



UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**CONSTITUCIONALIDAD (O NO) DE LAS NORMAS
DE TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS**

POR

INGRIDLLA PURÍSIMA MAUREIRA CUEVAS

**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado
académico de Magister en Derecho**

Profesor Guía: Dra. Verónica Delgado Schneider

Noviembre 2018

Concepción – Chile



© 2018 **INGRIDLLA PURÍSIMA MAUREIRA CUEVAS**

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.



Dedicada a Ariel, a nuestros hijos
Nyssa y Sebastian,
y a mis padres Marta y Enrique.

AGRADECIMIENTOS

Mis sinceros agradecimientos a mi familia y a todos quienes contribuyeron a mi formación profesional como Profesora de Estado en Inglés de la Universidad de Talca, como Abogada y Diplomado en Gestión de Empresas de la Universidad Austral de Chile y especialmente, agradezco a mi profesora guía Verónica Delgado y a los profesores evaluadores Fabian Huepe y Francisco Santibáñez, quienes con su orientación me ayudaron a alcanzar el grado de Magister en Derecho de la Universidad de Concepción.



TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	ix
RESUMEN	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
EL TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS EN LAS NORMAS DE LA LGUC Y DEL CÓDIGO SANITARIO	6
1. Origen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y del Código Sanitario	6
1.1 El Derecho Urbanístico	9
1.1.1 Concepto del Derecho Urbanístico	9
1.1.2. La Planificación Urbana: Regulación constitucional y legal	12
1.2 Casos de traslado o retiro de industrias.....	17
1.2.1 Requisitos para el traslado o retiro de industrias	17
1.2.2 Análisis de las normas de traslado o retiro de Industrias.....	19
1.2.2.1 Artículo 62 inciso 2º de la LGUC.....	19
1.2.2.2 Artículo 160 de la LGUC.....	21
1.2.2.3 Artículo 84 del Código Sanitario.....	24
1.3 La potestad para ordenar el traslado o retiro de una industria o establecimiento	26
CAPITULO II	
MARCO CONSTITUCIONAL	32
2. La Constitución Política de la República	32

2.1	Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales.....	36
2.2	Garantía Constitucional de los Derechos de Protección del Medio Ambiente y de la Vida	38
2.2.1	Derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.....	38
2.2.2	Origen del art. 19 N°8 CPR.....	40
2.2.3	Alcances del art. 19 N°8 CPR y su vinculación con el derecho a la vida y a la protección de la salud.....	41
2.3	Garantía Constitucional de los derechos de orden económico y patrimonial.....	53
2.3.1	El derecho fundamental a la libertad económica.....	54
2.3.2	El derecho fundamental de igualdad en las cargas públicas	59
2.3.3	El derecho fundamental a la propiedad y de propiedad.....	64
2.3.4	El derecho de propiedad: Método constitucional de garantía y protección.....	67
2.3.4.1	Garantía de Reserva Legal	67
2.3.4.2	Gradualidad en la afectación del derecho de propiedad. Restricciones, Obligaciones y Privaciones: art. 19 N°24 incs.2° y 3° CPR	70
2.3.4.3	Límites Constitucionales al Legislador.....	71
a)	Sustento de la función social de la propiedad, art. 19 N°24 inc.2° CPR	72
b)	Eventual fundamento de una restricción art. 19 N°24 inc. 2° CPR	77
2.3.5	Derecho a la no vulneración del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica art. 19 N°26 CPR	79
CAPITULO III.		
	ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ARTS. 62 INC. 2° Y 160 DE LA LGUC Y DEL ART. 84 DEL CÓDIGO SANITARIO	81
3.	Toma de Posición: Inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias de la Ley	

General de Urbanismo y Construcciones y del artículo 84 del Código Sanitario	81
3.1 Argumentos de Inconstitucionalidad de las normas De traslado o retiro de industrias	81
3.1.1 Vulneración al Principio de Juricidad de los arts. 6º y 7º de la CPR	82
3.1.1.1. Vulneración de los principios de contradictoriedad, de imparcialidad y de razonabilidad.....	86
3.1.1.2. Vulneración del principio de proporcionalidad.....	91
3.1.2 Vulneración del derecho de propiedad, art. 19 N°24 incs. 2º y 3º CPR	93
a) Requisito en cuanto al Medio: reserva legal inc. 2º art. 19 N°24 CPR	95
b) Teoría de la Esencialidad.....	96
c) Requisito en cuanto al Resultado: reserva legal inc. 3º art. 19 N°24 CPR	100
3.1.3 Vulneración del derecho a la igualdad de las cargas públicas art.19 N° 20.....	103
a) Derecho comparado y el caso de España	104
b) Teoría del sacrificio especial o de igualdad ante las cargas públicas.....	107
3.1.4 Vulneración del derecho a la libertad económica art.19 N° 21 CPR.	114
3.1.5 Vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica art. 19 N° 26 CPR.....	117
3.2 Consecuencias de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o de retiro de industrias	123
3.2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos lícitos	123
3.2.2 Derecho Comparado	135
a) España	135

b) Alemania	143
3.2.3 Teoría de la Expropiación Regulatoria	145
CONCLUSIONES.....	156
BIBLIOGRAFÍA.	161



ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
CA	Corte de Apelaciones
CENC	Comisión de Estudios Nueva Constitución
CS	Corte Suprema
CPR	Constitución Política de la República
Edit.	Editorial
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
D. O.	Diario Oficial
DS	Decreto Supremo
inc., incs.	Inciso, incisos.
LGUC	Ley General de Urbanismo y Construcciones
LBPA	Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos
LOCM	Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades
MINVU	Ministerio de Vivienda y Urbanismo
Op. Cit.	Obra citada
p. pp.	Página, páginas
ss.	Siguientes
SEREMI	Secretaria Regional Ministerial
TC	Tribunal Constitucional
Vol.	Volumen.
OGUC	Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

RESUMEN

Objetivo general.

Determinar si las normas de traslado o retiro de industrias que establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones en sus artículos 62 inciso segundo y 160 y el artículo 84 del Código Sanitario aplicadas al caso concreto, son constitucionales (o no), adecuándose así a la garantía del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, vulnerando las garantías constitucionales de los derechos de contenido económico y patrimonial y los principios de Juricidad, de razonabilidad, de proporcionalidad, de contradictoriedad y de imparcialidad, y si son inconstitucionales, por qué lo son y cuáles son las consecuencias de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Método o procedimiento.

Esta investigación consiste en un análisis dogmático de las normas de traslado o retiro de industrias o establecimiento, contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones en sus artículos 62 inciso segundo y 160 y el artículo 84 del Código Sanitario que establece el traslado de industrias relacionada a la higiene y seguridad del ambiente, que se complementó con la exposición y descripción en el ámbito nacional y en derecho comparado de fuentes doctrinales, legales, constitucionales y jurisprudenciales.

Conclusiones.

De acuerdo al análisis realizado a la normativa legal vigente, es posible ordenar el traslado o retiro de industrias en Chile según lo disponen los artículos 62 inciso segundo y 160 de la LGUC y el artículo 84 del Código Sanitario. Si bien la autoridad municipal y sanitaria está amparada en su potestad/función para ponderar en cada caso concreto cada requisito legal y se basa en dos informes técnicos para decidir, no se indica ni se aplica un procedimiento normativo reglado, con dos importantes consecuencias: desde el ámbito de control de atribución de la facultad discrecional, se vulneren las garantías constitucionales del debido proceso del artículo 19, N° 3 inc. 5° de la CPR y del derecho fundamental a la igualdad del art. 19 N°2 de la CPR. Y desde el ámbito del control de ejercicio de la facultad discrecionalidad que se expresa en el acto administrativo que ordena el traslado o retiro de una industria o de un establecimiento, se transgreden los principios de contradictoriedad e imparcialidad de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

Desde el punto de vista del control de atribución de la facultad discrecional otorgada a la autoridad municipal y sanitaria, las normas de traslado o retiro de industrias son inconstitucionales porque aplicadas al caso concreto, vulneran las garantías constitucionales del derecho a la igualdad en las cargas públicas, del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica, de la libertad económica, el Principio de Juricidad que es transcendental y

determinante en el control de los actos de la Administración y el derecho de propiedad en cuanto al medio utilizado, porque, atendida la Constitución, la teoría de la esencialidad y la jurisprudencia constitucional, la normas analizadas vulneran el principio de reserva legal debido a su indeterminación normativa por el uso de conceptos jurídicos indeterminados.

Se ha determinado que, la propia regulación constitucional con un verdadero estatuto de la propiedad que evidencia una excesiva protección de los derechos de contenido económico patrimonial con principios de orden público económico trascendentales y decisivos en la interpretación de las garantías, es de particular relevancia y resulta ser clave para entender porque las normas de traslado o retiro de industrias aplicadas al caso concreto, vulneran derechos fundamentales patrimoniales de los administrados, constituyéndose en los hechos en una expropiación regulatoria sin indemnización como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional. Aún cuando, debido a la importancia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho a la vida y a la protección de la salud, exista plena justificación para el traslado o retiro haciendo primar el interés colectivo como se desprende de los criterios mayoritarios seguidos por la jurisprudencia judicial y constitucional, con el fin de proteger la salud y calidad de vida de quienes se ven afectados por la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias.

La responsabilidad patrimonial del Estado por actos lícitos es una necesaria consecuencia de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias porque, desde la perspectiva del control de atribución de la facultad discrecional, no cumplen con la reserva legal del derecho de propiedad en cuanto al medio y en cuanto al resultado que se busca obtener, lo que encuentra su fundamento en todos los argumentos de inconstitucionalidad descritos, y especialmente, en la vulneración de la garantía de igualdad ante las cargas públicas, en los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, en la Teoría del Sacrificio Singular o Especial por la situación de desigualdad o discriminación en la que queda el administrado y en el principio de justicia distributiva de la jurisprudencia constitucional, porque le demanda al propietario un sacrificio singular o especial impuesto por el Estado que se constituye en un factor objetivo de imputación de responsabilidad, y por ende, en una obligación reparatoria que tiene por antecedente la imposición de una carga pública injusta.

Finalmente, a propósito de la intencionada gradualidad con que la Constitución regula el derecho de propiedad, que incluye la distinción entre privación total y privación parcial de una facultad esencial del dominio o expropiación parcial que en los hechos es una expropiación indirecta sin indemnización, es necesario que se regule la expropiación regulatoria con sus respectivos requisitos y consecuencias y un estatuto de derechos fundamentales más equilibrado, que permita la garantía efectiva de todos los derechos en conflicto sin afectar su esencia y más seguridad jurídica.

INTRODUCCIÓN

Factores de variada naturaleza justifican la necesidad de llevar adelante esta investigación, que nos desafía a analizar y relacionar diversas áreas del derecho como el derecho ambiental, el derecho constitucional y el derecho administrativo, que convergen en la regulación urbana y sanitaria objeto de este análisis. Entre los más importantes se encuentran, el escaso tratamiento dogmático del tema específico por parte de la doctrina nacional, limitándose en su mayoría solo a una mención de las normas en cuestión o a otras normas relacionadas en los manuales de derecho urbanístico y, los efectos que la aplicación de estas normas generan en los administrados, de lo que da cuenta el desarrollo de la jurisprudencia judicial y constitucional.

Esta investigación consistirá en un análisis dogmático que lleve a determinar la constitucionalidad (o no) de las normas de traslado o retiro de industrias, contenidas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones¹ en

¹ LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES en adelante LGUC, D.F.L. N°428 de 1975, actualizada por la Ley 20.741, publicada en el D. O. 1 abril 2014. Artículo 62 inciso 2° LGUC: “Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional Correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año”.

sus artículos 62 inciso segundo y 160 y el artículo 84 del Código Sanitario.

En detalle, se busca responder a las preguntas: ¿Es posible constitucionalmente, de acuerdo a la normativa legal vigente, ordenar el traslado o retiro de industrias en Chile, y si es así, ¿En qué casos y con qué consecuencias?, ¿El acto administrativo mediante el cuál se materializa la orden de traslado o retiro, cumple con todos los requisitos legales y principios de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos?, ¿Este acto administrativo es discrecional?, ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas normas urbanísticas y del art. 84 del Código Sanitario?.

En definitiva, ¿Estas normas de traslado o retiro de industrias aplicadas al caso concreto, son constitucionales adecuándose así a las garantías normativas del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho a la vida y a la protección de la salud, vulnerando derechos fundamentales de contenido económico y patrimonial?, y si son inconstitucionales, ¿Por qué lo son?, y ¿Cuáles son las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 62 inciso segundo y 160 y del artículo 84 del Código Sanitario, en su caso?.

Artículo 160 LGUC: “En el caso de establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeren emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, la Municipalidad fijará, previo informe de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieren establecidos. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año contado desde la fecha de la notificación de la resolución respectiva”.

Para el logro del objetivo, la investigación se divide en tres capítulos, a saber:

En el primer capítulo, se revisa el concepto de derecho urbanístico, la planificación urbana y su regulación constitucional, legal y administrativa en lo que corresponda. Se precisa el origen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones contenida en el DFL N°458 de 1975, y del Código Sanitario, y principalmente, se sistematizan y analizan cada uno de los requisitos de esta normativa urbana y del artículo 84² del Código Sanitario que establece el traslado de industrias relacionada a la higiene y seguridad del ambiente, junto al análisis de la potestad/función que se atribuye por ley a la autoridad municipal y sanitaria para ordenar el traslado o retiro de industrias.

El segundo capítulo se refiere al marco constitucional de los derechos involucrados como resultado de la aplicación de estas normas, con especial énfasis en aquéllos antecedentes que caracterizan a la Constitución Política de la República como norma fundamental de jerarquía superior en nuestra institucionalidad, para conocer cómo y con qué fin, este texto fundamental regula, protege y garantiza, por una parte, las garantías constitucionales del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho

² CÓDIGO SANITARIO, D.F.L. N°725 de 1968. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Año 2007. Artículo 84 del Código Sanitario:

“El Servicio Nacional de Salud podrá disponer el traslado de aquellas industrias o depósitos de materiales que, a su juicio, representen un peligro para la salud, seguridad y bienestar de la población La autoridad sanitaria no podrá exigir el traslado antes del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación”.

a la vida (que comprenden en conjunto la no afectación de la calidad de vida de las personas y del derecho a la protección de la salud), y por la otra, los derechos fundamentales de contenido económico y patrimonial, como el derecho fundamental a la propiedad y de propiedad, el derecho a la libertad económica, el contenido esencial de los derechos y de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad en las cargas públicas.

Como consecuencia de lo anterior, en un tercer capítulo, tomo posición en torno al problema objeto de la investigación, analizando si las normas de traslado o retiro de industrias de la LGCU y del Código Sanitario son inconstitucionales o no, detallando los derechos que se estiman conculcados, presentando los argumentos en su caso y sus consecuencias, basados en la Constitución, en la legislación vigente, en la doctrina y en la jurisprudencia judicial y constitucional tanto nacional como comparada, que se ha desarrollado en esta materia.

Cada uno de los capítulos se ha complementado con el análisis de la aplicación de estas normas tanto en el Tribunal Constitucional con la admisión a trámite de cuatro requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, como en la Corte Suprema³ que ha confirmado sentencias de las Cortes de

³ Véase por ejemplo, la sentencia de la CS Rol N°3.475-2010 confirmando sentencia de la CA de San Miguel, todo ello, en conformidad a lo dispuesto en el art. 62 inc. 2° de la LGUC. En el mismo sentido, CS Rol N°16.593-2014, N°16.814-2013, N°3.581-2006 y la sentencia Rol N°3.632-2000 en relación al art. 84 Código Sanitario.

Y los últimos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, Rol N°2.684-2014 de Industria Curtidos Bas, interpuesto el 9 de julio de 2014 y Rol N°2.643-2014 y N°2.644-2014 de la industria Molinera del Norte S.A. y, en todos, el TC ya dictó sentencia.

Apelaciones que, salvo en un último caso, han rechazado recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos en contra de decretos alcaldicios que ordenaron el traslado o retiro de industrias, según la facultad otorgada a los alcaldes en los arts. 62 inc. 2 y 160 de la LGUC, por considerar que las industrias se encontraban mal emplazadas y generaban molestias a la comunidad, afectando su salud y calidad de vida.

En efecto, esta investigación nos permitirá conocer, a partir de la doctrina y la jurisprudencia judicial y constitucional en casos similares y de la experiencia en derecho comparado, en qué casos y bajo qué supuestos se puede ordenar el traslado o retiro de una industria en Chile, los argumentos de inconstitucionalidad y sus consecuencias teóricas y prácticas, debido al evidente y constante conflicto con el derecho fundamental de propiedad, con el derecho a la libertad económica y con el derecho a la igualdad en las cargas públicas, y porque es posible afirmar que esta regulación sectorial podría constituirse en otro caso de la hipótesis de responsabilidad patrimonial del Estado por acto lícito.

CAPITULO I
EL TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS EN LAS NORMAS DE LA
LGUC Y DEL CÓDIGO SANITARIO

1. ORIGEN DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES Y DEL CÓDIGO SANITARIO.

En Chile, han tenido vigencia cuatro leyes de urbanismo y construcciones, siendo la primera de ellas, la Ley N°4.563 dictada en el año 1929 y la última en el año 1975. Sólo la Ley N°4.563, promulgada el 30 de enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero del mismo año, ha sido aprobada en el Congreso. Las tres últimas leyes, en cambio, que contienen la gran mayoría de las regulaciones que hoy nos rigen, y en particular el objeto de esta tesis, nacieron en virtud de alguna “delegación” al Ejecutivo.

La primera Ley de Construcciones y Urbanización fue promulgada el 30 de enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial el 14 de febrero del mismo año. En ella se dispone la obligación de requerir “permiso para construir” y se instituye el cargo de “Director de Obras”. Además, se delega al Presidente de la República la dictación de una Ley y una Ordenanza General sobre estas materias. La mencionada facultad delegada para legislar, fue ejercida al dictar el Decreto con Fuerza de Ley N°345, promulgado el 20 de mayo de 1931, que junto a su

Ordenanza General, comenzaron a regir el 6 de febrero de 1936, fecha en que se publicó en el Diario Oficial su texto completo.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones anterior a la Constitución del año 1980, se originó a través de una “delegación” efectuada por el Decreto Ley N°602 del año 1974, mediante el cual, la junta que reemplazó al ejecutivo luego del quiebre institucional de 1973, facultó al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para que a través de un Decreto Supremo (DS) dictara la LGUC. En circunstancias que, tanto en la Constitución de 1925 como en la de 1980, una materia como la tratada por dicho cuerpo normativo, es materia de ley.

La actual LGUC fue dictada por el Decreto Supremo N°458 en virtud de la delegación de facultades formulada por el Decreto Ley N°602 del año 1974. Y la doctrina ha señalado que esta delegación constituye –en palabras de FERNANDEZ- una “rareza jurídica”⁴ pues a través del tiempo se ha querido entender que se trata de un decreto con fuerza de ley. En los hechos, se le ha dado invariablemente el status de una Ley, como si fuera un Decreto con Fuerza de Ley y no un Decreto Supremo.

También lo advierte RAJEVIC: “...nuestro país ha carecido históricamente de una ley formalmente hablando sobre la materia. Lo que hemos tenido son normas reglamentarias dictadas en cumplimiento de leyes, mezcladas con leyes propiamente tales que las modificaron en algunos de sus aspectos.

⁴ FERNANDEZ RICHARD, José. “Derecho urbanístico chileno”, Edit. Jurídica de Chile, 2009, pp. 40-41.

Las normas que se dicten a futuro deberán tener siempre rango legal, a menos que sean meramente instrumentales (o sea, que no impongan limitaciones)”⁵.

Para el Tribunal Constitucional⁶ todas las modificaciones que ha experimentado la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones han sido incorporadas por leyes⁷.

