el contenido esencial de los derechos contenido en el 19 N°26, y con cuestiones adjetivas relacionadas con el artículo 63 N°20 CPR. A partir de las distintas herramientas interpretativas que ofrece el derecho, pudimos arribar a concluir que estos posibles problemas de constitucionalidad no eran tales, ya que al mirar la globalidad del sistema jurídico en que se insertan las normas, nos dimos cuenta que existen conexiones en el sistema de normas que necesitaban ser explicitadas. A partir de lo anterior, nuestra tarea principal fue desarrollar dichas conexiones, dotarlas de sentido, y dar cuenta que las normas en análisis se insertaban armónicamente en el entramado de normas urbanísticas.

En el caso del derecho consagrado en el artículo 19 N° 8, para establecer estas conexiones fue necesario realizar un análisis separado de ambas disposiciones, ya que no se pudo establecer un punto en común en que ambas disposiciones entraran en conflicto con el mandato constitucional de protección al medio ambiente. En este sentido, respecto al artículo 28 ter, el problema de constitucionalidad se resume en que los planes de detalle al regular las características y el diseño del espacio público, perpetúen una regulación desequilibrada de estos, prefiriendo espacios que responden a intereses económicos, en desmedro de zonas que no responden a estos como, por ejemplo, las poblaciones periféricas de una ciudad. Respecto al artículo 176, el problema de constitucionalidad que se suscita es que, los planes de inversión regulados en esta norma no se encuentran sometido a ningún tipo de control administrativo, por lo que pueden existir transgresiones al medioambiente en su puesta en práctica.

Para superar estos problemas de constitucional, respecto del artículo 28 ter, fue menester conectar el inciso segundo de la norma con la OGUC, ya que en esta última se detallaba, dentro de los contenidos de la memoria explicativa, un estudio de riesgos y de protección ambiental, por lo que se prevé un mecanismo apropiado para asegurar que la regulación del diseño y características de los espacios públicos se ejecute conforme al mandato de protección del medioambiente y el desarrollo sustentable. Respecto al artículo 176 LGUC, se puede solucionar el problema de constitucional desde dos aristas, en primer lugar, por medio de la interpretación sistemática de la LBMA, LGUC y la jurisprudencia administrativa, concluyendo que los planos de inversión serán sometidos a EAE. En segundo lugar, atendiendo al tenor literal de la norma, se indica que estos planes de inversión tienen como objetivo promover la sustentabilidad urbana, por lo que al momento de su elaboración siempre se tendrá presente el medio ambiente y el crecimiento de la ciudad.

Sobre el problema de constitucionalidad en materia de propiedad, las normas que se podrían llegar a ver transgredidas por las disposiciones sometidas a examen son los arts. 19 N°24 y el artículo 19 N°26 CPR. Este problema se suscita porque el régimen urbanístico actual establece una regulación que limita la propiedad, por lo que los cuestionamientos caen sobre si estas regulaciones afectan el contenido esencial de la propiedad, como ocurre en el caso los arts. 28 ter. Sobre el artículo 28 ter, se identifican tres problemas esenciales respecto de la propiedad, los cuales son, en primer lugar, que, por medio de los planes de detalle, norma reglamentaria, se limite la propiedad pese a que existe una reserva legal para realizar dicha restricción. En segundo lugar, cabe preguntarnos la limitación de la propiedad vía reglamento supone poner en cuestionamiento los derechos adquiridos de los privados antes de la modificación del plan regulador. En tercer lugar, el problema guarda relación con el

agrupamiento de edificios, ya que, por medio de los planes de detalles, se imponen reglas de construcción a privados sobre terrenos que son de su dominio.

Las soluciones a los problemas descritos son, en primer lugar que, a través de un reglamento, sí se puede limitar la propiedad a través de reglamento, ya que, en palabras de este mismo Tribunal, las materias técnicas y de detalles deberán ser reguladas por esta vía. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico prevé vías por las cuales la afectación a los derechos adquiridos puede ser aminoradas e incluso pueden ser evitada. Por último, respecto al agrupamiento de edificios, son legítimas las limitaciones al derecho de la propiedad en favor de la utilidad pública, bien común y medioambiente.

Desde una perspectiva adjetiva, el problema que suscitan los dos artículos se enmarca en una cuestión más amplia, puesto que cabe preguntarnos hasta qué punto la potestad reglamentaria de la Administración se ajusta al mandato de la LGUC. En otras palabras, si la actuación de la Administración, en este caso de las municipalidades por medio de los planes de detalle y de inversión, se sujetan a la reserva legal establecida en el artículo 63 N°20 CPR. Para dar una respuesta a este problema, fue necesario precisar que el artículo 176 LGUC no suscitaba cuestionamientos puesto los planes de inversión son un medio para concretar los planes de detalles y, en este sentido, serán estos últimos los que desarrollen en mayor medida la LGUC.