En relación a los orígenes del Código Sanitario, el primer Código Sanitario de Chile fue publicado el 22 de junio de 1918, el cual instauró una autoridad unipersonal de salud con facultades ejecutivas, y creó la Dirección General de Sanidad y otros organismos sanitarios. El segundo código sanitario, fue el decreto con fuerza de ley N° 226, publicado el 15 de mayo de 1931. En 1967, sufrió una reformulación completa transformándose en el código actual, Decreto con Fuerza de Ley N°725, que rige desde el 31 de enero de 1968, aunque ha sido sometido a posteriores modificaciones.

⁵ RAJEVIC MOSLER, Enrique. “La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 25 N°1, 1998, pp. 65-112.

⁶Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°253/1997, Requerimiento de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N°171/1997 del MINVU, que modificó los artículos 2.2.5, 7.2.2 y 7.2.4 e incorporó el artículo 2.2.9 de la OGUC, D.S. N°47/1992. Señala: “la LGUC ha sido objeto de constantes revisiones legislativas, por que si bien formalmente es un D.F.L., constituye una norma vigente general y abstracta, que no ha sido objetada de inconstitucionalidad que, por el contrario, ha sido motivo de numerosas modificaciones introducidas por las leyes dictadas bajo la vigencia de la actual Constitución, como lo demuestran las leyes que han modificado o complementado el D.F.L. N°458 de 1975.”

⁷ La Ley General de Urbanismo y Construcciones vigente, ha sido modificada por las siguientes leyes: D.L. 3.063; Ley 18.101; Ley 18.513; Ley 18.738; Ley 19.021; Ley 19.057; Ley 19.063; Ley 19.472; Ley 19.525; Ley 19.537; Ley 19.712; Ley 19.744; Ley 19.748; Ley 19.778; Ley 19.859; Ley 19.864; Ley 19.878; Ley 19.932; Ley 19.939 etc.

1.1 EL DERECHO URBANÍSTICO.

1.1.1 Concepto de Derecho Urbanístico

Debido a la creciente necesidad de una normativa especial que llenara el vacío, haciéndose cargo de numerosos conflictos como resultado de la inevitable convergencia de distintos intereses generales y particulares que la Administración debe resguardar, nacieron leyes, ordenanzas, normas reglamentarias (instrumentos de planeamiento como los planes reguladores), y todo un aparato fiscalizador que se conoce hoy en día como derecho urbanístico.

En este sentido y como lo afirma la doctrina, “no se requiere de un gran esfuerzo para comprender que toda la materia legal relacionada con “urbanismo y construcción” tiene extensas y complejas relaciones con otras ramas del derecho que le sirven de sustento, (principios del Derecho Público y Privado) y de normas subsidiarias o complementarias a las de la normativa especial”⁸.

El derecho urbanístico se encuentra muy relacionado a otras ramas del derecho y, en particular, al derecho administrativo y municipal por cuanto:

“en principio las autoridades encarnan la función social que debe exigirse a la propiedad privada, interviniendo activamente en los planes reguladores, interpretando normas legales, reglamentarias y técnicas en materia de urbanismo y construcción; tienen atribuciones para otorgar o denegar permisos de loteo, construcción, recepción de obras, etc. Asimismo, hay autoridades

⁸ FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”. Santiago, Editorial LexisNexis, (2006), p. 39.

administrativas que tienen facultades para resolver conflictos entre la autoridad municipal y el particular. Toda la teoría general del acto administrativo y sus efectos es materia de esencial importancia en el urbanismo y construcción”⁹.

No obstante “los orígenes del derecho urbanístico se encuentran en el derecho civil, dado que éste tradicionalmente regula el derecho de propiedad y contempla diversas instituciones conexas, como las servidumbres o las acciones posesorias, que se irá conectando más con la autoridad y el fenómeno del poder público, desplazándose al derecho administrativo”¹⁰. Sin embargo, desestimo la última parte de esa afirmación, porque si bien no hay duda que “el derecho urbanístico se irá conectando más con la autoridad y el fenómeno del poder público”, no es posible afirmar tan categóricamente que se éste desplazando al derecho administrativo, debido precisamente a las características del Derecho Urbanístico definidas por la doctrina y por la jurisprudencia, porque en él convergen intereses de variada índole tanto públicos como privados, cuya normativa debe basarse necesariamente en la regulación y procedimientos de distintas ramas del Derecho, con una relación más nítida con el derecho civil, administrativo, municipal, ambiental y con el derecho constitucional.

A mayor abundamiento, y como lo expresan FIGUEROA VELASCO y FIGUEROA VALDÉS “el Código Civil y sus leyes complementarias son un importantísimo soporte del urbanismo y de la construcción (...)”, razón por la que

⁹ *Ídem.*, *Ob. Cit.* p. 40.

¹⁰ RAJEVIC MOSLER, Enrique. “Derecho y Legislación Urbanística en Chile”. Revista de Derecho Economico Administrativo Vol. II, 2 Julio-Dic. (2000), p. 531.

señalan que, “no es posible aplicar la normativa de la LGUC sin una constante aplicación de esta rama del Derecho Privado”¹¹.

Pero, ¿Que debemos entender por derecho urbanístico y por normas urbanísticas?

Numerosas son las definiciones doctrinarias de derecho urbanístico, y una de ellas resume lo que es este derecho para la doctrina y para nuestros tribunales:

“No es otra cosa que la juridización de sus principios, (se refiere a los del urbanismo), y de sus normas y requerimientos técnicos, para hacerlos vinculantes, estimando que es una técnica de aplicación de una actividad multidisciplinaria; esto es, la ordenación jurídica del planeamiento desarrollado sustantivamente por otras disciplinas: la arquitectura, la economía, la sociología, la geografía, etc. Y más que crear normas reguladoras de la actividad urbana, selecciona y recoge grupos normativos coherentes elaborados por el urbanismo, les incorpora técnicas jurídicas (sanciones, plazos, procedimientos, estructura y estilo) y les reviste del carácter vinculante propio del derecho (...)”¹².

En cuanto a las normas urbanísticas, y en base al tenor del art. 116 LGUC, “se entenderá por normas urbanísticas aquellas contenidas en esta ley, en su Ordenanza General y en los instrumentos de planificación territorial que afecten a edificaciones, subdivisiones, fusiones, loteos o urbanizaciones, en lo

¹¹ *Ob. Cit.* FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”, p. 40.

¹² *Ob. Cit.* RAJEVIC MOSLER, Enrique, p. 531.

relativo a los usos de suelo, cesiones, sistemas de agrupamiento, coeficientes de constructibilidad, coeficientes de ocupación de suelo o de los pisos superiores, superficie predial mínima, alturas máximas de edificación, adosamientos, distanciamientos, antejardines, ochavos y rasantes, densidades máximas, estacionamientos, franjas afectas a declaratoria de utilidad pública y áreas de riesgo o de protección”¹³.

Como se tendrá la oportunidad de revisar, la regulación de los usos de suelo es determinante, especialmente en el análisis del art. 62 de la LGUC, hipótesis que permite trasladar industrias cuando estén “mal ubicadas”.



1.1.2 La Planificación Urbana: Regulación Constitucional y Legal.

Nuestra Carta Fundamental establece que para el gobierno y administración del Estado debe observarse como principio básico “la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo”¹⁴.

La LGUC es el texto legal que define en su art. 27 la planificación urbana como un proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socioeconómico.

¹³ *Ob. Cit.* FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”, p. 77.

¹⁴ Criterio presente en el art. 115 CPR, que establece que a nivel regional, provincial y comunal la autoridad debe, como principio básico, procurar un “desarrollo territorial armónico y equitativo”.

En el art. 28 y siguientes, la LGUC regula sustantivamente la planificación urbana, al establecer en sus disposiciones cuatro niveles de acción para dicha planificación, que corresponden a cuatro áreas, a saber: nacional, regional, intercomunal y comunal.

En cada nivel debe existir un Plan. “El plan como instrumento de la legalidad urbanística es el elemento central del Derecho Urbanístico. (...), y la planificación conforma su eje estructural. (...). De esta manera, todo el proceso de gestión, así como sus diversos órganos y figuras jurídicas, tienen como misión la de plasmar el Plan en la realidad. Todos los mecanismos de control tanto _ preventivos como represivos_ aseguran la fidelidad al Plan de las actuaciones que fiscalizan”¹⁵.

Considerando que el art. 41 LGUC a nivel comunal exige que “se promueve el desarrollo armónico del territorio”¹⁶, razón tiene RAJEVIC al afirmar que “tanto la Constitución como la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional van más allá del campo de la planificación urbana, que es la materia que básicamente regula la LGUC. En efecto, ambos hablan del territorio: desarrollo territorial y ordenamiento territorial. La dimensión “urbana”

¹⁵ *Ob. Cit.*, FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”, pp. 77-78.

¹⁶ Artículo 114 CPR. “La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural”.

excluye a la “rural”, pero la “territorial”, en cambio, comprende tanto el área rural como la urbana”¹⁷.

Nuestra legislación contempla un sistema de planeamiento urbano que parte de la forma unitaria del Estado que la Constitución Política establece en su artículo 3^o¹⁸, el cuál es determinante en la implementación de los instrumentos de planificación territorial, en los que confluyen las diversas competencias urbanísticas en distintos niveles.

De esta forma, como lo establece la Constitución, dentro de la Administración central se atribuyen competencias al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, órgano desconcentrado funcionalmente y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo, órganos desconcentrados territorialmente a nivel regional.

A nivel regional, se atribuyen competencias a los Gobiernos Regionales como órganos descentralizados territorialmente a nivel regional.

A nivel comunal, a las Municipalidades, que como órganos descentralizados territorialmente a nivel comunal cumplen en otras funciones, lo que su Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades denomina “funciones privativas” que son fundamentales respecto de la ordenación urbanística.

¹⁷ *Ob. Cit.* RAJEVIC MOSLER, Enrique, p. 534.

¹⁸ Artículo 3^o CPR: “El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

Así, el art. 3 LOCM establece que corresponde a las Municipalidades en el ámbito de su territorio, entre otras, las siguientes “funciones privativas:

b) La planificación y regulación de la comuna y la confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes; y en su letra e) Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización, en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo”¹⁹.

Por su parte, el art. 5 LOCM establece que las Municipalidades tienen diversas atribuciones para el cumplimiento de sus funciones privativas, que en lo concerniente a este estudio, son:

d) “Dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular. Sin perjuicio de las funciones y atribuciones de otros organismos públicos, las municipalidades podrán colaborar en la fiscalización y en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes a la protección del medio ambiente, dentro de los límites comunales”.

Y en lo pertinente, además:

El art. 12 LOCM dispone: “Las resoluciones que adopten las municipalidades se denominarán ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios o instrucciones...Los decretos alcaldicios serán resoluciones que versen sobre casos particulares”.

¹⁹ Ley Orgánica Constitucional sobre Municipalidades N°18.695, (en adelante LOCM), publicada en el Diario Oficial el 31/03/98.

Y el artículo 152 LOCM: “las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procede "principalmente" por falta de servicio”.

Es importante precisar que, no obstante las municipalidades cuentan con su LOCM, se les aplica las disposiciones que rigen a los actos de los órganos de la Administración del Estado, establecidas en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos²⁰, en defecto de todo aquello que no esté regulado en su ley orgánica, supliendo su falta, o bien, complementándola.

Además, las municipalidades no sólo intervienen en la elaboración de los instrumentos de planificación territorial, denominados por la OGUC planes reguladores, sino también en la fase de gestión y ejecución de los mismos y desde luego, en la etapa de control que efectúan a través de la intervención preventiva de la edificación y del uso del suelo, con diversas funciones en el ámbito urbanístico.

Y es justamente en este contexto, que ellas pueden ejercer funciones relacionadas a la fiscalización, paralización, demolición, terminación de obras, construcción obligatoria, congelamiento etc., incluyendo la facultad otorgada a la autoridad alcaldicia para ordenar mediante un decreto, el traslado o retiro de una

²⁰ Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos N°19.880, promulgada el 22/05/2003: “Artículo 1°. Procedimiento Administrativo. La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. Disponible en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>. Visitado el 4/11/2017.

industria o establecimiento de los art. 62 inc. 2º y 160 de la LGUC, que analizaremos junto al art. 84 del Código Sanitario.

1.2 CASOS DE TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS.

La LGUC y el Código Sanitario establecen normas que consagran la facultad de ordenar que una industria o establecimiento se traslade o retire del lugar en que esté funcionando, facultad legal otorgada a los Alcaldes y a la SEREMI de Salud, quienes mediante un decreto pueden ordenar su traslado o retiro, aún cuando en una de las normas, la industria o establecimiento se encuentra amparada por la propia legislación urbanística.

1.2.1 Requisitos para el traslado o retiro de industrias.

Los requisitos para que operen estas normas en estudio son:

Art. 62, inc. 2º de la LGUC:

Esta norma permite a la autoridad municipal ordenar el traslado cuando se cumplen estos requisitos:

- a) Debe tratarse de industrias “mal ubicadas”. Calificación que nace de la existencia de dos instrumentos de planificación territorial: un plan regulador inicial que permite la instalación de una actividad productiva y otro plan regulador posterior que lo modifica, dejando a la actividad productiva mal ubicada.
- b) Debe ser una industria mal ubicada que producto de su actividad productiva, cause “molestias o daños” a la comunidad.
- c) Deben existir dos informes técnicos previos de la autoridad sanitaria y

del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que sirvan de fundamento para la nueva calificación.

d) La existencia de un decreto alcaldicio que declare en base a los dos informes antes referidos, que la industria está mal ubicada, es molesta y que debe trasladarse en un plazo determinado.

Art. 160 LGUC:

Para que se configure el supuesto del art. 160 LGUC y a diferencia del art. 62 inc.2º, para que proceda el retiro es necesario que:

a) Se trate de industrias o locales de almacenamiento bien ubicadas de acuerdo al plan regulador vigente.

b) Como resultado de su actividad productiva se les califique de molestas o peligrosas porque causan emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, que afecta su calidad de vida.

c) Existan dos informes técnicos previos, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del respectivo Servicio de Salud, que avalen la calificación.

d) Mediante un decreto alcaldicio basado en los dos informes técnicos previos, se decrete que su actividad es molesta o peligrosa y que debe retirarse del lugar en que está bien emplazada.

Art. 84 del Código Sanitario:

Para que se configure la orden de traslado del art. 84 del Código Sanitario, se requiere:

a) Cualquier industria o depósito de materiales.

- b) Es necesario que como consecuencia de su actividad productiva, la industria o depósito se constituya en un peligro para la salud y para la seguridad y bienestar de la comunidad.
- c) Tal calificación queda determinada única y exclusivamente por la discrecionalidad técnica de la SEREMI de Salud respectiva.
- d) Debe existir un decreto de la SEREMI de Salud que determine que la industria o depósito de materiales debe trasladarse por ser un peligro para la salud y/o para la seguridad y bienestar de la comunidad.

1.2.2. Análisis de las normas de traslado o retiro de industrias.

Siguiendo el análisis de DELGADO²¹, los casos en estudio consagrados en los artículos 62 inciso segundo y 160 LGUC y en el artículo 84 del Código Sanitario, son:

1.2.2.1 Artículo 62 inciso 2º de la LGUC.

“Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, deberán trasladarse dentro del plazo que les señale la Municipalidad, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Este plazo no será inferior a un año”.

²¹ DELGADO SCHNEIDER, Verónica. “La orden de “trasladar” o “retirar” una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 22–Nº1, 2015.

Los requisitos analizados por la doctrina para que proceda el traslado en base a esta norma, son dos y copulativos:

1) Que la industria esté “mal ubicada”.

El primer requisito es una limitación que no existe en el artículo 84 del Código Sanitario ni tampoco en el artículo 160 de la LGUYC.

En palabras de DELGADO, una industria está “mal ubicada” en, al menos, dos situaciones que se dan cuando se modifica la zonificación por un nuevo plan regulador. Es decir, la actividad está funcionando hace años en el lugar, pero ahora ha quedado “mal ubicada” porque el plan regulador fue modificado en los sentidos siguientes:

a) El instrumento de planificación territorial determina una zona en que no se permite uso actividad productiva; o

b) Solo permite algunas de ellas, (por ejemplo, inofensivas) y la industria en cuestión, está calificada de manera distinta (por ejemplo, molesta o peligrosa)²².

²² *Ob. Cit.* DELGADO SCHNEIDER, Verónica. p. 485 y ss. Y continúa: “La calificación de las actividades productivas es realizada por la SEREMI de Salud siguiendo los conceptos de la OGUYC, en base a los riesgos que ellas puedan generar en su predio, trabajadores, vecindario y comunidad. Y así podrá calificarse a la actividad de inofensiva, molesta, peligrosa o insalubre o contaminante, y se hace generalmente a petición del titular de la actividad, sea en el ámbito del SEIA, o bien sectorialmente. En efecto, cuando se presenta un proyecto al SEIA que deba ser calificado por la SEREMI de Salud, esta calificación se solicitará en ese procedimiento y será el Servicio de Evaluación Ambiental el que le solicite a la autoridad sectorial que se pronuncie. Si en definitiva este proyecto es calificado en forma favorable por la autoridad ambiental, junto con su resolución de calificación ambiental, se le otorgará este permiso sectorial. Si, en cambio, el proyecto es rechazado, la autoridad ambiental notificará de este rechazo a la autoridad sectorial, ordenándole que se abstenga de otorgar la calificación, hasta que el proyecto obtenga una calificación favorable. Si el proyecto es de aquellos que no debe ingresar al SEIA, la calificación deberá ser solicitada directamente a la SEREMI de Salud o bien, al requerir la patente definitiva (de instalación, ampliación o traslado de industrias), la Municipalidad respectiva, requerirá un informe a la SEREMI de Salud pronunciándose sobre los efectos de la industria que puede ocasionar en el ambiente y los riesgos que su funcionamiento pueda causar a sus trabajadores, vecindario y comunidad. El informe deberá ser favorable cuando la evaluación

2). Que la industria “cause molestias o daños al vecindario”.

La norma exige –destaca DELGADO– que se estén produciendo “daños” o “molestias”, lo que nos reconduce a la de “calidad de vida” como bien jurídico tutelado. Cumpliéndose los presupuestos de la norma y con los informes de otras dos autoridades: la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismos y la SEREMI de Salud, el Alcalde actuará fundadamente²³.

1.2.2.2 Artículo 160 de la LGUC.

“En el caso de establecimientos industriales o locales de almacenamiento, expuestos a peligro de explosión o de incendio, y los que produjeron emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario, la Municipalidad fijará, previo informe de la SEREMI correspondiente del MINVU y del respectivo Servicio de Salud, el plazo dentro del cual deberán retirarse del sector en que estuvieron establecidos. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año, contado desde la fecha de la notificación de la

sanitaria ambiental de los antecedentes determine que técnicamente se han controlado todos estos riesgos (art. 83 del Código Sanitario). Sin embargo, también existe la recalificación de la actividad, que debe hacerse cuando existe un cambio en los procesos, insumos, equipos, etc., utilizados hasta ese momento y que fundamentaron una determinada calificación; recalificación que podrá ser solicitada por el mismo interesado, o bien de oficio por la autoridad, especialmente por hallazgos negativos en una fiscalización y/o denuncias de terceros”.

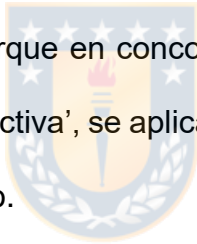
²³ *Ídem.*, p. 485 y ss. “El informe que en este caso debe emitir la SEREMINVU a solicitud del Alcalde debe considerar fundadamente, a nuestro juicio, si la industria está bien o mal emplazada (comparando las normas del plan regulador versus la calificación de la SEREMI de Salud), si existe o no “vecindario” (considerando la cantidad y ubicación de la residencia de los denunciantes, si los hubo) y cuál sería el plazo para el traslado.

Obviamente a la SEREMI de Salud deberá consultársele acerca de si existen o no molestias o daños y en qué consisten, a quienes afectan (para que el MINVU determine si se afecta o no a un vecindario) y el plazo que sugiere se le dé a la empresa para hacer efectivo el traslado”.

resolución respectiva”.

Como advierte DELGADO, el “retiro” (no dice “traslado”) puede decretarse por el Alcalde, en base al artículo 160 de la LGUYC, aunque la industria esté “bien emplazada” según el instrumento de planificación vigente en el lugar. Basta que se acredite, con los informes de las autoridades competentes, que la actividad genera ciertos peligros o causa molestias. No hubo aquí un cambio en el plan regulador que determine que la actividad está mal emplazada. Por lo mismo, de las tres normas analizadas, ésta resulta ser “la más amplia en su ámbito de aplicación”, como explica DELGADO:

“En primer lugar, porque en concordancia con la OGUYC, al regular el uso de suelo ‘actividad productiva’, se aplica no solo a las industrias sino también a locales de almacenamiento.



En segundo lugar, tiene una fase preventiva (aunque limitada solo al peligro de explosión o de incendio).

En tercer lugar, cuando exige “afectación” al vecindario, precisa que puede tratarse de “emanaciones dañinas o desagradables, ruidos, trepidaciones u otras molestias al vecindario”, por tanto, el Alcalde podría ordenar el retiro de la industria, por cualquier “otra molestia” (sin limitaciones).

En este punto, es conveniente detenerse en el hecho que la SEREMI de Salud reconoce que hay ciertas instalaciones y procesos que importan molestias y riesgos y, en base a la legislación vigente, pudiesen calificar como actividad productiva molesta o peligrosa. Es decir, es lícito funcionar como una actividad

calificada de molesta o peligrosa. Entonces ¿cómo entender que se pueda ordenar el traslado de esa industria (ya calificada de molesta o peligrosa) cuando al funcionar, causa dichas molestias o peligros?. Hay solo una respuesta: la actividad podrá funcionar en el lugar mientras no afecte la calidad de vida de las personas, pues en este caso, debe primar el interés colectivo”²⁴.

²⁴ *Ob. Cit.* DELGADO SCHNEIDER, Verónica. “La orden de “trasladar” o “retirar” una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”, p. 492 y ss. Al respecto, prosigue “Debemos usar el mismo razonamiento: si bien la calificación de actividad molesta implica reconocer que la actividad puede causar molestias, no habilita para causarlas. De esta manera, el futuro de la actividad depende de si hay o no receptores o personas que se sientan afectadas con sus emisiones en su calidad de vida y, con ello, en su derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Por ello, el artículo 19 N°8 inciso 2° de la Constitución Política, señala que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades (como la de empresa o el derecho de propiedad) “para proteger el medio ambiente” y, con ello, la vida y salud del hombre. Este fue el criterio que la Corte Suprema sostuvo al confirmar la multa que la autoridad sanitaria impuso a una celulosa en Valdivia por causar malos olores, náuseas y otras molestias a la población. En esta sentencia, se rechazó el argumento de la empresa que alegó tener sus permisos “al día” y estar cumpliendo con la normativa (un decreto supremo que le daba 9 meses todavía para bajar sus emisiones a ciertos límites), y se acoge el argumento de la CA de Valdivia que señaló que el funcionamiento de ninguna actividad puede convertir en “letra muerta”, ni siquiera “por breve tiempo” el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. La Corte dijo textualmente: “El deber de no contaminar comprende los de prevención, mitigación, control, equipamiento, programación, mantención y otros semejantes cumplideros en todo tiempo y de responsabilidad de quien ha debido emplearlos; d) que el concepto de marcha blanca esgrimido por la reclamante para no instalar los equipos de medición y reducción de emisiones, es absolutamente ajeno a la legislación nacional y “ninguna norma, autoridad, ninguna omisión pueden convertir en letra muerta el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Aunque fuere por breve tiempo. No caben, dice la Constitución, condiciones... ni requisitos para una garantía constitucional” (cons. 7° y 8°). CA de Valdivia, 30/06/2006, Rol N°954-2005, “Servicio de Salud Valdivia con Celulosa Arauco Constitución S.A.”. Lo destacado es mío.

1.2.2.3 Artículo 84 del Código Sanitario.

La norma reza:

“El Servicio Nacional de Salud (hoy SEREMI de Salud), podrá disponer el traslado de aquellas industrias o depósitos de materiales que, a su juicio, representen un peligro para la salud, seguridad y bienestar de la población. La autoridad sanitaria no podrá exigir el traslado antes del plazo de un año, contado desde la fecha de la notificación”.

DELGADO sostiene que “la amplitud de la norma es extraordinaria”, por varias razones:

“En primer lugar, la SEREMI de Salud podrá decretar el traslado de industrias (cualquiera) o depósitos (de materiales) que impliquen un “peligro” para la población, aunque no exista todavía un daño. Se trata entonces de un instrumento preventivo y obviamente aplicable también a afectaciones ya consumadas. En segundo lugar, la ley no distingue la etapa en que se debe encontrar la industria (construcción, operación o abandono). En tercer lugar, este peligro a la población (que tampoco se señala si es permanente o transitorio o puntual, aunque imaginamos duradero) puede referirse no solo a la “salud” de las personas (para lo cual en la mayoría de los casos existen normas que fijan parámetros objetivos y medibles) sino que puede afectar también a la “seguridad o bienestar de la población....A diferencia de los otros dos casos – en que se requiere la opinión de al menos tres autoridades–, es importante advertir que la existencia de todos estos requisitos, en el caso del artículo 84 del Código

Sanitario, serán evaluados a juicio exclusivo de la SEREMI de Salud”²⁵ .

Acerca de la similitud de la regulación del artículo 84 con el artículo 62 inciso 2º y su eventual derogación por la LGUC, DELGADO ha señalado que: “si bien en un principio, la jurisprudencia consideró derogado tácitamente el artículo 84 del Código Sanitario de 1967 por la dictación posterior de una norma “similar” en la LGUYC de 1976, se ha resuelto que ambas autoridades son competentes... La CA de Antofagasta, en fallo confirmado por la Corte Suprema, argumentó que el fundamento y ámbito de aplicación de las normas habilitantes serían diferentes en cada caso, (salud y ordenamiento territorial, respectivamente), aunque ellas compartirían un carácter ambiental, y que no es posible homologar las expresiones salud, seguridad y bienestar de la población, que aparecen en el artículo 84, con las expresiones que causen molestias o daños al vecindario, usadas en el artículo 62 inciso 2º.

En la primera de ellas, se habla de industrias o depósitos que representen un peligro para la salud, siendo de carácter preventivo y no represivo y protege bienes jurídicos más relevantes, mientras que en esta última disposición se habla de industrias mal ubicadas, haciendo clara referencia al plano regulador y solo se requiere de molestias o daños”²⁶.

²⁵ *Ob. Cit.* DELGADO SCHNEIDER, Verónica. “La orden de “trasladar” o “retirar” una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”, p. 483 y ss.

²⁶ *Ob. Cit.* DELGADO SCHNEIDER, Verónica, p. 499.

1.3 LA POTESTAD PARA ORDENAR EL TRASLADO O RETIRO DE UNA INDUSTRIA O ESTABLECIMIENTO.

Como sucede con todos los órganos de la Administración del Estado, la potestad conferida a la autoridad municipal y a la SEREMI de Salud a través de las normas objeto de este análisis, ha sido determinada por el legislador porque, como lo expresa la doctrina, la potestad administrativa “supone el ejercicio de poder de un órgano atribuido previamente por Ley”²⁷.

Doctrinariamente se ha entendido que “la potestad de la administración es mas bien una potestad/función porque su poder proviene de la función administrativa para la cual ha sido creada, así la actividad que ejerce se justifica por los fines que debe perseguir”²⁸.

Y la forma en que toda potestad administrativa se expresa es el acto administrativo, que el art. 3º de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos define así:

“Concepto de Acto Administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”²⁹.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, (2008), Tomo I, p. 451.

²⁸ Cfr. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Las Potestades Administrativas. Tecnos, Madrid, (1986), pp. 20-21.

²⁹ LEY DE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Nº19.880, promulgada el 22/05/2003. En lo pertinente, su art. 3.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han definido el acto administrativo como la “declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento, de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”³⁰.

En lo pertinente a los planteamientos de esta investigación, nos detendremos en el “motivo”, como uno de los elementos objetivos del acto administrativo. Así, el motivo viene a ser lo que en concreto presenta el órgano administrativo para fundamentar su decisión. Obligación de fundamentar cuya base normativa se encuentra en el art. 11 y en el inc. 4º del art. 41 de la LBPA³¹.

Al respecto, la Corte Suprema ha expresado:

“Si la autoridad recurrida, requerida para que informe los motivos de su actuación, no lo hace, demuestra con ello que su actuar no ha obedecido a una o más razones y, por lo tanto, merece la calificación de arbitraria”. Y “Todo acto administrativo debe tener fundamento o motivo y este debe ser apreciado

³⁰ *Ob. Cit.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Civitas. p. 552.

³¹ Art. 11 LBPA: Principio de Imparcialidad. La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Inc. 4º: Artículo 41 LBPA. Contenido de la resolución final. Las resoluciones contendrán la *decisión, que será fundada*. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno. Lo destacado es mío.

razonablemente, esto es, servir justificadamente a la adopción de determinada decisión”³².

A mayor abundamiento, se debe considerar que tanto las potestades como los actos administrativos pueden ser actos reglados y actos discrecionales y que, en todo acto administrativo existe convergencia tanto de elementos reglados como discrecionales que se dejan a la libre decisión de la Administración³³.

Dicho lo anterior, es preciso advertir que, por exceder los objetivos de esta investigación, no se revisarán en profundidad las distintas concepciones que la doctrina distingue de discrecionalidad. No obstante ello, para estos efectos destaco lo afirmado por el profesor HUEPE acerca de la teoría unitaria de la discrecionalidad:

“De la postura que se adopte en cuanto como se origina la discrecionalidad, dependerá el concepto que se tenga de ella y su ubicación en la estructura lógica de la norma. (...). En tanto que si se asume la teoría unitaria de la discrecionalidad, esto es, que los conceptos jurídicos indeterminados a lo menos en su halo de incertidumbre, implican ejercicio discrecional, entonces habrá discrecionalidad, tanto en el supuesto de hecho de la norma, como en sus consecuencias jurídicas, enfatizándose que esa libertad o margen de “volición”

³² Revista Gaceta Jurídica N° 126, 1990, pág. 37 y ss.

³³ Cfr. OELCKERS CAMUS Osvaldo. Principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°1, (1977), pp. 140-141. Disponible en Internet en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/10>, visitada el 2/11/2017

puede ser el resultado de una indeterminación normativa, o puede ser el resultado de una poder conferido por el legislador, (habilitación normativa)”³⁴.

En España, la doctrina ha avanzado en el desarrollo de las técnicas de control de los actos discrecionales al ser aplicadas por sus tribunales contenciosos administrativos, con un mayor desarrollo de las técnicas de control de los hechos determinantes, de los conceptos jurídicos indeterminados y de los principios generales del derecho. En cuanto a la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, excluyentes a priori de toda discrecionalidad según la tesis prevalente, en un principio se admitía sí la necesidad de reservar un “margen de apreciación” a favor de la Administración aplicadora del concepto, posteriormente se ha venido a entender que el juez está siempre facultado para proceder a un control completo de su concreción, en cada caso”³⁵.

Por lo anterior, interesa destacar esta clasificación que PAREJO realiza de las técnicas clásicas de control de los actos discrecionales, al reconocerlos discrecionales:

- a.** El control a través de los elementos reglados del acto discrecional, donde el fin, generó una de las primeras técnicas de control: “la desviación de poder”.
- b.** El control a través de los hechos determinantes de la decisión, configuran el supuesto de hecho, la realidad sobre la que se mueve la potestad discrecional.

³⁴ HUEPE ORTIGAS, Fabián. “La Actividad Discrecional de la Administración y su Control Jurídico”, p. 107. Tesis doctoral disponible en internet: <http://repositorio.conicyt.cl/handle/10533/182448>. Visitado el 6 de noviembre de 2017.

³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Editorial Tecnos, 1994, pp. 20-21.

Esta realidad al ser una sola, su constatación es precedente a que la misma Administración califique jurídicamente los hechos.

c. El control mediante los principios generales del derecho, que fundamentan todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que la decisión administrativa se sustente en alguno de estos principios: buena fe, proporcionalidad, confianza legítima, igualdad etc...

d. Por último, existen las técnicas de control más modernas, que establecen que el acto administrativo debe ajustarse a los intereses generales y debe ser razonable, racional, proporcional y no arbitrario, características que en su totalidad, tendrán como finalidad la tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos”³⁶ .

En esta clasificación, se encuentran dos de las tres técnicas de control más aplicadas por la jurisprudencia administrativa en España, como lo son: los hechos determinantes de la decisión y el control de los principios generales del derecho: buena fe, proporcionalidad, confianza legítima, igualdad etc... que, junto a técnica de control de los conceptos jurídicos indeterminados y a las técnicas de control más modernas, sustentarán en parte mi planteamiento de inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias en el capítulo III, desde dos dimensiones distintas citadas por HUEPE, a saber:

³⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Tecnos, Madrid, (1993), pp. 22-31.

Desde “el control de la atribución de una potestad discrecional en relación al grado de programación normativa de una norma jurídico – administrativa, y persigue determinar si una habilitación de discrecionalidad a la Administración, efectuada legal o reglamentariamente, se encuentra conforme a la Constitución”. Y desde “El control del ejercicio de la discrecionalidad que tiene por objeto fiscalizar si la facultad discrecional se ejerció conforme a lo preceptuado por la norma atributiva, si la decisión se tomó por el órgano competente, de acuerdo al procedimiento previsto (control de legalidad o estricta juricidad) y si se respetaron los principios, motivos y fines que se tuvieron en cuenta por la norma al atribuir la potestad (control de fines o sustantivo)”³⁷.



³⁷ *Ob. Cit.*, HUEPE ORTIGAS, Fabián. “La Actividad Discrecional de la Administración y su Control Jurídico”, p. 138, citando a BACIGALUPO, quien realiza esta importante distinción (1997) p. 93 y, a SAAVEDRA (2011) p. 83.

CAPITULO II MARCO CONSTITUCIONAL

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

Como cuestión previa, es preciso recordar que debido a factores históricos de orden político, económico y social, nuestra norma fundamental es una constitución de marcada corriente inspirada en la ideología neoliberal de libre mercado³⁸ que se irradia inevitablemente a todo nuestro sistema jurídico, cuyo predominio se manifiesta en la excesiva regulación de derechos de contenido económico y patrimonial, pero especialmente, como lo expresa ZUÑIGA:

“Con la consagración de una regla de delimitación de lo público-privado como es el Principio de Subsidiariedad o Estado Mínimo, introduciendo la legislación de quórum orgánico constitucional y de quórum calificado para el desarrollo infraconstitucional de algunos componentes de la Constitución Económica y de la Constitución Social”³⁹.

³⁸ Entre otros autores, véase a BAUER, Carl en “Contra la corriente. Privatización, mercado de agua y el estado de Chile”. Santiago: Lom Ediciones/Fundación Terram. (2002), p. 30. Para quien en Chile somos un ejemplo del “Enfoque Chicago” no solo por la adopción del *sistema económico neoliberal* aludido, sino también, por nuestro sistema legal e institucional.

³⁹ ZUÑIGA URBINA, Francisco, “Vieja-Nueva Constitución”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 5, Nº 1, (2007), pp. 349-370.

En Chile, existe el Principio de Subsidiariedad del Estado o del Estado mínimo abstencionista en lo económico, porque es el mercado la institución de la que parte la organización política y social, en la que el Estado no debe intervenir. Principio que pese a no estar consagrado expresamente en la Constitución, tiene acogida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, fundamentándose en diversas normas del texto constitucional⁴⁰.

Esta función subsidiaria del Estado se desarrolla, según NOGUEIRA: “frente a los derechos sociales fundamentales cuando el individuo no puede obtenerlos mediante su libertad en su dimensión de autonomía y las condiciones materiales ameriten una activación de las obligaciones positivas del Estado. (...), lo que se debería a que el ordenamiento constitucional otorga una primacía a la persona, desarrollando una concepción personalista o instrumental del Estado”⁴¹.

De esta forma, doctrinariamente se habla de Constitución Económica⁴², cuya “idea proviene de la Constitución Alemana de Weimar y que se constituye como el establecimiento de un marco de principios e ideales, y la política gubernamental es la implementación de dichos principios y el lograr dichos

⁴⁰ Artículos 1, 19 N° 9, 10, 11, 12, 16, 18, 21, 23, 24 y 26, como lo señala, entre otros autores, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, T. IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1999), pp. 51-53.

⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 7, N° 2, (2009), pp. 143-205.

⁴² GUERRERO DEL RIO, Roberto: "La Constitución Económica", en Revista Chilena de Derecho, Volumen VI., (1979), pp. 79-94.

ideales. Concepto que cierta doctrina y también nuestros tribunales de justicia, han comenzado a equiparar al tradicional concepto de orden público Económico”⁴³.

Lo descrito, tiene su máxima expresión en el Orden Público Económico que FERMANDOIS define como: “el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”⁴⁴.

En efecto, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha precisado que el Orden Público económico es: “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución que desde el N°20 al N°25 de su art. 19, consagra las bases del orden público económico, y que el tiempo ha demostrado que debe contener principios y normas, claros y flexibles, pero definidos en materia económica, en la medida que esto sucede, la economía queda sustraída de los vaivenes políticos contingentes y amparada tanto por la rigidez relativa de la Carta Fundamental,

⁴³ FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo: Derecho Constitucional Económico. Tomo I. Editorial Universidad Católica de Chile. (2006), pp. 31 y 37.

⁴⁴ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo: Derecho Constitucional Económico, Tomo I, p. 72.

como por la garantía que representa la revisión judicial del principio de supremacía. El texto y contexto de la CPR es nítido y suficiente en el tema. Corresponde al legislador desarrollar ese marco constitucional. Más allá de la ley, siempre será la judicatura la encargada, caso a caso, de decidir si dicho Orden ha sido o no respetado en concreto, haciendo valer el espíritu más que la letra del Código Político”⁴⁵.

En otras palabras, como lo precisa CEA EGAÑA, se trata de “la constitucionalización del Derecho como un proceso, en virtud del cual la supremacía que singulariza a la Carta Fundamental se hace presente en la sumisión a los valores, principios y normas de aquella por las leyes, decretos, actuaciones administrativas, sentencias judiciales o fiscalizaciones practicadas por los organismos de control”⁴⁶. Por tanto, “la Constitución resulta así un conjunto coherente de disposiciones, cuya trascendencia ha demostrado ser decisiva en el desarrollo económico del país sobre la base de la iniciativa privada. (...). Y desde hace seis décadas, aproximadamente, ya no es sólo política, sino que también social y económica”⁴⁷.

⁴⁵ CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile. Segunda Edición, (2012), pp. 503-504-506.

⁴⁶ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, p. 73.

⁴⁷ *Ídem.*, CEA EGAÑA, José Luis, pp. 505.

2.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Lo descrito, pone de manifiesto que en nuestro orden institucional, la supremacía y fuerza normativa de la Carta Fundamental obliga a todos los poderes de Estado, a la administración y a los administrados, a ejercer sus funciones, sujetar sus actuaciones y a aplicar e interpretar el Derecho conforme a sus principios, valores y fines en concordancia a los derechos fundamentales que establece. Por ello, no es casual que la Constitución:

- a.** Contenga un capítulo especial de las Bases de la Institucionalidad que establece como finalidad única del Estado el servicio a la persona humana y la promoción del bien común consagrando así la regla de la servicialidad del Estado y el principio de la distribución de competencias públicas como forma de establecer la organización estatal.
- b.** Y principalmente, que disponga el Principio de Juricidad como elemento central del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, principio que por su importancia y relación con el objeto de esta investigación, se desarrollará en el Capítulo Tercero.