La superación de este posible problema de constitucionalidad se encuentra en el establecimiento del límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad y, al mismo tiempo, en la respuesta a la pregunta de por qué es la administración el órgano más adecuado para regular estas materias. En este sentido, convenimos la LGUC, dentro de su carácter de ley general, agota todas las posibles regulaciones que se deben realizar en esta materia, atendiendo a su carácter técnico, no dejando espacio a la arbitrariedad de la administración. Sobre idoneidad de que los detalles caigan en manos de la administración, se debe a que cuentan con un mayor alcance y flexibilidad en las modificaciones de una materia que está en constante cambio y, además, responderá en mayor medida a las características particulares de cada territorio.

A modo de cierre, las normas urbanísticas intentan relacionar y armonizar los distintos intereses que se encuentran en conflicto sobre el territorio, los cuales son, el crecimiento de las ciudades, la disputa económica sobre el suelo y la calidad de vida de sus habitantes. En este sentido, la intervención del derecho se hace necesaria ya que permite coordina la acción de los distintos actores que median en el espacio público, velando por su promoción y protección. Este es el fin que viene a

cumplir el sistema de aporte al espacio público, en el cual se insertan los artículos 28 ter y 176 LGUC, abriendo el camino a seguir en esta materia por la legislación nacional.

VI. Consecuencias

Lo primordial que debemos destacar de la Ley N°20.958 es que, si bien no resuelve de la mejor manera el problema de fondo, esto es la demanda por espacios públicos que mejoren la calidad de vida urbana. Esta normativa, puede ser considerada el primer paso para la regulación de los espacios públicos, en la medida que logre armonizar el derecho de propiedad en sentido amplio y el interés de los habitantes de las ciudades. Recordemos que, son los habitantes quienes son los más afectados con la falta de armonía en el espacio público, pues ellos desarrollan su vida en espacios que no poseen una forma arquitectónica acorde al territorio.

Ahora bien, lo que nos compete preguntarnos es si estamos frente a una buena o mala ley, la cual se erija como el primer paso para una regulación armónica de los intereses privados y colectivos en la ciudad. Convenimos indicar que no es una buena ley, porque a primera vista solo hace mención a un tipo de espacio público, el que se relaciona con la movilidad, dejando de referirse a otros espacios que también adoptan tal carácter. Un ejemplo de la situación anterior es la regulación de espacios públicos de esparcimiento, como los parques, los cuales se pueden entender como pulmones verdes dentro de la ciudad, los cuales ayudarán a mejorar el micro clima de las ciudades, cuestión que beneficia directamente a la salud de las personas. Al mismo tiempo, no es una buena ley, en el sentido que no modifica el concepto restringido de espacio público existente en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, no contempla que existen numerosos espacios que producto del uso por parte de los ciudadanos se transforman en públicos, como ocurre con los jardines de una universidad pública.

A partir de esta normativa, se reconoce que todo proyecto de construcción conlleva necesariamente un impacto urbano y, por lo mismo, se deben establecer exigencias universales para mitigar dicha afectación. Frente a dicha afirmación, debemos preguntarnos quién soportará los costos de tal aporte, pues a las empresas inmobiliarias producto de esta Ley se les exige pagar las

mitigaciones y, además, realizar aportes al espacio público. Como se puede deducir, el sistema de aportes al espacio público que establece este sistema supondrá un mayor costo en las construcciones, lo que necesariamente se va traducir en un alza de los precios, los cuales, probablemente, serán a cargo de los ciudadanos. Sin embargo, no debemos olvidar el fin de la creación de la normativa y que, si bien pueden existir ciertos efectos no deseados, esta poniendo al día la regulación chilena en comparación a otros países pioneros en la regulación del espacio público. En cualquier caso, las soluciones a las consecuencias negativas indicadas podrán desarrollarse a medida que se implementa esta legislación, pudiendo intervenir otras ramas del derecho en tales respuestas.

Una aplicación práctica de esta normativa tendrá como consecuencia necesaria que, frente al interés colectivo de los ciudadanos, se podrá dar vuelta atrás a permisos de edificación cuando estos no estén en sintonía con el plan regulador, como sucedió en la Comuna de Ñuñoa, donde la Corte Suprema ordeno revocar un permiso de edificación por contravenir el plan regulador comunal. Atendiendo a lo anterior, los ciudadanos podrán ampararse en esta normativa para hacer frente al sistema deficiente de que imperaba en Chile antes de la promulgación de esta norma y, de esta forma, podrán hacerse parte de la creación de las ciudades en las que desean realizar su vida.