Según CALDERA la finalidad del Estado es una “finalidad esencial que debe contenerse efectivamente en todas las potestades públicas sin excepción y significa que el ejercicio del poder del Estado y de los órganos públicos, en general, debe ejercerse de acuerdo a los principios inherentes al constitucionalismo liberal, debiendo armonizar las competencias con el goce

efectivo de los derechos y libertades de todas las personas, como fundamento del poder público juridizado, por constituir un elemento esencial para la existencia del Estado de Derecho”⁴⁸.

Pero, para estos efectos, ¿Qué entendemos por derechos fundamentales?

Como lo expresa NOGUEIRA: “Los derechos fundamentales constituyen un sistema, un conjunto armónico, el cual tiene una doble fuente, el derecho constitucional y el derecho internacional, formando parte de un escenario complejo e interrelacionado, que asegura, protege, promueve y garantiza a los derechos en su conjunto indivisible de derechos civiles, políticos y sociales, lo que requiere compatibilizarlos, optimizarlos e interpretarlos bajo los postulados de progresividad y favor persona, como asimismo de prohibición de retroceso sin justificación y de interpretación restrictiva de las limitaciones de ellos legalmente establecidas, las que deben ser siempre necesarias, adecuadas y proporcionadas, asegurando la integridad del sistema jurídico, todo ello de acuerdo con el máximo de recursos disponibles”⁴⁹.

⁴⁸ CALDERA DELGADO Hugo. “Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa”. Revista Chilena de Derecho Vol. 16, N°2, (junio-agosto de 1989), pp. 423-428.

⁴⁹ *Ob. Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre, asimismo, con los derechos individuales y políticos”.

2.2 GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA VIDA.

2.2.1 Derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

El capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales establece en su artículo 19 N°8 que la Constitución asegura a todas las personas:

“El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Derecho Fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que como se desarrollará, se vincula y tiene su fundamento en las Bases de la Institucionalidad, al ser la Constitución la que lo garantiza cuando dispone en su art. 1 inc. 4⁵⁰ que, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, y con esa finalidad establece que sólo la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

La CPR “impone el deber al Estado de cautelar la posibilidad de que el

⁵⁰ Artículo 1 inc. 4° CPR: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

medio ambiente se vea menoscabado por cualquier tipo de contaminación; una de estas formas es la regulación territorial, por la cual el Estado puede impedir que las concentraciones urbanas impongan o posibiliten un gravamen mayor que el que ya representa la vida en común”⁵¹.

Por tanto, es el Estado el llamado a proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y a preservar la naturaleza. No obstante ello, coincido con la visión más amplia de GUZMÁN, cuando afirma que, tratándose de este derecho fundamental no sólo es el Estado, como sigue: “El art. 19 N°8 CPR contempla un derecho que se ejerce y se hace exigible bien frente al Estado _ en tanto potencial sujeto que embaraza su ejercicio, como, entidad que ofrece por medio de sus instituciones la correspondiente tutela judicial_, bien ante los demás particulares. (...). Y tendría entonces el carácter de ser un derecho subjetivo público, tanto en relación al respeto que los particulares se deben recíprocamente, como en lo que tiene que ver con la obligación del Estado de que los órganos que lo integran no incurran en alteraciones a dicho ejercicio”⁵².

Así, y como lo sistematiza CEA EGAÑA, “tales deberes con sujeción al numeral 8 en estudio, son los siguientes:

a. Velar para que el derecho asegurado en el art. 19 N°8 no sea vulnerado. Esta

⁵¹ *Ob. Cit.*. FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”, pp. 76.

⁵² GUZMAN ROSEN, Rodrigo. “La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile”. Legal Publishing Chile, primera edición. Santiago de Chile, (2005), p. 81.

obligación se refiere a que el Estado debe prevenir, es decir, obrar antes que ocurra la conducta que vulnere este derecho y precisamente para que esto no suceda, (...), siendo innumerables las opciones y decisiones que la ley, la administración pública y la judicatura pueden adoptar al respecto en relación a la cautela o protección de la vida y la salud, (...).

b. Tutelar la preservación de la naturaleza, (...), obligación que apunta a la necesidad de cuidar que la naturaleza no sea agotada, destruida o menoscabada, salvo en lo que resulte inevitable”⁵³.

2.2.2 Origen del art. 19 N°8 CPR.

Como lo afirma BERMÚDEZ, “el primer antecedente del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, se encuentra en un memorandúm de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución creada en octubre de 1973, que señala como declaración de intenciones, que uno de los principios en el que se debía fundar la futura Constitución era el derecho a la vida de los ciudadanos, para lo cual sería necesario evitar la contaminación del medio ambiente, estableciendo las normas que conduzcan a tal fin.

Tal declaración, continúa, encontraría su consagración positiva en el Acta Constitucional N°3, de 1976, que pasó a la CPR de 1980 con dos diferencias: La primera, a propósito del derecho de propiedad, el 19 N°24 CPR,

⁵³ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, p. 315.

al referirse a la función social que debe cumplir este derecho, que comprende entre otros, la conservación del patrimonio ambiental.

Y la segunda, con el mecanismo de tutela jurisdiccional de este derecho mediante el recurso de protección, en el art. 20 inciso 2º CPR entendido como un mecanismo de amparo bastante restrictivo”⁵⁴.

2.2.3 Alcances del Art. 19 N°8 CPR y su vinculación con el derecho a la vida y a la protección de la salud.

Como lo expresa GUZMÁN, el “resultado de la combinación de los artículos 19 N°8 y 20 CPR, da cuenta de la existencia de un derecho que todos tienen en orden a disfrutar de un ambiente adecuado, y de hacerlo exigible jurisdiccionalmente, si es necesario, por la vía de la acción de protección. En consecuencia, es un derecho que importa una obligación correlativa, imponible al Estado y a los demás habitantes”⁵⁵.

Sin embargo, el debate inicialmente no fue pacífico en relación al alcance que debía tener el art. 19 N°8 CPR. Específicamente, como lo destaca GUZMÁN en cuanto al “significado y extensión del derecho a vivir en un ambiente adecuado según el enfoque de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que concentró su labor en la indicación que formulara el comisionado Evans de la Cuadra suprimiendo la voz “toda” ya que en ninguna

⁵⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. XXI, Valparaíso Chile, (2000), pp. 9-25..

⁵⁵ *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo, p. 27.

sociedad era posible contar con un ambiente exento absolutamente de contaminación, (...), entendiéndose además, que este derecho consistía en la posibilidad de vivir en “un ambiente que permita desarrollar la vida en condiciones normales”. (...).

Además, la construcción jurídica de la CENC limitó la forma en que el ambiente podía ser adversamente intervenido (contaminación). Bien se sabe hoy que éste puede afectarse por otras causas, como el impacto y daño ambientales⁵⁶.

Para BERMÚDEZ “el derecho constitucional que se establece es a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación. Es decir, lo que se consagra en el artículo 19 N°8 no es el derecho a un medio ambiente incontaminado, sino el derecho a vivir en él”⁵⁷.

La forma en que finalmente se redactó esta disposición constitucional ha resultado ser fundamental a la hora de hacer exigible el derecho, por cuanto, “resumiendo, como lo precisa CEA EGAÑA, el criterio actual de la jurisprudencia y doctrina chilena, manifestamos que coinciden en dar al precepto un significado restringido al medio ambiente natural, es decir, a la contaminación del agua, del aire o atmósfera, de los alimentos y bebidas, por ejemplo, pero en la Ley de Bases se hallan preceptos que permiten defender la tesis amplia, v.gr., los contenidos en las letras h) y II) de su art. 1”⁵⁸.

⁵⁶ *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo, p. 28-30.

⁵⁷ *Ob. Cit.*, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, p. 2.

⁵⁸ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, pp. 314-315.

Y efectivamente así es, por cuanto uno de los objetivos plasmados en el mensaje del Ejecutivo en el proyecto de la Ley N° 19.300 de 1994, era dar un contenido concreto y un desarrollo jurídico adecuado al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

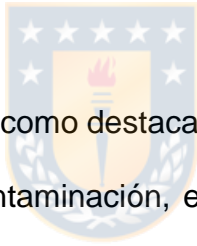
Una perspectiva restrictiva de este derecho, como lo afirma BERMÚDEZ citando al profesor SOTO KLOSS, “comprendería solo el entorno más inmediato del individuo titular del derecho, toda vez que como lo que se establece es el derecho a “vivir” en un medio ambiente libre de contaminación, se trata de una particularización del derecho a la vida consagrado en el art. 19 N° 1 del texto constitucional chileno”⁵⁹.

Sin embargo, y en una postura más bien ecléctica y menos restrictiva, BERMÚDEZ rescata la idea de “medio ambiente vinculado o relacionado al ser humano como aquella extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente a él, (...), el “entorno adyacente”, que es el lugar necesario para que el individuo se desarrolle, es decir, el espacio que necesita para que se desarrolle y despliegue sus potencialidades. En definitiva, es el concepto en el que se traduce el medio ambiente a que se refiere el art. 19 N° 8 CPR, como una interpretación más aceptable que caracterizarlo como una simple manifestación del derecho a la vida, como un derecho subjetivo-constitucional autónomo, distinto, y lo más importante, con esferas de protección diversas a las que

⁵⁹ *Ob. Cit.*, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, p. 12 citando al profesor Eduardo Soto Kloss.

brindan otros derechos, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud”⁶⁰.

Porque, lo importante como afirma BERMÚDEZ “es decir como debe ser esa vida, y en especial ¿Que le aporta el Art. 19 N°8 CPR. al derecho a la vida?. Literalmente, responde el autor, le da la particularidad de que sea una vida o existencia humana con unas condiciones y cualidades que sólo pueden obtenerse si esta se desarrolla en un medio ambiente libre de contaminación, (...) se trata de un vivir, de una vida o existencia en movimiento, en un encuentro propicio para ello, que según el Art. 19 N°8 CPR. será aquél que se encuentre libre de contaminación”.⁶¹



En el mismo sentido como destaca NOGUEIRA “el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en cuanto derecho fundamental, está pensado en lógica antropocéntrica, y, por tanto, la medida en que se puede dar su protección es definida por la propia sociedad, de acuerdo con lo que esperamos como entorno deseable, no puede dejar de tenerse en consideración que la protección del entorno está directamente relacionada con la calidad de vida y responde a las posibilidades de desarrollo de la vida humana en un contexto de recursos limitados y en un entorno cuya contaminación tolerable es

⁶⁰ *Ídem.*, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, p. 17-25.

⁶¹ *Ídem.*, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, p. 13.

limitada y debe relacionarse con el derecho al medio ambiente adecuado de las futuras generaciones”⁶².

Para GUZMÁN “la concepción del derecho posee un sentido y alcance relativo ya que su tutela no alcanza al goce de un ambiente exento de toda contaminación, advirtiéndolo así en relación a la visión de Cea Egaña, quien cree que lo determinante es la compatibilidad de una conducta con el bien jurídico que protege la ley fundamental, de tal modo que cuando no la hay resulta contraria al derecho consagrado en la CPR, por ende, el derecho aludido es (...), compatible con aquellos niveles de contaminación que, además de insoportables o inevitables, no sean peligrosos para el ser humano. La falta de congruencia entre esos aspectos se daría cuando esas conductas exceden los límites que compatibilizan la salud y la vida humanas, por una parte, con el despliegue de las actividades productivas que la misma Constitución establece. Por lo tanto, para Cea Egaña, la contaminación incompatible con dicho bien es aquella “nociva para la vida o la salud del hombre”, como asimismo dañina para el ecosistema en que él desenvuelve normalmente su existencia”⁶³.

Porque, como lo afirma BERMÚDEZ, “sostener una concepción restrictiva del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación comporta, en la práctica, una pérdida de eficacia de tal derecho por la operatividad de otros derechos constitucionales específicos que actuarán en la

⁶² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Derecho Constitucional Chileno”. Tomo I, Santiago, Abeledo Perrot, 2012, p. 633.

⁶³ *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo, p. 31.

esfera jurídica inmediata del individuo, e incluso, algunos de ellos, con mecanismos de tutela menos restrictivos que los establecidos para el propio artículo 19 N°8 CPR. Esta es la conclusión a la que debemos llegar si partimos de la base de que toda interpretación constitucional debe lograr la debida armonización entre los diversos preceptos que en principio puedan entrar en conflicto dentro de la propia Constitución, intentando no llegar a soslayar ninguno de ellos”⁶⁴.

De esta forma, considerando el desarrollo jurisprudencial, como resultado de la regulación constitucional del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, coincido con la doctrina citada en que se le debe considerar en una dimensión más amplia, que incluye el entorno adyacente y el derecho a la protección de la salud de las personas, encontrándose ambos derechos estrechamente vinculados a la regulación constitucional del derecho a la vida, porque su vulneración además de afectar a la salud de las personas, afecta a su calidad de vida.

En esa línea y en relación a la vinculación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación con el derecho a la vida y a la salud, el artículo 19 N°1⁶⁵ dispone que la Constitución Política protege el derecho a la vida y la

⁶⁴ *Ob. Cit.*, BERMÚDEZ SOTO, Jorge, p. 14.

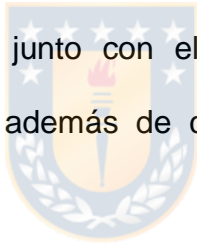
⁶⁵ Artículo 19 N°1 CPR: “La Constitución asegura a todas las personas:

1.- El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.

La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

integridad física y síquica de las personas, añadiendo consideraciones respecto de la vida del que está por nacer, la pena de muerte, y los apremios ilegítimos. Así, la consagración del derecho a la vida y la integridad física y síquica de la persona en la Constitución, al estar garantizada con la acción de protección del art. 20 CPR, implica que las personas no pueden sufrir privaciones, perturbaciones o amenazas a este derecho, por actos u omisiones arbitrarios e ilegales, en las que quedan comprendidas aquéllas que vulneran el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación.

Por su parte, el art. 19 N°9 CPR asegura el derecho a la protección de la salud de las personas, junto con el acceso igualitario a las acciones relacionadas con la salud, además de corresponder al Estado el control y coordinación de las mismas.



Por tanto, de la misma forma en que sucede con el derecho fundamental del art. 19 N°8 CPR, se establecen estos dos derechos fundamentales en términos tales, que nos conducen nuevamente a una obligación de la autoridad de otorgar protección a la salud y a la vida de las personas, al ser el Estado quien debe intervenir activamente en la protección de la vida de la persona y de su salud. Porque, como lo señala CEA EGAÑA “la vida tiene un carácter esencial dentro de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución, puesto que sería la condición que permite a las personas ejercer y desarrollar sus

facultades, de modo tal que sin el derecho a la vida no existe ningún otro derecho”⁶⁶.

El derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se vincula con el derecho a la vida y a la protección de la salud, porque conlleva como lo afirma DELGADO: “resguardar también la “calidad de vida”, concepto que implica no solo el derecho a vivir (para lo cual, en realidad, existen otras garantías constitucionales) sino el derecho a “vivir bien”⁶⁷.

En este contexto, para NOGUEIRA “un derecho tan importante como el derecho a la vida tiene esencialmente protección preventiva, por tanto no depende sólo de su consagración normativa, sino de su vigencia sociológica y de la eficacia de sus instituciones protectoras, cuyas modalidades de protección constituyen una decisión política e institucional. Por lo tanto, entre las obligaciones de respeto del Estado están las de no afectar con sus acciones la salud de las personas y el medio ambiente, entre otros. Es una obligación negativa de no dañar estos derechos”⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. *Ob. Cit.*, CEA, EGAÑA, José Luis. “Curso de Derecho Constitucional”, p. 37. A mayor abundamiento, en su página 27 en relación a este derecho: “En este sentido, creemos que en la enumeración del artículo 19° no están los derechos ordenados al azar, sino que siguiendo la secuencia jerárquica enunciada. Y lo mismo cabe aseverar del orden con que aparecen asegurados en los Pactos Internacionales respectivos”.

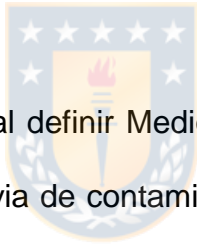
⁶⁷ *Ob. Cit.*, DELGADO SCHNEIDER, Verónica. “La orden de “trasladar” o “retirar” una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas”. p. 497.

⁶⁸ *Ob. Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: “(...), de todos los derechos, puede establecerse un esquema de diversos niveles de obligaciones del Estado, entre las cuales están las obligaciones de respeto, de protección, de promoción y de garantía. El Estado tiene así una doble función respecto de los derechos sociales, tiene el deber de respetar las obligaciones que generan los derechos y los límites que ellos aseguran, como asimismo la obligación de promoverlos, vale decir, de eliminar los obstáculos que impidan su realización efectiva con todos los medios de que dispone, como asimismo,

Con todo, en Chile aún no se establecen todas las normas que conducen a evitar la contaminación del medio ambiente, porque en nuestro ordenamiento jurídico no existe un reglamento o norma infralegal que establezca normas de calidad ambiental en materia de olores, vibraciones por tronaduras o por tráfico y otras molestias.

Lo anterior, a pesar de la citada declaración de intenciones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, de las reformas constitucionales del año 2005⁶⁹ y, de los conceptos de contaminación y medio ambiente libre de contaminación contenidos en el art. 2º de la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente⁷⁰.

Esta última norma, al definir Medio Ambiente Libre de Contaminación, presupone la existencia previa de contaminación, pero debido a la inexistencia



los órganos y autoridades públicas, dentro del ámbito de sus competencias, tienen la obligación de proteger los derechos sociales de las personas frente a afectaciones provenientes de agentes privados”.

⁶⁹ Por mensaje legislativo del Presidente Ricardo Lagos Escobar se promulgó en el año 2005, la ley de Reforma Constitucional N°20.050, que reformó, entre otros, el art. 20 CPR, en su inciso final como sigue:

“Procederá, también, el recurso de protección en el caso del 19 N°8, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

⁷⁰ Ley N°19.300 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente, promulgada el 1/03/1994 y actualizada por la Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial del 26 de Enero de 2010, que define en su art. 2º, letra c) Contaminación:

“la presencia en el ambiente de sustancias, elementos energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”.

Y en su letra m) Medio Ambiente Libre de Contaminación:

“aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”.

de una infracción a una norma de calidad ambiental en estas materias, tratándose de la presencia de olores molestos o dañinos, vibraciones por tronaduras o por tráfico y otras molestias, en la práctica no habría contaminación, lo que sin duda dificulta la aplicación de un procedimiento sancionatorio, salvo que se acredite lo afirmado por el Tribunal Constitucional en el considerando 13º de la Sentencia Rol N°577-2006, que rechazó el requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra del D.S. N° 80 de 2006 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: “Que no es admisible sostener que el Decreto Supremo impugnado legaliza una contaminación histórica, como afirman los requirentes, pues jurídicamente contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino la situación que supera los parámetros ambientales establecidos, y la norma que se ataca no contiene una autorización de tal índole. En tal sentido, y a pesar de que no tiene el carácter de una ley interpretativa de la Constitución, no puede prescindirse de los conceptos que formula –“para todos los efectos legales” el Artículo 2º de la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, para apreciar si la presencia de un contaminante es más que un impacto o alteración del ambiente y merece ser calificada de contaminación. Dicho Artículo define en su letra k) “impacto ambiental” como “la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada”, mientras que “contaminación”, según la letra c) del mismo Artículo, es “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en

concentraciones o concentraciones y permanencias superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente”. De tal forma, mientras no se aprueben las normas de calidad ambiental respectivas que determinen objetivamente los parámetros dentro de los cuales es admisible en el ambiente una sustancia o elemento, no corresponde hablar de contaminación, a menos que se acredite inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”⁷¹.

De lo anterior, da cuenta el razonamiento que, ante la inexistencia de normas de calidad ambiental, ha utilizado el Tribunal como uno de sus argumentos para desestimar vulnerado el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, como sucedió en última sentencia Rol N°2684-14 de la industria Curtidos Bas S.A., porque el TC, contrario a lo que había resuelto previamente en esta materia cuando rechazó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la industria Molinera del Norte S.A., en esta sentencia de Curtidos Bas S.A. acogió la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 62, inciso 2º de la LGUC presentada, y que

⁷¹ Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Rol N°577-2006, Requerimiento de Inconstitucionalidad en contra del D.S. N° 80 de 2006 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=372>, Consulta: 10-01-2015, 10.00 hrs.

previamente había conocido la Corte Suprema en el recurso de casación en el fondo interpuesto por Curtidos Bas S.A. para impugnar la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que rechazó la reclamación de ilegalidad deducida en contra del decreto del alcalde de San Joaquín que le había ordenado trasladarse de la comuna, en el plazo de un año, por causar molestias al vecindario al desarrollar sus procesos productivos.

El comentario de GUZMÁN acerca de qué sería contaminación de acuerdo a la norma constitucional del art. 19 N°8, permite comprender el razonamiento del TC en su última sentencia: “El derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, en clave constitucional, se encuentra agraviado cuando una determinada norma es infringida y a causa de la cual se produce un impacto ambiental autónomo, un fenómeno de contaminación en sentido estricto, o se configura un daño ambiental. En el evento que no exista precepto jurídico que regule la materia, se le afectará cuando se genere un impacto ambiental o un daño ambiental, tomando como base la prohibición constitucional de no afectar el legítimo ejercicio de este derecho. De lo anterior, se sigue que la voz contaminación que utiliza la CP, alude a un impacto ambiental significativo no mitigado, compensado o reparado; como también a contaminación en sentido legal literal, y daño ambiental”⁷².

Por tal motivo, el TC vuelve a argumentar en tal sentido en su sentencia de Curtidos Bas citando el referido considerando 13º, afirmando que, habiendo

⁷² *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo, p.45.

aceptado el constituyente que el medio ambiente es permanentemente modificado por la acción humana, la ley N°19.300 concibe que la contaminación es un ilícito sólo cuando excede los niveles objetivos establecidos por la legislación constituida especialmente por las normas de calidad ambiental y por las normas de emisión, basándose en que contaminación no es cualquier impacto o alteración ambiental sino aquélla que supera los parámetros ambientales establecidos, al que agrega: “lo cual asume importancia, al advertir que en el tema que aquí interesa no existen normas de calidad ambiental”.

No obstante esta doctrina que comienza a asentar el TC con el razonamiento de la sentencia Curtidos Bas, no cabe duda que el art. 19 N°24 inc. 2° de la CPR constituye un límite excepcional al legislador en relación al inciso 2° del art. 19 N°8 CPR, porque refuerza la protección del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al habilitar al legislador de manera expresa y excepcional para restringir el legítimo ejercicio de derechos y libertades con el fin de proteger el medio ambiente.

2.3 GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE ORDEN ECONÓMICO Y PATRIMONIAL.

La Constitución, al establecer los derechos de contenido económico patrimonial en el artículo 19, en sus numerales 21, 22, 23, 24 incisos 1° al 5° y 25, consagra las bases esenciales del derecho de la propiedad, con el fin de otorgarles garantía y protección de rango constitucional.

Para tales efectos, en nuestro sistema jurídico existen normas generales que regulan garantías a los derechos, como por ejemplo: recursos de inconstitucionalidad, de protección, nulidades. Otras normas que protegen intereses determinados, incluidos los derechos fundamentales y normas sancionadoras.

Con esa misma finalidad de garantizar los derechos fundamentales de contenido económico y patrimonial, FERMANDOIS identifica en la CPR: “Algunos principios pertenecientes al Orden Público Económico que nos parecen más gravitantes desde su perspectiva operativa, cruciales a la hora de interpretar las garantías: la primacía del ser humano y el principio de autonomías sociales, el principio de subsidiariedad económica, el principio de interdicción de la arbitrariedad: igualdad y no discriminación económica arbitraria, el principio de propiedad privada, el principio de la revisión judicial (económica), el principio de la reserva legal de la regulación económica y el principio de la política monetaria independiente y disciplina del gasto fiscal.”⁷³.

2.3.1 El derecho fundamental a la libertad económica.

La Carta Fundamental establece el derecho fundamental a la libre iniciativa económica, al disponer que la CPR asegura a todas las personas: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la

⁷³ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “Derecho Constitucional Económico”. Tomo I, p. 85.

moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.

En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”⁷⁴.

El artículo 19 N°21 CPR, como lo expresa la doctrina “es uno de los atributos públicos subjetivos del Orden Público Económico articulado en el Código Político vigente. Por lo mismo, son numerosos los principios y normas con los cuales este derecho se halla relacionado, por ejemplo, en el artículo 1° sus incisos 3°, 4° y 5° y los 3 incisos del art. 7°, pero las coordinaciones más concretas y directas tienen lugar con las disposiciones que integran aquel orden”⁷⁵.

Para confirmar lo anterior, basta con examinar las características de la regulación constitucional del derecho a la libertad económica del art. 19 N°21:

- Su regulación se basa en la existencia copulativa de dos principios: libertad e

⁷⁴ Constitución Política de la República. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, (1980). Reformada por mensaje presidencial DS N°100, mediante la ley de Reforma Constitucional N°20.050 que se promulgó el 17/09/2005.

⁷⁵ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, p. 525.

igualdad.

- Establece el principio de la libertad económica.
- Complementa el principio de la subsidiariedad del Estado.
- Tiene límites precisos: la moral, el orden público o la seguridad nacional.
- Está sometida a un sistema de reserva de ley.
- El inciso 2° del 19 N°21 regula la situación del Estado empresario en términos excepcionales, debido a la regla de la subsidiariedad.

Para CEA EGAÑA, “Sin aludir directamente al mercado, lo cierto es que en esta garantía se halla la libre concurrencia a él, pero regulada por la ley para que adquiera real sentido social. En su inciso 1° el numeral 21 contempla la libre iniciativa económica. Claramente, existe ahí una manifestación constitucional de prioridad del sector privado como agente empresarial, configurándose así, la política de mercado. En consecuencia, y correlativamente, aparece la subsidiariedad del Estado, lo que queda confirmado en el inciso 2°⁷⁶.”

De esta forma, se asegura a los privados el derecho a emprender una actividad económica libremente, cuyo único límite en esta disposición constitucional, está en la moral, el orden público y la seguridad nacional, pero se exige que esta actividad económica se desarrolle respetando las leyes que regulan la actividad.

Lo descrito queda aún más claro cuando el TC define el derecho fundamental a la libertad económica contenido en el artículo 19 N°21 CPR:

⁷⁶ *Ídem.*, CEA EGAÑA, José Luis, p. 526.

“Una expresión de los contenidos filosófico-jurídicos del Capítulo I de la Constitución Política y viene a ser una consecuencia del principio de subsidiariedad, como también del deber del Estado de resguardar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional; agregando que las normas del Capítulo I de nuestra constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”⁷⁷.

En este sentido, el art. 19 N°21 CPR en su inciso 1º le reserva un campo de acción para actuar a los particulares, y el Estado solamente interviene cuando deba cumplir su rol de Estado subsidiario en materia económica para suplir el actuar de los privados, y solamente si una ley de quórum calificado lo autoriza. Como lo afirma FERMANDOIS “El Orden Público Económico se nutre de la subsidiariedad, pero ésta da lugar a otros principios derivados:

- a. El principio de la libertad económica, que emana filosóficamente del derecho de las personas a constituir entidades con fines lucrativos lícitos, y reconocido por el N°21 del art. 19 de la Carta, y
- b. La subsidiariedad económica y el Estado empresario”⁷⁸.

Ciertamente -como expresa FERMANDOIS-, tal como el resto del art. 19, “el N°21 no constituye una regulación aislada, (...). Luego, la libertad

⁷⁷ Sentencia TC Rol N°167, 6 de abril de 1993, considerandos 9º a 11º.

⁷⁸ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. “Derecho Constitucional Económico”, Tomo I, p. 118.

económica debe ser interpretada en sus alcances, ámbito, límites, bondad o eventual reprochabilidad constitucionales, en armonía con el resto de los principios y normas constitucionales. La doctrina llama a este elemento de interpretación sistémico o sistemático, y ha sido recogido por los fallos del TC a partir de 1987⁷⁹ en sus considerandos 5º y 50: “La Constitución debe interpretarse como un todo orgánico en que el sentido de sus normas se determine de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose (...) toda interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia a algún precepto de ella”⁸⁰.

Como lo afirma el mismo autor: “esta realidad no ha sido asumida del todo por nuestra judicatura. (...). No obstante puede simultáneamente afirmarse que la doctrina y la jurisprudencia muestran una tendencia progresiva a la comprensión del nuevo escenario constitucional, si bien no es claro que se trate, hoy, de una interpretación mayoritaria”⁸¹.

Sin embargo, la regla de interpretación sistemática aplicada progresivamente por la jurisprudencia en la solución de conflictos de derechos fundamentales de orden económico y patrimonial, debería validarse en la interpretación de todos los derechos fundamentales.

⁷⁹ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS Arturo, p. 120. citando la Sentencia TC Rol N°43-1987.

⁸⁰ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Derecho Constitucional Económico, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2014, p. 211.

⁸¹ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo: Derecho Constitucional Económico, Tomo I, p. 120.

2.3.2 El derecho fundamental de igualdad en las cargas públicas.

El art. 19 N°20 de la CPR, establece que la Constitución asegura a todas las personas: “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”⁸².

Sin perjuicio que, por su relevancia debido a las consecuencias prácticas en los administrados, la garantía de la igualdad en las cargas públicas se desarrollará en los argumentos de inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias y a propósito del acontecer en derecho comparado en el caso de España y de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en los acápites 3.1 y 3.2 del tercer capítulo respectivamente, formulo esta pregunta y realizo estas prevenciones:

¿Cuál es la naturaleza jurídica de las normas de traslado o retiro de industrias de la LGUC y del Código Sanitario?.

⁸² Y el art. 19 N°20 continúa: “Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”.

Para responder a esta interrogante, acudo al concepto de carga pública aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, de la sentencia del TC Rol N°755-2007 citada por FERMANDOIS, mediante la cuál se declaró inconstitucional la gratuidad de la carga del abogado de turno, por infringir la garantía constitucional de la igualdad en las cargas públicas, art. 19 N° 2, 20 y 16 de la CPR.

Así, el TC en el considerando 48° de esa sentencia, se toma del concepto del profesor EVANS DE LA CUADRA para definir cargas públicas: “Todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador. (...). Que “las cargas públicas deben ser repartidas entre todos los llamados a soportarlas, de manera igualitaria y equitativa, sin que su peso recaiga, a través de discriminaciones arbitrarias que tacharían la ley de inconstitucional, en unos en forma gravemente onerosa o en otros de manera preferencial o privilegiada, (Evans, ob. cit., p. 286)”

⁸³.

En este contexto, el Estado ejerce una función pública a través del ordenamiento territorial, mediante los instrumentos de planificación territorial. Y como se ha afirmado, en el derecho urbanístico, a través de la regulación de la LGUC y de la OGUC, se confrontan derechos de variada índole, porque sus

⁸³ *Ob Cit.*, FERMANDOIS. Tomo II, p. 128.

normas contemplan un sinnúmero de limitaciones al dominio en razón de la función social de la propiedad, como elemento constitutivo del derecho de propiedad, que importan un sacrificio especial que los administrados no están obligados a soportar, sumado a los efectos similares que tiene la aplicación del art. 84 del Código Sanitario.

Por cuanto, conforme lo afirma PAREJO y como ya se ha evidenciado en estas líneas, existe “contradicción y conflicto permanente entre, los intereses privados que giran en torno al máximo de libertad, y aprovechamiento y disposición, y los públicos, que radican en la sujeción del ejercicio de aquellas facultades a una racionalidad global y coherente establecida según fines y objetivos comunitarios colectivos”⁸⁴. Siendo “un aspecto fundamental en el derecho urbanístico la separación o disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas que afectan a ese suelo; decisiones de las que se ve privado el propietario para ser atribuidas al poder político”⁸⁵.

De esta forma, la Constitución dispone en su art. 19 N°24 CPR que la ley puede hacer nacer un determinado derecho con determinadas cargas, deberes u obligaciones, sin que ello implique imponer una reducción exterior a su contenido, porque se entiende que no se trataría de una limitación, sino que es un derecho que desde un principio tendrá determinadas cargas u obligaciones

⁸⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano. “*La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán*”. (I), en: Revista Española de Derecho Administrativo, N°17, (1978), p. 245. El destacado es nuestro.

⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. “*Lecciones de derecho urbanístico*”. Madrid: Cívitas, (1981). p. 429.

que le son inherentes.

Para RAJEVIC, con quien coincido, la constitucionalidad de ciertas instituciones de la LGUC como la regulación del congelamiento de terrenos del inc. 1º artículo 62 LGUC por ejemplo, es una afectación de mayor intensidad y una carga injusta que va más allá de una simple delimitación, y expresa lo siguiente: “Existen normas vigentes que contienen supuestos que afectan de manera bastante intensa a algunos propietarios. Particularmente injusto es el caso de los congelamientos derivados de determinaciones urbanísticas que cambian el uso de suelo de un terreno afectándolo a un uso público que no se concreta nunca, pero que impiden al propietario sacar provecho de su bien, como lo establece el inc. 1º del art. 62 LGUC. Igual problema sufren los propietarios de inmuebles declarados monumentos nacionales por el Consejo respectivo, consignados como inmuebles o zona de conservación histórica por el plan regulador (art. 59, inciso final, LGUC). Es necesario buscar mecanismos que velen porque las cargas de la planificación se repartan equitativamente”⁸⁶.

PUCHEU en cambio, en lo que refiere al congelamiento de terrenos sostiene que “nada impediría que la Ley haga nacer un derecho con determinadas cargas, (...), porque es un derecho circunscrito, desde un principio, por determinados derechos u obligaciones, que le son inherentes y

⁸⁶ *Ob. Cit.* RAJEVIC MOSLER, Enrique p. 548: Al respecto podran explorarse las experiencias de derechos inmobiliarios transferibles que se han implementado exitosamente en Estados Unidos para preservar el patrimonio arquitectónico, los suelos agrícolas y las áreas ambientalmente sensibles”.

consustanciales, por lo tanto, no existiría derecho a edificar, si el plan regulador no lo concediera, razonamiento que valida diversas instituciones contenidas en la LGUC, como lo son el congelamiento de terrenos, entre otros, que no serían limitaciones al derecho de propiedad, sino simplemente la delimitación legal del contenido de la propiedad urbana reglamentado en la LGUC⁸⁷.

Lo cierto es que se analizará, la regulación de las normas de traslado o retiro de industrias, va mas allá de una simple limitación, porque es una privación, y desde luego también lo es la limitación de menor intensidad del congelamiento de terrenos que preceptúa el inciso 1º del art. 62 LGUC, cuya aplicación afecta la facultad de disposición material de edificar en el inmueble.

En ese orden de ideas, por su importancia para los planteamientos de este estudio, destaco el análisis de estos dos autores: ZÚÑIGA: “la mentada responsabilidad patrimonial del Estado Legislador concierne a actos legislativos, que adolecen de una potencial inconstitucionalidad, generan una lesión o daño “antijurídico” o injusto a persona o grupo de personas, cuando tal acto establece limitaciones o ablaciones a derechos subjetivos públicos, garantizados constitucionalmente como derechos fundamentales de contenido patrimonial,

⁸⁷ PUCHEU MUÑOZ, Mario. “El Derecho a edificar en la Legislación Urbanística”. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº206 año LXVII, (1999), pp 37-41. “Resultando dos posiciones encontradas, (...). Por una parte, podría sostenerse que el derecho a edificar, como contenido esencial del derecho de propiedad, subsiste preexistiendo a la planificación, pues es anterior a cualquier ordenación urbanística. Por la otra, sería razonable pensar que la posibilidad de edificar deriva de los instrumentos de ordenación territorial. Porque “si se considera que la facultad de edificar es un atributo esencial del dominio, debería concluirse que la ley podría impedir la construcción, sólo previo pago de la correspondiente indemnización por los perjuicios causados al propietario del terreno afectado por la prohibición”.

como el derecho de propiedad y el derecho de libertad económica, siempre que el acto legislativo imponga cargas o deberes que entrañen un sacrificio especial (propio y particular) que vulnere las garantías de igualdad ante la ley e igualdad ante las cargas públicas”.

Y ALDUNATE: “se deja abierta la posibilidad de discutir la regulación de la propiedad bajo el lente de la dogmática especial de las cargas públicas en aquellos casos en que sus consecuencias económicas sean particularmente gravosas, pero aquí en un plano que necesariamente incorpore la posibilidad de apreciar en concreto dichas consecuencias como antecedentes de una compensación que restablezca el estándar constitucional de igualdad ante las cargas públicas”.



2.3.3 El derecho fundamental a la propiedad y de propiedad.

El constituyente abordó el estatuto de la propiedad en general, consagrando separadamente:

- El derecho al libre acceso a la propiedad o libre apropiabilidad de los bienes, art. 19 N°23.
- El derecho de propiedad, art. 19 N°24.
- El derecho de propiedad especial sobre creaciones intelectuales o artísticas y la propiedad industrial, art. 19 N°25.
- El contenido esencial o esencia del derecho, art. 19 N°26.

La Constitución relaciona deliberadamente el derecho a la propiedad y de propiedad con otras disposiciones constitucionales de orden económico, con una regulación con diversas manifestaciones que evidencian el interés por el constituyente nacional por proteger el conjunto de estos derechos fundamentales de orden patrimonial y la relevancia que tienen en nuestro ordenamiento jurídico, como lo destaca la doctrina con algunos matices.

Porque, no obstante, nuestra Constitución efectivamente reconoce explícita e implícitamente derechos civiles, políticos y sociales, tratándose de derechos patrimoniales, la norma fundamental va incluso más allá estableciendo, como lo afirma el profesor PEÑAILILLO: “El derecho a la propiedad como la base fundamental para el régimen que se ha adoptado en la actividad económica nacional, y como principio muy general en su numeral 23, la libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, norma que se traba vigorosamente con otra, la del artículo 19 N°21 que reconoce y protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, normas que en su conjunto sientan las bases del régimen económico, que se consolida con la descripción de los caracteres fundamentales que se reconocen al dominio y la protección que se le brinda en el art. 19 N°s 21 al 25 y se respalda en el N°26”⁸⁸.

A tal punto que, para FERMANDOIS, el conjunto de estos artículos es un estatuto de la propiedad, al expresar que: “El derecho de propiedad ha sido

⁸⁸ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel en “Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales”. Editorial Jurídica de Chile. 2006, pp. 87-88.

siempre un eje en los sistemas constitucionales del mundo..(...). Efectivamente el tratamiento de este derecho fundamental en los números 23º, 24º, 25º y 26º del art. 19 de la Carta refleja con mucha precisión la riqueza del pensamiento del constituyente, sus convicciones doctrinarias, (...). Para quien el concepto de función social de la propiedad entre otros, reflejaría “algún grado de confusión del constituyente”⁸⁹, frase esta última, que ciertamente no comparto.

Adicionalmente, CORDERO afirma que la “CPR no garantiza una propiedad, sino que el derecho de propiedad en sus diversas especies, razón por la cual el concepto del Código Civil es uno más de los diversos tipos o especies de propiedad garantizados por la CPR, no constituyendo un modelo único. (...) Además, la CPR reconoce la facultad del legislador para configurar distintos tipos de propiedad, al disponer que le corresponde imponer “las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”, con lo cual se habilita al legislador para configurar distintos regímenes o tipos de propiedad al determinar como contenido intrínseco de cada una de ellas su respectiva función social. Por otra parte, el propio art. 582 del Código Civil⁹⁰, 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”⁹¹.

⁸⁹ *Ob. Cit.*, FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Derecho Constitucional Económico, p. 211.

⁹⁰ Art. 582 CC.: “el dominio o propiedad es el derecho real que se tiene sobre una cosa, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley, o contra derecho ajeno”.