Bibliografía

I. Libros

ANGOSTO, José: 1988, "El *ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano"*, Murcia: Editorial Universidad de Murcia.

BERMÚDEZ, Jorge: 2015, "*Fundamentos de derecho ambiental",* Ediciones universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

BORJA, Jordi, 2003: "*La ciudad conquistada"*, Madrid: Alianza editorial.

BORJA, Jordi, 2012: *Revolución urbana y derechos ciudadanos: claves para interpretar las contradicciones de la ciudad actual*. Tesis para optar al grado de Doctor. Dirigida por Horacio Capel. Disponible en http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/83360/01.JBS_1de2.pdf.

CARRIÓN, Fernando, 2004: "*Ciudad e inclusión: Por el derecho a la ciudad"*, Bogotá, Foro Nacional por Colombia, Fedevivienda y Corporación Región.

CASTÁN, José: 1992, "*Los derechos reales en general. El dominio. La posesión"*. Madrid: Editorial Reus.

CAZOR, K., Guiloff, M: 2011, *La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el Estado constitucional chileno,* Anuario de Derecho Público, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago

CEA, José: 1988. *Tratado de la Constitución Política de 1980*, Chile: Editorial Jurídica de Chile

GUIMARÃES, María: 1998: "*La literatura gris: sistemas y redes en el ámbito nacional e internacional. Una propuesta para Brasil".* Tesis para optar al grado de doctor. Profesor guía: Félix del Valle Gastaminza. Disponible en http://biblioteca.ucm.es/tesis/19972000/S/3/S3030801.pdf

HERNÁNDEZ, Muriel: 2014: "*Aporte obligatorio al Espacio Público, cambios en la reglamentación y desafíos para el desarrollo inmobiliario".* Tesis para optar al grado de

magister. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130330/aporte-obligatorio-al-espacio-p%C3%BAblico.pdf?sequence=1.

PAREJO, Alfonso:2001, *Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia constitucional*, España: Editorial Dialnet.

QUINTANA, Augusto: 2014. "El principio de subsidiariedad". *Revista de Derecho Público*, Volumen XXI, n°2.

SILVA, E: 1968, *Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*, (4°edición), Editorial jurídica, Chile

TRAYTER, J., 2016: *Derecho urbanístico de Cataluña*, (sexta edición), Atelier libros jurídicos, España.

II. Artículo de revista:

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 1998: "La función social como delimitación interna e inherente del derecho de propiedad y la conservación del patrimonio ambiental", Revista de Derecho (Valdivia), volumen 9, n° especial

CEA EGAÑA, José Luis, 1984: "Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 11

CEA EGAÑA, José Luis, 1992:" Sobre el principio de legalidad presupuestaria", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 19, n°3

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2006: "Dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XIX, n°1

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2008: "El Derecho Urbanístico Chileno y la Garantía Constitucional de la Propiedad", *en Revista Nomos*, n°2

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2009: "El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria", *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXII, n°32

GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa, 2016: "Rol e importancia de las leyes de bases en el Derecho Administrativo chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 29, n°2

LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2001, "Propiedad y Potestades Urbanísticas", *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, n°4

MOHOR A. SALVADOR Y VARAS A. PAULINO, 1997: "Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y de su libre ejercicio que consagra el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XVIII, n°2.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2009, "La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales", *Revista Ius et Praxis*, Volumen XI, n°2.

RAJEVIC, Enrique: 1996, *La propiedad privada frente a los planos reguladores: estudio sobre las limitaciones al dominio en la esfera de la legislación urbanística*, España: Editorial Dialnet.

RAJEVIC, E, 2001: "Derecho y Legislación Urbanística en Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol, 2, nº 2.

RAMÍREZ TREVIÑO, Alfredo, et al, 2009: "Enfoques de desarrollo sostenible y urbanismo", *Revista Digital Universitaria*, volumen 10, n°7.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco Octavio, 2002: "Leyes de bases en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- Apuntes acerca de la norma de clausura", *Revista de Derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXIII, n°23.

III. Documento en formato electrónico:

ARBOUIN Gómez, Felipe, 2012, "Derecho urbanístico y desarrollo territorial colombiano. Evolución desde la colonia hasta nuestros días", *Editorial Universita*, volumen XVI, n°3, disponible en http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14267/11486, [Fecha de Consulta 22-12-2017]

BERMÚDEZ, Soto, Jorge, 2000: "El derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXI, pp. 9-25. Disponible en

http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_xxi.pdf. [Fecha consulta: 20.12.2017].