⁹¹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad”. Revista de Derechos Fundamentales N°2, 2008, p. 93.

2.3.4 El Derecho de Propiedad: Método Constitucional de Garantía y Protección.

La Constitución establece el derecho de propiedad en una de sus disposiciones más extensas. Así, en lo pertinente a este análisis, el art. 19 N° 24 dispone que la Constitución asegura a todas las personas: “El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

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

2.3.4.1 Garantía de Reserva Legal.

Como se ha anunciado, si hay algo que caracteriza y distingue a nuestra Carta Fundamental, es que el derecho de propiedad es de aquellas materias que el constituyente buscó proteger, disponiendo de manera expresa y explícita

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3999271>, visitada el 28/10/17, 10:00 horas.

como lo ha señalado la doctrina: “la reserva legal para el establecimiento de los modos de adquirir el dominio y para imponer restricciones (limitaciones), obligaciones y privaciones (expropiación) en los siguientes términos: 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 de su función social”⁹².

Lo anterior, tiene su explicación como lo expresa NOGUEIRA, porque “Las garantías normativas hacen referencia al Principio de Legalidad en sentido amplio, concentrando su significado en los derechos fundamentales, regulando su desarrollo y aplicación, y su reforma, como asimismo, a los límites a la capacidad de regular y limitar los derechos que tiene el legislador, y el principio de reserva legal y del contenido esencial de los derechos”⁹³.

Y así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional estableciendo que existe una reserva legal a partir del inciso 2º del artículo 19 N° 24: “Que la regulación legislativa del ejercicio del derecho de propiedad se halla, en variados aspectos sometida al principio de reserva y dominio legal, en el sentido dual o copulativo que ha sido explicado, es decir, tanto en sus disposiciones comunes

⁹² *Ob Cit.*, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. p. 88.

⁹³ *Ob Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, pp. 143-205, afirma que los derechos tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales, pueden tener garantías constitucionales en un sentido amplio y garantías jurisdiccionales en un sentido específico, su establecimiento no es producto de la estructura de los derechos fundamentales sino de la voluntad política de establecer las respectivas garantías, las cuales pueden ser graduales. Así las garantías nacionales específicas pueden clasificarse en garantías normativas, garantías de control y fiscalización, garantías de interpretación y garantías jurisdiccionales”.

o generales, previstas en los artículos 32 N° 8, 60 y 19 N° 26 de la Constitución, como en sus preceptos específicos. Así sucede, por ejemplo, a propósito del establecimiento de las limitaciones y obligaciones del dominio derivadas de la función social que le es intrínseca, de acuerdo a lo mandado en el artículo 19 N°24 inciso segundo de ella”⁹⁴.

La importancia de esta sentencia radica en que mediante ella, el Tribunal Constitucional sostiene que el rol del reglamento debe limitarse a un rol secundario o de mera ejecución cuando intervenga en la regulación del derecho de propiedad, específicamente en materias urbanísticas, por existir una reserva legal que protege este derecho.

En ese sentido y como lo destaca NOGUEIRA “el principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador puede hacer a la autoridad administrativa para reglamentar las leyes, pero esta regulación reglamentaria está claramente subordinada a los parámetros definidos por la ley, (...). La reserva de ley como reserva de lo esencial se transforma en último caso, en reserva de sentencia, ya que será el Tribunal Constitucional el que determinará dicho criterio en cada hipótesis normativa” ⁹⁵.

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N°370/2003, véase además al respecto, los considerandos 17º, 18º y 21º. Disponible en internet: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=372>. Consulta: 10-01-2015, 10.00 hrs.

⁹⁵ *Ob Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, pp. 143-205: “Con el concepto de reserva de ley se asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias se produzca mediante el procedimiento legislativo parlamentario y se definen sectores y materias que están reservados exclusiva y completamente a la ley y excluyendo su regulación por parte de la administración, y no sólo se reserva al legislador, sino que también se limita la libertad de acción del legislador en la regulación de los derechos

2.3.4.2 Gradualidad en la afectación del derecho de propiedad. Restricciones, Obligaciones y Privaciones: art. 19 N°24 incisos 2° y 3° CPR.

En efecto, la Constitución utiliza un método, una forma única, extensa y detallada para establecer la regulación del derecho de propiedad, y por ende, asegurar la garantía efectiva de protección de este derecho fundamental de orden patrimonial.

Es un método de regulación constitucional mediante el cuál el constituyente chileno distingue distintas categorías o clases de afectación del derecho fundamental de propiedad en diferentes grados, de menor a mayor intensidad con sus respectivos requisitos y consecuencias, a través de lo que el profesor PEÑAILILLO describe como sigue: “Restricciones (limitaciones), obligaciones (cargas o deberes), llegando a su extremo con la privación (expropiación), como manifestaciones de su función social, privación que es detenidamente regulada, restringiéndose así el campo regulado por la ley, distinguiendo el constituyente entre privación total y parcial, lo que implicaría la expropiación parcial ya no de la cosa, sino de una parte del derecho con derecho a indemnización. En suma, “la Constitución autoriza a la ley (y solo a la ley) para

fundamentales, el cual queda obligado a regular las materias objeto de dicha reserva y constituye así una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y un mandato específico del constituyente al legislador para que sólo regule ciertas materias en sus aspectos fundamentales. El sentido último de la reserva de ley es «asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos», como lo señala el profesor Nogueira citando al Tribunal Constitucional español en su sentencia 83/1984”. Lo destacado es nuestro.

imponer restricciones y deberes por cierto sin indemnización como que se imponen con base en la función social, y para privar del dominio integral o parcialmente (en este último caso, por privación de un atributo o facultad esencial), aquí mediante ley expropiatoria y, por tanto, con la consecuente indemnización”⁹⁶.

2.3.4.3 Límites Constitucionales al Legislador

El art. 19 N°24 de la Constitución, es una de las disposiciones que limitan expresamente al legislador para proteger derechos fundamentales, al establecer en sus incisos 2º y 3º lo siguiente:

- La limitación de conservar el patrimonio ambiental, a propósito de la protección constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y,
- Las restricciones de las que puede ser objeto el dominio derivadas de su función social.

A lo que se suma, la obligación presente en el art. 19 N°26 de la CPR de respetar el contenido esencial o esencia del derecho, que, en principio y como expresamente lo señala la CPR, sólo aplica para al derecho de propiedad, cuando señala que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio.

⁹⁶ *Ob. Cit.*, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. pp. 92, 96 y 97.

En el mismo sentido y siguiendo a ALDUNATE, en el marco constitucional, la actividad legislativa solo encuentra un límite en las disposiciones constitucionales, y en relación a las limitaciones u obligaciones a la propiedad, las disposiciones que limitan expresamente al legislador son tres:

- a. Sustento de la función social de la propiedad, art. 19 N°24 inc. 2°.
- b. Eventual fundamento de una restricción, art. 19 N°24 inc. 2°.
- c. El contenido esencial o esencia del derecho, art.19 N°26”⁹⁷.

- a. Sustento de la función social de la propiedad, art. 19, N°24 inc. 2° CPR.

La función social quedó establecida en el art. 19 N°24 inciso 2° de la Constitución a partir de la reforma constitucional introducida por la Ley N°16.615 de 1967, que garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies, incorporando expresamente el concepto de función social como sigue:

“Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

N°24: el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la

⁹⁷ ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°2, (2006). pp. 285-303.

Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”.

Originándose un prolongado debate en la CENC en torno a la posibilidad de otorgarle una definición a la función social, sin que se llegara a uniformar una opinión, por lo que en el inc. 2º del art. 19 Nº24 de la CPR de 1980 se mantuvo el criterio establecido en la reforma de 1967, esto es, enumerar lo que comprende la función social sin pretender definirla, señalando como comprensivas de la función social:

- Los intereses generales de la nación.
- La seguridad nacional.
- La utilidad y salubridad públicas.
- La conservación del patrimonio ambiental.



La inclusión de la conservación del patrimonio ambiental como parte de la función social, queda de manifiesto en el inciso 2º del art. 19, Nº 8 CPR que dispone que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinado derechos y libertades para proteger el medio ambiente.

Porque, como destaca GUZMÁN citando a EVANS DE LA CUADRA, “el inciso 2º del art. 19 Nº24 CPR viene a ser una ampliación del Nº8, pero con una gran diferencia: para proteger el medio ambiente, la ley puede restringir el ejercicio del derecho, para cautelar la conservación del patrimonio ambiental, la ley puede imponer limitaciones y obligaciones a la propiedad”⁹⁸.

⁹⁸ *Ob. Cit.*, GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, p. 107.

Así, nuestra Carta Fundamental dispone respecto del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y del derecho de propiedad, restricciones, limitaciones y obligaciones a partir de su función social.

Como lo afirma GUZMÁN, la Constitución ha establecido en disposiciones diferentes la posibilidad de constreñir determinados derechos y libertades iusfundamentales, con el único objeto de adecuar su ejercicio al debido resguardo del ambiente, a partir de las cuáles se construye jurídicamente en nuestro ordenamiento el concepto de desarrollo sustentable, distinguiendo en el artículo 19 N°8 inciso 2º, restricciones cuyo fundamento es la protección del medio ambiente, y en el artículo 19 N°24 inciso 2º limitaciones y obligaciones como parte de la función social del dominio, que comprende la conservación del patrimonio ambiental. Por lo tanto, es la noción de función social la que delimita ambas disposiciones, y expresa que son materias de reserva exclusiva del legislador las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social en armonía con los intereses colectivos⁹⁹.

CEA EGAÑA resumiendo el concepto dado por dos autores, define la función social como “el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico-social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro. Dicha función conjuga, por ende, el ejercicio del dominio con la seguridad jurídica y a ambos, a su vez, con la evolución y la

⁹⁹ Cfr. *Ob. Cit.*, GUZMÁN ROSEN, Rodrigo, pp. 103-104-105-111-147 y 143.

reforma que exige el progreso humano en sociedad”¹⁰⁰. Añadiendo que “solamente a la ley corresponde establecer las limitaciones y obligaciones que deriven de la función social del dominio. Abarcando ambas especies de restricciones o acotamientos el ejercicio común u ordinario del derecho, nos referiremos a ellas, llamándolas genéricamente delimitaciones”¹⁰¹.

En la misma línea, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que la “función social de la propiedad advierte que el dominio debe ser ejercido con consideración de los intereses de la sociedad y no solo de los particulares del propietario”¹⁰². Para el Tribunal Constitucional: “La función social es inherente al derecho de propiedad y está implícita en él. Supone que el derecho debe ser ejercido de acuerdo con el fin que les propio y en armonía con los intereses colectivos”¹⁰³.

En cuanto a la relación entre el derecho urbanístico y la función social del derecho de propiedad, destacan los considerandos del fallo del Tribunal Constitucional Rol N°253-1997 en materia urbanística: “De los aspectos históricos del derecho urbano surge la indubitada conclusión de que el régimen de urbanización vigente que se ampara en la Constitución, en la LGUC, y en las Ordenanzas y Decretos que lo implementen, no vulnera, sino por el contrario, da eficacia a la función social de la propiedad, valor éste expresamente reconocido

¹⁰⁰ *Ob. Cit.* CEA EGAÑA, José Luis, p. 575.

¹⁰¹ *Ídem.*, CEA EGAÑA, José Luis, p. 574.

¹⁰² *Ob Cit.*, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. p. 89.

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N°245/1996, considerando 27º.

y consagrado por nuestra CPR en el art. 19, N° 24. El sistema normativo urbano, se desarrolla a base de las disposiciones constitucionales que lo amparan, en especial, las que se refieren al derecho de propiedad y al libre ejercicio de toda actividad lícita; y en la LGUC y en los actos administrativos que dan vida, dinámica y eficacia a sus normas. La función social es un elemento constitutivo del derecho de propiedad, y en virtud de dicha función social, está al servicio de fines que van más allá del titular del mismo derecho, destacando que existe una delimitación del derecho de propiedad, por cuanto el Estado ejerce una función pública, cuál es, el ordenamiento territorial. La urbanización así se convierte en función pública. La ley conforma la propiedad urbana y la administración ordena a través de los instrumentos urbanísticos. Y el protagonista no es el propietario, sino el plan urbanístico, pues aunque no extingue el derecho de aquél a explotar su propiedad, define su contenido.”¹⁰⁴.

Y en plena correspondencia, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional que, salvo algunas excepciones, en esta materia se ha mantenido invariable: “La existencia de funciones o finalidades no individualistas que restringen una consideración puramente absolutista de la propiedad y de los derechos del propietario sobre la misma”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. Considerandos sentencia TC Rol N°253-1997, destacando el voto de minoría de los ministros señores Faúndez y Colombo, quienes concurren al rechazo del requerimiento de inconstitucionalidad del DS N°171-1997 del MINVU, las dos observaciones citadas, del Contralor General de la República y del Presidente de la República de la época, respectivamente.

¹⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sentencia Rol N°2299/2012, considerando 8°.

b. Eventual fundamento de una restricción, art. 19 N°24 inc. 2° CPR

En relación a un eventual fundamento de una restricción al derecho de propiedad, estimo que la reserva legal del art. 19 N°24 inc. 2° constituye un límite al legislador en relación al inciso 2° del art. 19 N°8. Y además, es una norma de importancia ambiental porque refuerza la protección del derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y por extensión, el derecho a la vida y a la salud de las personas.

GUZMÁN ha sostenido que “el art. 19 N°8 es una cláusula constitucional de la mayor relevancia porque coloca al legislador en posición de restringir determinados derechos, (...), siendo especialísima en al menos dos sentidos: de un lado posibilita que en determinadas situaciones los derechos y las libertades fundamentales sean restringidos en su ejercicio, y es el único precepto constitucional que admite esa opción de disminución de derechos y libertades en tiempos de normalidad constitucional”¹⁰⁶.

En esa línea argumental, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto por ejemplo, en materia urbanística: “El orden urbanístico está integrado en el concepto de preservación del patrimonio ambiental e inspira las limitaciones que la legalidad urbanística impone al derecho de propiedad, en razón de su función social, garantizada constitucionalmente. Es por tanto, ilegítimo el ejercicio del derecho de la propiedad que vulnera dicha legalidad”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo. p. 112-113.

¹⁰⁷ SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO del 15 de septiembre de 1993, considerandos 6° y 9°. Revista Gaceta Jurídica N°159, año 1999, p. 90.

Destaca en lo pertinente, la distinción que realiza GUZMÁN en cuanto al tipo de derechos y al ámbito de intervención: “La norma del art. 19 N°8 inc. 2º es mucho más amplia que el art. 19 N°24 inc. 2º, ya que se refiere a todo tipo de derechos y libertades, inclusive la propiedad y no solo a restricciones al derecho de dominio, (...). Se puede condicionar todos aquéllos derechos y libertades establecidos en la CP que, en tanto modificados de su despliegue original, sirvan a la protección del medio ambiente, incluyendo el derecho de propiedad. En cambio, en el caso del art. 19 N°24 inc. 2º sólo pueden establecerse restricciones al del dominio”¹⁰⁸. Lo que, además, según precisa el profesor CEA EGAÑA “presupone la vigencia de textos legales bastante minuciosos”¹⁰⁹.

Por su relevancia en este estudio, destaco el categórico análisis que realiza CEA EGAÑA: “tales restricciones pueden aplicarse únicamente a determinados derechos o libertades, lo cuál conlleva estas dos consecuencias:

- Que el legislador debe señalar con exactitud cuáles son los derechos y libertades cuyo ejercicio es susceptible de ser restringido, explicando o justificando los motivos de su determinación cuando los restrinja en concreto. Con estas exigencias se abre la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de las normas respectivas si no cumplen los requisitos explicados; y
- Que sólo pueden ser restringidos aquellos derechos o libertades que dicen relación, directa e inequívoca, con la tutela del medio ambiente. Es decir, no cabe

¹⁰⁸ *Ob. Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo. “La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile”, p. 106 y 112.

¹⁰⁹ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, p. 315.

la invocación de cualquier derecho, arbitraria ni discrecionalmente, alegando que se lo afecta por encuadrarse en la amplitud de la cláusula constitucional. Si así fuera, se podría atacar la constitucionalidad del proyecto ante el Tribunal Constitucional”¹¹⁰.

2.3.5 Derecho a la no vulneración del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica, art. 19 N°26 CPR.

En relación a esta garantía constitucional que, por su relevancia, se profundizará en el tercer capítulo como uno de los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias, cabe destacar preliminarmente lo siguiente:

La Constitución no define que debemos entender por contenido esencial de un derecho, por lo tanto, será necesario recurrir a unos de los precedentes del Tribunal Constitucional, mediante el cual, delimitó lo que se entiende por contenido esencial de un derecho como límite absoluto al legislador: “La esencia del derecho debemos conceptuarla desde el punto de vista del ordenamiento positivo, (...). Desde esta perspectiva, debemos entender que un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el 'libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”¹¹¹

¹¹⁰ *Ob. Cit.*, CEA EGAÑA, José Luis. “Derecho Constitucional Chileno”, pp. 315-316.

¹¹¹ Sentencia TC Rol N°43 de 1987, considerando 21º.

Por tanto, siguiendo la doctrina asentada por la jurisprudencia constitucional, para que se produzca una afectación del contenido esencial de un derecho, se requiere que el derecho sea privado o restringido severamente en las facultades de ejercicio.

A mayor abundamiento y como lo describe la doctrina, “para el Tribunal Constitucional español la vulneración de la esencia del dominio, o privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales se produce cuando:

- Se trata de derechos propiamente tales y no de meras expectativas.
- Que esos derechos son afectados singularmente, imponiéndosele un sacrificio especial sólo al sujeto afectado y no a toda una categoría de sujetos producto de una regulación general; y
- Que la ley prive a esos derechos de sus elementos más básicos, en términos de hacerlos irreconocibles, afectando así su esencia”¹¹².

¹¹² *Ob. Cit.* FERMANDOIS, Tomo II, pp. 315 y 316.

CAPITULO III
ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS ARTS. 62 INC. 2º Y 160 DE LA
LGUC Y DEL ART. 84 DEL CÓDIGO SANITARIO

3. TOMA DE POSICIÓN: INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES Y DEL ARTÍCULO 84 CÓDIGO SANITARIO.

3.1 ARGUMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS.

Mi planteamiento a favor de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias que establece la Ley General de Urbanismo y Construcciones y del artículo 84 del Código Sanitario se sustenta en que de acuerdo a nuestra Constitución, aplicadas al caso concreto, tienen como consecuencia la imposición de severas limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales de contenido económico y patrimonial de los administrados, afectando su garantía efectiva, en base a los siguientes argumentos:

3.1.1 Vulneración del Principio de Juricidad, artículos 6º y 7º de la CPR.

3.1.1.1. Vulneración de los principios de contradictoriedad, de imparcialidad y de razonabilidad.

3.1.1.2. Vulneración del principio de proporcionalidad.

3.1.2 Vulneración del derecho de propiedad, art. 19 Nº 24 CPR.

- a) Requisito en cuanto al Medio: reserva legal inc. 2º art. 19 N°24
- b) Teoría de la Esencialidad.
- c) Requisito en cuanto al Resultado: reserva legal inc. 3º art. 19 N°24

3.1.3 Vulneración del derecho a la igualdad en las cargas públicas art.19 N° 20.

- a) Derecho comparado y el caso de España.
- b) Teoría del sacrificio especial o de igualdad en las cargas públicas.

3.1.4 Vulneración del derecho a la libertad económica, art.19 N° 21 CPR.

3.1.5 Vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica art. 19 N° 26 CPR.



3.1.1 Vulneración del Principio de Juricidad de los arts. 6º y 7º de la CPR.

En efecto, las normas urbanísticas de la LGUG y el art. 84 del Código Sanitario son inconstitucionales porque aplicadas al caso concreto afectan garantías normativas en relación al Principio de Juricidad, porque, doctrinariamente ya no se habla de Principio de Legalidad, debido a lo que PANTOJA denomina: “La evolución jurídica del mundo occidental, que transformó el principio de legalidad, concebido como una simple sujeción externa a la ley, en el principio de juricidad. En el contexto de la postmodernidad, la Administración del Estado se haya vinculada no sólo a los clásicos principios formales o causales: supremacía constitucional, principio de legalidad, sino a criterios finalistas: estar al servicio de la persona humana y al bien común, y

sustanciales: pleno respeto de los derechos de las personas, todos los cuales convergen socialmente a la realización del Derecho-derecho, en aras de concretar el objetivo superior de la certeza jurídica, parámetro de la paz social”¹¹³.