BORDALÍ, Salamanca, Andrés, 1998: "Constitución económica y protección del medioambiente", *Revista de Derecho (Valdivia),* Vol. IX, p. 43-54. Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100006&script=sci_arttext. [Fecha consulta: 20.12.2017].

FELER, Alan, Matías, 2015: "*Soft law* como herramienta de adecuación del derecho internacional a las nuevas coyunturas", *Lecciones y Ensayos,* n°95, pp. 281-303. Disponible en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/95/soft-law-como-herramienta-de-adecuacion-del-derecho-internacional-a-las-nuevas-coyunturas.pdf [Fecha consulta: 20.12.2017].

GUILOFF, Titiun, Matías, 2001: "El dilema del art. 19 N°8 inc. 2°", *Revista de Derecho (Antofagasta),* Vol. XVIII, n°1, pp. 147-169. Disponible en http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v18n1/art06.pdf. [Fecha consulta: 20.12.2017].

PERAHIA, Paquel, 2007: "Las ciudades y su espacio público", *IX Coloquio Internacional de Geocrítica: los problemas del mundo actual, soluciones y alternativas desde la geografía y las ciencias sociales*, Porto Alegre, 28 de mayo a 1 de junio de 2007, Universidad Federal do Río Grande do Sul, pp. 1-12. Disponible en http://www.ub.edu/geocrit/9porto/perahia.htm. [Fecha consulta: 20.12.2017].

PINEDA Castro, Gleison, 2008: "*El Poder del Derecho Urbanístico en la Asignación de Contenidos a los cuatro elementos estructurales de la propiedad privada",* volumen XX, n°2, pp 1- 161 disponible en http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/1537/17417223.pdf [Fecha de consulta 22-12-2017]

RABELLO Sonia, 2015: "La regulación del territorio y de la propiedad inmobiliaria urbana: evolución conceptual en el derecho brasileño", *Revista de Derecho,* volumen XX, n°2 pp.1-28 Disponible en http://www.soniarabello.com.br/wp-content/uploads/2017/08/La-regulaci%C3%B3n-del-territorio-y-de-la-propriedad-urbana-259-286.pdf [Fecha de Consulta 22-12-2017]

Sesión N°18 de la Comisión de estudios para una nueva Constitución Política de la República de Chile, actas constitucionales Tomo I, año 1976. Disponible en https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 [Fecha consulta: 20.12.2017].

VIDAL, Rojas, Rodrigo, 2007: "Del medio ambiente al espacio público. Precisiones conceptuales", *Theoria*, Vol. XVI, n°1, pp. 63-76. Disponible en http://www.redalyc.org/pdf/299/29916108.pdf. [Fecha consulta: 20.12.2017].

IV. Normas jurídicas citadas

Decreto con Fuerza de Ley Nº1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del codigo civil; de la ley nº4.808, sobre registro civil, de la ley nº17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley nº 16.618, ley de menores, de la ley nº 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la ley nº16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, publicado con fecha 16 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N°458, aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, publicado con fecha 13 de febrero de 1976.

Decreto Ley N°1552, que aprueba el Acta Constitucional N°3, publicado con fecha 13 de septiembre de 1980.

Decreto N°47, que aprueba Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, publicado con fecha 5 de junio de 1992.

Decreto supremo Nº 59 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, por el que se modifica el Decreto Nº47 de 1992 sobre la Ordenanza General de Urbanimos y Construcción, publicado con fecha 7 de julio de 2001.

Declaración de Río sobre medioambiente y desarrollo, celebrada entre el 3 y 14 de junio de 1994.

Ley 19.300, aprueba Ley sobre Bases Generales del Medioambiente, publicada con fecha 1 de marzo de 1994.

Decreto N°100, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicado con fecha 22 de septiembre de 2005.

Ley N°18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicada con fecha 9 de mayo de 2006.

Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba la ley de Urbanismo de Cataluña.

Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de Cataluña.

Nueva Agenda Urbana Hábitat III, adoptada con fecha 5 de octubre de 2016

V. Jurisprudencia judicial

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 21 de abril de 1992, rol 146-1992.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 15 de abril de 1997, rol 253

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 12 de abril de 2001, rol 325

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 10 de octubre de 2003, rol 370-2003.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 4 de marzo de 2012, rol 1182-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 2 de diciembre de 2012, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 4 de octubre de 2013, rol 2643-2013.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 29 de marzo de 2014, rol 2299-2012.

VI. Jurisprudencia Administrativa

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 1 de julio de 2011, dictamen 041275N11.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 2 de julio de 2003, dictamen 027547N03.