Por tanto, como lo señala REYES, a partir de la evolución desde el Principio de Legalidad al Principio de Juricidad “la sumisión del Estado no es sólo a la Ley, sino al Derecho, que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra la supremacía normativa y especialmente constitucional y todavía los principios generales del Derecho, lo que además armoniza con la concepción del Estado Constitucional y Social de Derecho”¹¹⁴.

Precisamente es la supremacía constitucional y los principios generales del derecho comprendidos en el Principio de Juricidad, la que sustenta mi posición a favor de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias y, desde luego sus consecuencias, porque, como lo afirma la doctrina “es la propia Constitución la que prevé la protección y eficacia del principio de juricidad, y por ende la de los derechos, a través del sistema nacional de control, integrado por órganos parlamentarios, jurisdiccionales, administrativos y aún los medios de comunicación social y por el sistema de responsabilidades en sus arts. 6º y 7º inciso 3º”¹¹⁵.

¹¹³ PANTOJA BAUZÁ, Rolando. “El Principio de Juricidad”. Revista de Derecho Público. Vol. 62. p. 168.

¹¹⁴ REYES RIVEROS, Jorge. “El Principio de Juricidad y la Modernidad”. Revista Chilena de Derecho, Número Especial, año 1998, pp. 85.

¹¹⁵ *Ídem.*, REYES RIVEROS, Jorge. p. 86.

En este orden de ideas y como se tendrá la oportunidad de analizar en el argumento de inconstitucionalidad por vulneración del derecho de propiedad, adelanto que las normas urbanísticas y el artículo 84 del Código Sanitario vulneran el Principio de Juricidad o Principio de Legalidad en sentido amplio, porque este principio se constituye en uno de los pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, por dos razones:

- a. Su importancia es tal que sobre el Principio de Juricidad se ha estructurado el Estado Constitucional y Democrático de Derecho y;
- b. El Principio de Juricidad garantiza el pleno respeto de todos los derechos fundamentales asegurados en la Constitución, mediante la limitación al ejercicio del poder estatal.

Por ello, en el primer inciso del artículo 6, la Constitución dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República”. Esta disposición establece que la función de garantes del Estado de Derecho y del régimen democrático corresponde a todos los órganos estatales.

El segundo inciso dispone que los preceptos de la Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo, consagrándose el principio de Supremacía Constitucional, de modo que, tanto gobernantes como gobernados deben ceñir su actuación a la Constitución.

Por lo anterior, las normas que emanan del órgano legislativo (leyes), del ejecutivo (decretos, reglamentos, resoluciones), como de todo otro órgano, deben respetar la Constitución.

La consecuencia de la inobservancia de esta disposición se determina en el último inciso que establece: “La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Asimismo, en el artículo 7, la CPR dispone: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Según este inciso, para que la actuación de los órganos del Estado sea válida, debe cumplir con los requisitos que establezca la ley.

El segundo inciso del artículo 7 establece: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”. En este inciso está consagrado el principio de separación de poderes, según el cuál, las autoridades deben actuar dentro de las atribuciones que expresamente les hayan conferido la Constitución y las leyes.

De esta forma, el acto administrativo debe cumplir con los requisitos que establezca la ley y estar comprendido dentro de la esfera de competencia del órgano, porque de no hacerlo, el acto se invalida y tiene consecuencias jurídicas, como lo señala el último inciso del artículo 7 de la Constitución, que dispone:

“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

Por tanto, estas disposiciones expresan que la administración está imposibilitada por este mandato constitucional, para determinar restricciones que atenten severamente contra los Derechos Fundamentales. Mandato reafirmado en el artículo 2° de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado¹¹⁶, determinándose así el sometimiento pleno de la administración a la Constitución.

3.1.1.1 Vulneración de los Principios de Contradictoriedad, de Imparcialidad y de Razonabilidad.

Desde el punto de vista del control de ejercicio de la facultad discrecional que se materializa a través del acto administrativo decreto de traslado o retiro de industrias, si bien la autoridad municipal y sanitaria está facultada para ponderar en cada caso en concreto cada requisito, amparada en su potestad/función atribuida por la Constitución y por la ley y, desde luego en la discrecionalidad técnica de los organismos públicos intervinientes en los informes que requiere para decidir, en la regulación urbanística y sanitaria en comento no se indica ni aplica un procedimiento normativo reglado, vulnerando los principios de

¹¹⁶ Art. 2 Ley N°18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado: Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

contradictoria e imparcialidad presentes en los arts. 10 y 11 de la LBPA¹¹⁷, como lo ha afirmado el TC en su última sentencia: “Empero, la norma en examen no satisface este género de exigencias, pues omite algunos elementos que contribuirían a mitigar los efectos intensamente gravosos que conlleva la ejecución de tal medida de “traslado”. Tales como la previsión de un procedimiento reglado, donde se dé traslado al afectado de los informes sectoriales que obran en su contra, así como la posibilidad de aportar otros antecedentes con el objeto de que sean debidamente ponderados por la autoridad, incluido el Concejo municipal. Amén de contemplar una instancia superior donde se sopesen las repercusiones que para los trabajadores de la empresa y otros terceros podría acarrear la adopción de una medida de tal carácter, de suerte que, en el extremo de que no sea posible conciliar todos los intereses involucrados, en aras al desarrollo económico y social de la comuna,

¹¹⁷ LBPA: “Artículo 10. Principio de contradictoria. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Los interesados podrán, en todo momento, alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.”

Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

se contemple -incluso- el pago de las indemnizaciones de rigor”¹¹⁸.

Adicionalmente, según las técnicas de control modernas de los actos administrativos discrecionales desarrolladas por la doctrina: “la actuación de un órgano administrativo debe responder a nuevos estándares acorde a los intereses generales y debe ser razonable, racional y proporcional, caracteres que en su conjunto tendrán como finalidad la tutela judicial efectiva de derechos de los ciudadanos”¹¹⁹, cuestión de la que también ha dado cuenta el TC en su jurisprudencia: “Si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación”¹²⁰.

Sin embargo, como se desarrollará, las normas objeto de estudio no son precisas ni razonables, vulnerando el principio de legalidad en sentido amplio o principio de juricidad. Porque, como lo afirma HUEPE, la razonabilidad es el núcleo fundamental de la discrecionalidad porque permite configurar tanto los límites de su ejercicio como el control de aquélla, y su ejercicio debe respetar el límite de la legalidad en sentido estricto y en sentido amplio, caracterizándola como un principio jurídico, una regla o test para controlar el ejercicio de la

¹¹⁸ Sentencia TC Curtidos Bas, Rol N°2684-2014, última parte del considerando 27°.

¹¹⁹ Cfr. *Ob. Cit.*, BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y constitución*. Tecnos, Madrid, (1995), pp. 82-83.

¹²⁰ Sentencia TC Rol N°541-06, de 13 de julio de 2006, considerando 15°.

discrecionalidad¹²¹. Y en Chile existen bases normativas y desarrollo jurisprudencial que justifican el ejercicio de la discrecionalidad administrativa y un control pleno, (...), todo ello en relación con los arts. 6 y 7, y 19 N° 2 de la CPR¹²².

A mayor abundamiento, el acto administrativo carece de imparcialidad no sólo por el mandato de imparcialidad de la LBPA, sino además, por el mandato de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, que le exige a la Administración del Estado para entender que sus decisiones son razonables e imparciales, y que el TC invoca en la última sentencia que acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 62 inc. 2° de la LGUC interpuesto por Curtidos Bas S.A., como sigue: “Decimosegundo: Que forzoso es colegir, entonces, que ni el artículo 62, inciso segundo, de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, ni otra normativa reglamentaria, facilitan a la autoridad municipal aquellos medios idóneos de diagnóstico que, en la materia, tiendan a asegurar lo razonable e imparcial de sus decisiones, como requiere, en pos de la preeminencia del interés público, la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (artículo 53). Los informes previos que, conforme a dicho inciso segundo del artículo 62, deben evacuar las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y de Vivienda y Urbanismo, no pueden sino resultar

¹²¹ Cfr. *Ob. Cit.*, HUEPE ORTIGAS, Fabián. “La Actividad Discrecional de la Administración y su Control Jurídico”, p. 422.

¹²² Cfr. *Ob. Cit.*, HUEPE ORTIGAS, Fabián, p. 423.

insustanciales frente a la intrínseca vaguedad de las hipótesis que hacen procedente la imposición de una orden municipal de traslado, salvo en los casos extremos de industrias palmariamente “peligrosas” (en la clasificación del DS N° 47, copiada en el considerando 6° supra), que pueden ser de fácil evaluación y sencillo diagnóstico, en situaciones de extrema urgencia delineadas por el legislador;”¹²³.

Por lo anterior, discrepo con la argumentación del voto en contra de la sentencia de Curtidos Bas S.A. que acogió el requerimiento de inconstitucionalidad, especialmente si nos detenemos en los términos expresados que justamente se oponen a un procedimiento reglado, contradictorio e imparcial, como sigue: “Numeral 10°: que, por otra parte, la medida que puede disponer la autoridad es el traslado. Se trata de una “orden”. Como ha dicho esta Magistratura, la orden es una técnica de intervención de la Administración en la actividad económica, mediante la cual “se crean o imponen deberes u obligaciones”. Esta genera un “mandato imperativo de realizar una determinada conducta” a través de la cual la Administración “concreta una obligación para un particular”, énfasis otorgado.

¹²³ *Ob. Cit.* Sentencia TC Rol N° 2684-2014 de industria Curtidos Bas S.A., considerando 12°.

3.1.1.2 Vulneración del Principio de Proporcionalidad.

En cuanto al Principio de Proporcionalidad, fundamento mi posición a favor de la inconstitucionalidad porque, aún cuando la Constitución no consagra este principio expresamente, puede entenderse implícito en las reglas del Estado de Derecho, siendo inherente a éste, como lo afirma NOGUEIRA "el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6° y 7°), en el principio de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N°2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho"¹²⁴.

Como destaca la doctrina, a diferencia del principio de razonabilidad, "el TC ha hecho constante aplicación del principio de proporcionalidad para determinar si las regulaciones, complementaciones o limitaciones de derechos adoptadas por el legislador, han respetado o no su contenido esencial. Probablemente ha influido en ello los claros términos del mandato del artículo 19 N°26 de la Constitución, norma que consagra la garantía del contenido esencial de los derechos como límite a la facultad normativa del legislador para regular, complementar o, en su caso, limitar los derechos, cuando así lo hubiese

¹²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Santiago, Libro Tecnica, (2010), pp. 353-403.

contemplado el constituyente. Dicha garantía lleva implícito el principio de proporcionalidad, a través de lo que García denomina acertadamente "grado de afectación del derecho". Esta idea entronca claramente con uno de los supuestos esenciales de la proporcionalidad, a saber, que la regulación, complementación o limitación de un derecho no puede suponer su negación o anulación... En palabras del TC, se afecta el contenido esencial de un derecho cuando el legislador "lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica" (sentencia Rol N° 43, considerando 21)¹²⁵.

En consecuencia, "el Principio de Proporcionalidad demanda verificar la idoneidad de la medida en relación al fin y que ésta sea la menos gravosa en cuanto a la afectación de los derechos de los administrados, y la proporcionalidad en sentido estricto convoca al juez a estudiar la medida de manera apartada, de modo tal que se sopesen las ventajas y desventajas de la decisión tomada, con el único fin de estimar si se conforma o no al interés público¹²⁶⁻¹²⁷. Lo que unido a la vulneración de la seguridad jurídica, explica la última sentencia de Curtidos Bas a favor de la inconstitucionalidad de las normas de traslado de industrias: "Que es esta delimitación legal lo que asegura,

¹²⁵ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, RAINER Arnold, MONNET Jean, MARTÍNEZ ESTAY, José, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional" Estudios Constitucionales, (2012), Vol. 10, N°1, pp. 65 - 116. ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

¹²⁶ *Ídem.* Cfr. *Ob. Cit.* ZÚÑIGA URBINA Francisco RAINER Arnold, MONNET Jean, MARTÍNEZ ESTAY José, pp. 241-248.

¹²⁷ *Ídem.* *Ob. Cit.*, ZÚÑIGA URBINA Francisco, RAINER Arnold, MONNET Jean, MARTÍNEZ José., p. 250.

efectivamente, que la autoridad administrativa realice una concreción adecuada y razonable de las referidas condiciones habilitantes. En tanto que, por contraste, al hacer depender una medida coactiva de excepción de términos ambiguos o conceptos difusos, abiertos a la apreciación subjetiva y evanescente del operador, erosiona severamente esa “seguridad” dada por la Carta Fundamental. La falta de una adecuada connotación de los conceptos empleados por el legislador, impide prever razonablemente en qué casos se aplica o no la regla coactiva de excepción. Al paso de que puede provocar indefensión, por carecer los tribunales -convocados a su revisión- de elementos de juicio predeterminados a partir de los cuales juzgar la procedencia y proporcionalidad de la medida aplicada”¹²⁸.

Por lo descrito, coincido con FERMANDOIS, en el sentido que la norma urbanística en cuestión carece de los mínimos detalles y parámetros regulatorios necesarios para entenderse proporcional, invirtiendo el peso de la prueba por los vacíos existentes, debido al deber inconcluso del Estado, porque los conceptos jurídicos indeterminados no están para llenarse interpretativamente en contra de los derechos del propietario¹²⁹.

3.1.2 Vulneración del derecho de propiedad art. 19 N°24 incs. 2º y 3º CPR

Mi tesis a favor de la inconstitucionalidad de las normas urbanísticas y de la norma del Código Sanitario se sustenta en que vulneran el Principio de

¹²⁸ Sentencia Rol N° 2684-2014, Curtidos Bas S.A., considerando 17º.

¹²⁹ Cfr. *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, p. 268.

Juricidad y, por ende, contravienen la garantía constitucional del derecho fundamental de propiedad, por lo que desestimo de la manera más enfática los argumentos del TC en los considerandos 44º y siguientes de las sentencias de la industria Molinera del Norte S.A. Rol N°2643-2014 y N°2644-2014, en las cuáles el TC rechazó la acción de inaplicabilidad de estas normas, como sigue:

Las normas de traslado o retiro de industrias no cumplen con el principio de reserva legal absoluta, lesionando así las garantías normativas del derecho de propiedad, y por ende, el Principio de Juricidad. Afirmar lo contrario, como lo hace el TC en estas sentencias de la industria Molinera del Norte S.A., implica desconocer la finalidad garantista con la que deben ser interpretadas las normas que restringen derechos fundamentales.

Al respecto, resulta esclarecedor el razonamiento del voto en contra de estas sentencias, cuando expresa que los preceptos impugnados no cumplen con los requisitos derivados del art. 19 N°24 de la Constitución como sigue:

“10º Que, desde la perspectiva del derecho de propiedad, la constitución establece requisitos que dicen relación con el medio y con el resultado, se entiende que el artículo 19, N°24 de la constitución consagra un requisito en cuanto al medio utilizado si se atiende a lo expuesto en el inciso segundo de dicha disposición constitucional sobre el principio de reserva legal: “sólo la ley puede establecer el modo de (...) usar, gozar y disponer de [la propiedad] (...) y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”. En otras

palabras, y atendiendo a la jurisprudencia de este tribunal, la constitución exige que la afectación a la propiedad sea efectuada por una norma de rango legal que –en sí misma o en virtud de la colaboración de normas infralegales- cuente con características de densidad, precisión y determinación suficientes.

11º Que, asimismo, se entiende que el artículo 19 N°24 de la Constitución consagra un requisito en cuanto al resultado si se considera la exigencia de que existiendo una privación del dominio se requiere indemnizar, a diferencia de lo que ocurre si se entiende que se está ante una limitación al dominio, lo cuál dependerá, principalmente de la magnitud del menoscabo o pérdida experimentada”¹³⁰.

a) Requisito en cuanto al Medio: reserva legal inciso 2º, art. 19 N°24 CPR.

En cuanto a la reserva legal del inciso segundo del número 24º del artículo 19, el TC mediante diversos fallos ha asentado una doctrina para limitar derechos fundamentales, basada en el principio de reserva legal que establece dos requisitos copulativos: especificidad y determinación: “Que la pregunta anterior ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Magistratura como una cuestión relativa a la adecuada o debida densidad normativa. (...). Tratándose de esta reserva legal, “el legislador debe precaver hasta los indicios de una deslegalización constitucionalmente prohibida, evitando incurrir, por ende, en meros enunciados normativos, en disposiciones abiertas, en suma, en normas

¹³⁰ Sentencia Industria Molinera del Norte S.A. Considerandos 10º y 11º del Voto en Contra. Énfasis añadido.

carentes de la determinación y especificidad que (...) son requisitos esenciales para que la potestad reglamentaria de ejecución se halle legítimamente habilitada”, (STC 370/2003, c. 31º) ¹³¹.

Características con las que la normativa urbanística y la norma del Código Sanitario no cumplen, porque, aplicadas al caso concreto afectan garantías normativas en relación al medio utilizado para resguardar derechos fundamentales, al carecer de la densidad normativa suficiente, afectando al principio de reserva legal vigorizada contenida en el art. 19 N°24 inciso 2º de la Constitución y al contenido esencial de los derechos, presente en el art. 19 N°26 de la misma.

b) Teoría de la Esencialidad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha fijado límites al Poder Legislativo para proteger derechos fundamentales y, de ellos y del principio del Estado de derecho, ha deducido la llamada Teoría de la Esencialidad, según la cual, las decisiones esenciales, sobre todo en áreas que tienen relevancia

¹³¹ Sentencia TC del caso Impacto Vial, Rol 370-2004, considerando 30: “En estos términos, la reserva legal creada por el artículo 19, N° 24°, inciso segundo, del Texto Fundamental permite afirmar que “establecer, crear o instituir una obligación que afecte al dominio presupone, lógica e ineludiblemente, que el legislador no se limite a ello sino que, además, la configure en sus aspectos y elementos definitorios o característicos, trazando, con adecuada densidad normativa, en qué consiste el deber que impone, cuál es el motivo de función social que lo justifica, cuáles son sus delimitaciones, sobre la base de qué supuestos fácticos se torna procedente exigirla, cuál es la autoridad competente para llevarla a efecto y controlarla, a quiénes y por qué motivos se les exime de ella (...)”. Énfasis añadido.

respecto de los derechos fundamentales, no las toma el ejecutivo, sino el legislador.

De esta forma, la Teoría de la Esencialidad emanada del Tribunal Constitucional Federal alemán surge para determinar el grado de reserva legal y se relaciona con el significado, importancia, peso gravitación que una materia de ley y sus efectos puede tener. Mientras más esencial es una materia, mayores serán las exigencias para el legislador.

Porque, como lo afirma STERN “El ejercicio de las reservas constitucionales expresas o inmanentes se encuentra vinculado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal a otras premisas adicionales en virtud del principio de Estado de Derecho y del principio democrático. Por razón de la prohibición del exceso, la intervención del legislador en el ámbito de protección de los derechos fundamentales ha de ser adecuada, necesaria y proporcional. La llamada teoría de la esencialidad exige, además, que, en lo que hace al ámbito de los derechos fundamentales, las cuestiones esenciales, «también en la medida en que no constituyan intervenciones», hayan de ser objeto de decisión en lo básico por el órgano legislativo parlamentario. La así entendida nueva reserva legal se transformaba acto seguido en reserva parlamentaria, según la cual, lo esencial ya no puede ser resuelto en virtud de un apoderamiento legal por el titular de potestad reglamentaria, sino que ha de ser regulada en la propia ley. En todos los casos de afectación sustancial de

derechos fundamentales esto significa la necesidad de una ley formal y proporcional”¹³².

En Chile, los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados por ley (art. 19 N° 26 CPR. Y como explica BERMÚDEZ: “Mientras más elemental es el derecho fundamental del ciudadano concernido o amenazado (por ejemplo la libertad individual), o bien mientras más importante sean los efectos que se produzcan para la ciudadanía, y mientras más cuestionada y compleja sea la cuestión para la opinión pública, más precisa y densa deberá ser la regulación legal. La diferenciación entre el tipo de actividad que desarrollen los órganos de la Administración del Estado puede resultar un mecanismo acertado para aproximarse al grado de densidad normativa necesaria para cumplir con el principio de reserva. Así una actividad interventora- dada la limitación a la esfera jurídica de los ciudadanos-, debería estar mucho más regulada que una actividad de prestación”¹³³.

Por lo tanto, la teoría de la esencialidad está vinculada a la densidad normativa de la ley. Las normas de traslado o retiro objeto de análisis, adolecen de insuficiencia normativa, lo que tiene como consecuencia la evidente vulneración del Principio de Juricidad y del derecho de propiedad, porque se manifiestan a través de un acto administrativo que es una imposición al

¹³² STERN Klaus. El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 274. En Dialnet-ElSistemaDeLosDerechosFundamentalesEnLaRepublicaFe-1048054.pdf

¹³³ BERMÚDEZ SOTO, JORGE: “Derecho Administrativo General”. Primera Edición. Abeledo Perrot Legal Publishing. Santiago. Año 2010. Pág. 61.

propietario, siendo una medida injustificada, desmesurada y desproporcionada. Tal como lo expresa el TC en ésta parte del considerando 27º de la sentencia de la industria de Curtidos Bas, citando su jurisprudencia anterior: “Que, en todo caso, aun de admitirse que en la especie se trataría de una mera restricción al dominio, es lo cierto que la jurisprudencia de esta Magistratura ha advertido que todas las limitaciones al ejercicio de los derechos deben poseer determinación y especificidad; no pueden afectar la esencia del derecho asegurado y, además, han de respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables. Esto es, que deben ser razonables y justificadas, de donde se sigue que han de ser medidas, necesarias y proporcionadas (roles N°s 226, 280, 293, 325 y 1.365). Empero, la norma en examen no satisface este género de exigencias, (...)”¹³⁴.

A mayor abundamiento, el T.C. español, al controlar la constitucionalidad de la Ley de Reforma Agraria andaluza de 1987, la ley debiera contener “suficientes referencias normativas. de orden formal y material, para generar previsibilidad y certeza sobre lo que, en su aplicación, significa una correcta actuación administrativa y, en su caso, para contrastar y remediar las eventuales irregularidades, arbitrariedades y abusos”¹³⁵.

¹³⁴ Sentencia Rol N°2684-2014, considerando 27º.

¹³⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. “Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo”, en “Derecho Urbanístico Local”. José María Boquera editor, Ed. Civitas, Madrid. 1992, citando la sentencia del TC Español Rol 37/1987 del 26 DE MARZO, p. 83.

c) Requisito en cuanto al Resultado: reserva legal inc. 3º art.19 Nº24 CPR.

Adicionalmente, las normas de traslado o retiro vulneran el Principio de Juricidad y por ende el derecho de propiedad, porque no cumplen con el requisito del art. 19 Nº24 inciso 3º de la norma fundamental, en cuanto al resultado que se busca obtener con su aplicación en el caso en concreto, porque el acto administrativo por medio del cual el alcalde o la SEREMI de Salud da la orden de traslado o retiro en su caso, tiene efectos absolutamente incompatibles con la garantía del derecho de propiedad, y como se analizará, con la garantía de la igualdad en las cargas públicas, entre otras garantías vulneradas, derivando en una privación sin indemnización con las consecuencias que se revisarán más adelante.

Desestimo de la manera absoluta los argumentos del TC de los considerandos 49º, 50º y 55º en contra de la inconstitucionalidad de la sentencia de la industria Molinera S.A. y del voto de minoría en el numeral 5 de la sentencia de la industria Curtidos Bas S.A., que señalan, entre otras, que “las expresiones de estas normas no contienen remisiones abiertas a la discrecionalidad administrativa” y que “no se trata de una calificación cuya aplicación quede entregada al criterio discrecional de una autoridad administrativa”, respectivamente.

Las normas de traslado o retiro de industrias vulneran el Principio de Juricidad y el derecho de propiedad porque precisamente a partir de la falta de criterios de determinación y especificidad se permite una actuación

administrativa discrecional basándose en conceptos ambiguos, amplios, imprecisos y jurídicamente indeterminados, como lo son: “industria mal ubicada”, “daños al vecindario”, “peligro para la salud, seguridad y bienestar de la población” y “molestas”. Las normas no cuentan con parámetros objetivos y técnicos que permitan conocer:

a. Cuál es la entidad de las molestias, del daño y del peligro, que puedan considerarse suficientes o necesarios para justificar una medida tan gravosa como la orden de traslado o retiro de una industria y;

b. Cuando se está en presencia de una molestia intolerable o inaceptable, desconociéndose cuál debe ser ese estándar de tolerabilidad de las molestias, del daño o del peligro, en su caso. Así, esta regulación no da criterios específicos que determinen qué es daño y qué es molestia.

En esa línea, la doctrina sostiene en relación al art. 84 que, “el peligro a la población puede referirse no solo a la “salud” de las personas, sino que puede afectar también a la “seguridad o bienestar de la población”, expresiones bastante subjetivas y con ello, amplias a la hora de evaluar; pero fácilmente reconducibles a la de “calidad de vida”, concepto también indeterminado, de aquellos que nuestros tribunales deberán ir adaptando a los estándares que la sociedad vaya exigiendo y que, hasta ahora, con motivo del recurso de protección en materia ambiental, incluye las molestias por olores y ruidos, por la emisión de material particulado y otros contaminantes, vibraciones por

excavaciones y tráfico vial, etc.”¹³⁶.

Los conceptos ambiguos, amplios e imprecisos en los casos que nos convocan posibilitan la discrecionalidad de la autoridad, siendo incompatibles con el principio de reserva legal, por lo que no basta con la existencia de los dos informes en los que la autoridad basa su decisión para entender que cumple con los nuevos estándares.

Lo anterior, desvirtúa por completo esta parte del argumento en contra de la inconstitucionalidad de la sentencia Curtidos Bas (Nº6), en el sentido que la regulación sectorial aplicable contendría estándares que permiten reconocer el carácter de molesto sobre la base de un criterio técnico y objetivo.

Además, desestimo el argumento del TC del considerando 64º a favor de la constitucionalidad de estas normas en la sentencia de la industria Molinera S.A. y el voto de minoría en contra de la inconstitucionalidad presente en el numeral 6 de la sentencia de la industria Curtidos Bas S.A., porque es imposible no comparar la regulación de las normas de traslado o retiro de industrias o de establecimiento de la LGUC y del Código Sanitario, con los estándares normativos del nuevo sistema legal e institucional con competencia en materia medio ambiental que desde enero del año 2010 modificó la Ley 19.300. Estándares normativos que por lo demás, son invocados por la jurisprudencia del TC abogando por un estándar superior de reserva legal: “Que, a mayor abundamiento, un análisis comparativo de la medida regulatoria impugnada (y

¹³⁶ *Ob. Cit.* DELGADO SCHNEIDER, Verónica. p. 484.

del marco normativo específico en el que se desenvuelve) con el sistema normativo e institucional existente en materia ambiental (por aplicación de la Ley N° 19.300 y sus normas jurídicas complementarias), el cual no ha recibido aplicación en este caso, permite apreciar que las normas impugnadas constituyen una vía altamente gravosa, tosca y desregulada, en desmedro de vías más dúctiles, precisas, focalizadas, proporcionadas y controladas”¹³⁷.

3.1.3 Vulneración del derecho a la igualdad de las cargas públicas art. 19 N°20.

En nuestro sistema jurídico la noción de carga pública está incorporada expresamente a la Constitución y se fundamenta en las garantías de igualdad en las cargas públicas y en el derecho de igualdad, con el fin de equilibrar los intereses públicos y privados, de tal forma de disminuir las consecuencias prácticas dañinas de la actividad estatal lícita, porque como lo expresa la doctrina, “el principio de igualdad constitucional que emana del art. 19 N°2 CPR tiene aplicación general, dado que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencia arbitrarias. (...). En ese sentido, “toda obligación creada por una

¹³⁷ Sentencia TC Rol N°2643-2014 considerando 24º.(...)“al legislador le corresponde normar, con amplitud y profundidad, todo cuanto la certeza o seguridad jurídica exige en relación con el establecimiento y configuración de las obligaciones que se imponen al dominio con motivo de la función social que ha de servir” (STC 370/2003, c. 34º). Que la exigencia de una regulación legal dotada de la adecuada densidad normativa, ha de considerar los elementos que justifican e impulsan la creación de un estatuto de propiedad singular por el legislador. En lo que concierne a este proceso constitucional, el estatuto de propiedad aplicable forma parte del Derecho Urbanístico, cuyo instrumento fundamental es el Plan Regulador Comunal, norma local de rango infralegal”.

autoridad estatal debe satisfacer las exigencias del principio de igualdad. Y más aún, cuando el principio específico de igualdad tributaria del N°20 del art. 19 CPR, también se aplica a las cargas públicas”¹³⁸.

Doctrinariamente se ha considerado que “toda carga pública es una limitación a los derechos de las personas, puesto que, de alguna manera, los compromete en su existencia, extensión, o modalidad de ejercicio. A su vez, toda limitación, en cuanto impuesta unilateralmente por el Estado, en razón de una finalidad superior de bien público, configura una carga pública”¹³⁹.

a) Derecho Comparado y el caso de España.

PONCE DE LEÓN y la noción de carga pública en derecho comparado: “En la literatura comparada sobre este tema surge de modo reiterado una preocupación por acotar el sentido de la expresión carga pública. Las propuestas en tal sentido apuntan a reconocer como elementos esenciales de esta noción: su origen en un acto estatal legítimo, la ponderación previa de los intereses públicos y privados concernidos en su imposición, y su orientación a la consecución del bien común”. (...). Así, continúa, “en Francia, Holanda y Bélgica cumple tal función el principio de igualdad ante las cargas públicas. Otro tanto ocurre en España con la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado, uno de cuyos posibles fundamentos está dado por una desigual distribución de cargas públicas. Lo mismo sucede en Estados Unidos, donde se advierte una creciente

¹³⁸ *Ídem*. FERMANDOIS. Tomo II, p. 183.

¹³⁹ MOHOR ABUAUAD, Salvador. “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, 1989, p. 284.

vinculación entre la doctrina de las regulatory takings y el concepto de carga pública. En Alemania, por último, aunque no se emplea el término 'carga pública', se apela a la idea funcionalmente análoga de 'sacrificio', en aplicación de la teoría del sacrificio especial¹⁴⁰.

En España, como lo expresa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ “el art. 76 de la Ley del Suelo consideró las facultades urbanísticas inherentes a la propiedad urbana que las limitaba intensamente por su función social. Y el art. 87.3 (reforma de 1975) dispuso que las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados conferirá derecho a indemnización”. Empero, “eso no quita para que, en aras de la exigible igualdad con la que los propietarios deben poder ejercer sus facultades en los procesos urbanísticos, deban arbitrarse sistemas compensatorios o redistribuidores de los beneficios y cargas que impliquen la distinta asignación de limitaciones y deberes a los derechos de propiedad en razón de la distinta función urbanística atribuida a los diferentes predios”¹⁴¹.

Es lo que la ley llama “la equitativa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento, configurado, por ello, como auténtico derecho de los que, más que limitaciones, sufran con el plan verdaderas privaciones. La diferencia entre

¹⁴⁰ PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana. “La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. Revista Chilena Derecho, vol. 42 N°3, Santiago, dic. 2015.

¹⁴¹ *Ob. Cit.*, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, p. 85-87.

limitaciones y privaciones radica en la igualdad ante la medida¹⁴².

Si la distribución no se produce, nace el derecho a la indemnización conforme lo expresa la última parte del referido artículo.

Posteriormente, como lo expresa SERRANO, “se aprobó en España una Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo (Ley 8/90, en cuya virtud se dictó el Real Decreto Legislativo 1/92 que fija el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26/6/92), cuya principal innovación fue la definición concreta de cuatro etapas que van integrando la adquisición sucesiva de los derechos que conforman el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria según se van cumpliendo con los correspondientes deberes. Se definen así cuatro niveles o momentos de adquisición de facultades urbanísticas: derecho a urbanizar, derecho al aprovechamiento urbanístico, derecho a edificar y el derecho a la edificación”¹⁴³.

CARCELLER agrega que “los deberes exigidos serían una contrapartida del valor agregado que tiene el suelo urbano, (...), cuando tales deberes han sido cumplidos puede decirse que el propietario ha ‘ganado’ los contenidos artificiales que se añaden a su derecho inicial”¹⁴⁴.

Lo interesante de la legislación urbanística española es que cada uno de

¹⁴² *Ibidem*, p. 87.

¹⁴³ SERRANO RODRÍGUEZ, Antonio. “El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana El Principio de un Proceso”, en *Estudios Territoriales N*° 40, 1993, p. 35.

¹⁴⁴ CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. “Instituciones de Derecho Urbanístico”. Ed. 1993, p. 327.

estos niveles de adquisición de facultades urbanísticas se obtiene al cumplir los deberes o requisitos preestablecidos por la ley, que se valoran económicamente para conferir seguridad jurídica a los administrados. Es un principio, según el cuál, las cargas se imponen en justa compensación a los beneficios que se derivan del planeamiento para los propietarios del suelo.

La Constitución española además, sanciona con todo énfasis en su artículo 14 la vulneración al principio de igualdad ante la ley de todos los españoles. Principio sobre el que insiste el artículo 149,1, 1 de la misma Carta fundamental, al disponer la competencia exclusiva del Estado a propósito de «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»—del que se deducen importantes consecuencias en el ámbito de la ordenación urbanística, en relación, a la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre los propietarios del suelo afectados, por el mismo”¹⁴⁵.

b) Teoría del Sacrificio Especial o Igualdad ante las cargas públicas.

En doctrina se entiende que “en esta teoría lo relevante no es la intensidad de la regulación de restricción de la propiedad, sino el plano de igualdad o discriminación en que queda el afectado como consecuencia de la

¹⁴⁵ SALAS HERNÁNDEZ, Javier. “Beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística (recuperación de plusvalías, compensaciones y técnicas de distribución equitativa)”. Revista de la Administración Pública N°92, mayo-agosto. 1980, p. 53.

limitación. Como dice Draeger, este test se usa en Alemania bajo el nombre de *Sonderopfertheoric*.

Así, la teoría del sacrificio especial caracteriza la expropiación como “un quiebre del principio de igualdad porque fuerza al titular a hacer un sacrificio especial”, (...). Para Draeger en Estados Unidos esto ocurre “cada vez que un individuo sacrifica su derecho específico o ventajas en nombre del bien común”.¹⁴⁶

En Chile, como lo expresa FERMANDOIS “esta teoría ha venido siendo cada vez más acogida por el Tribunal Constitucional y responde a una pregunta fundamental: si el derecho de propiedad puede limitarse sin indemnización por razón de su función social. (...). Si es la comunidad en general la que se beneficia de esa limitación, ¿por qué hacer pagar sólo a ciertos y determinados individuos?. Así el TC en la sentencia del Turno de Abogados Rol 755-2008, declaró la inaplicabilidad de la carga gratuita impuesta por el art. 595 del Código Orgánico de Tribunales como sigue: que la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el art. 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución, en consideración a los criterios que se ha sostenido respecto de la igualdad ante la ley, aplicables en la especie. Que en efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no puede permitir el empleo de medios gravosos y que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno,

¹⁴⁶ Cfr. *Ob. Cit.* FERMANDOIS, Tomo II, p. 320.

todos los cuáles tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su sacrificio profesional. Y existe recepción por parte de la jurisprudencia constitucional de la teoría del sacrificio especial o igualdad ante las cargas públicas, en el sentido de que si es la comunidad en general la que se beneficia de una limitación al dominio, es la comunidad toda quien debe soportarla y no sólo ciertos y determinados individuos, como en este caso, los abogados”¹⁴⁷.

En esa línea, afirmo enfáticamente que la aplicación al caso concreto de las normas de traslado o retiro de industrias contraviene abiertamente la garantía constitucional del derecho a la igualdad de las cargas públicas y del derecho fundamental de igualdad, en base a los siguientes argumentos:

Atendido el Principio de Legalidad en sentido amplio hoy en día Principio de Juridicidad y el derecho de propiedad, porque, como se expresó, la normativa en análisis es incompatible con la reserva legal del inciso 3º del art. 19 N° 24 de la CPR en cuanto al resultado que se busca obtener con su aplicación, debido a su falta de densidad normativa por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siendo una medida que en no es idónea, necesaria ni proporcional con la consecuente vulneración de derechos fundamentales de orden patrimonial.

Por lo tanto, la orden de traslado o retiro en la práctica tiene como principal consecuencia una carga pública desproporcionada que no supera el test de proporcionalidad y vulnera la garantía constitucional de igualdad y la esencia del derecho de propiedad, a partir de ese acto administrativo de

¹⁴⁷ *Ídem. Ob. Cit.* FERNANDOIS, pp. 321 y 322.

contenido desfavorable, constituyéndose en una carga pública que es un sacrificio especial que el propietario debe soportar por la necesidad de satisfacer una finalidad pública, supeditada a un interés superior o utilidad social en beneficio de la comunidad toda, que lleva aparejada una merma económica cuantificable en su patrimonio.

En el mismo sentido, el profesor CEA EGAÑA señala que: “(...) Es nítido que la Constitución quiere fomentar o promover la iniciativa privada, objetivo que sería irrealizable si el legislador estuviera facultado para dictar normas entrabantes (...)”. Esto porque regular “se refiere a dictar normas que permitan el libre pero ordenado ejercicio de un derecho, sin impedirlo, prohibirlo, obstaculizarlo, ni hacer que su goce o disfrute resulte muy oneroso, azaroso o difícil. Lo anterior, no constituye una interdicción para el legislador en orden a no imponer ningún tipo de carga o gravamen al desarrollo de cualquier actividad económica, sino su deber de hacerlo siempre con el propósito de posibilitar su recto desarrollo en armonía con otros derechos e intereses protegidos por la Constitución”¹⁴⁸.

Para el Tribunal Constitucional la generalidad de estas normas urbanísticas bastaría para asegurar el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 19, N°20, relativo al derecho de igualdad de las cargas públicas, como lo expresa en el considerando vigesimonoveno de uno de sus fallos: “En

¹⁴⁸ *Ob. Cit.* TC, Sentencia Rol N°2.643-2014 Industria Molinera S.A., considerandos 29° y 17° citando al profesor Cea, José Luis, Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías, t. II, Ediciones Universidad Católica de Chile, (2004), p. 488.

aquellos casos en que el ordenamiento jurídico no fije un estándar técnico que permita medir la afectación significativa de la salud o calidad de vida de las personas, será la autoridad administrativa, de conformidad con las reglas de interpretación del Derecho y los informes técnicos o periciales que correspondan, la que determine la carga, gravamen, limitación u obligación que, de acuerdo con la ley, se puede exigir a quien desarrolla una actividad económica amparada por la Constitución.

Que las normas que sirven de base para reconocer los efectos nocivos del uso y goce actual del inmueble han de tener un carácter general, en el sentido de que se apliquen a todos por igual, en sus cargas y beneficios, (...), pues se trata de precaver o disminuir los efectos sobre los seres humanos y no imponer cargas o gravámenes discrecionales. Lo anterior no obsta, por cierto, a que el legislador disponga un régimen de sanciones y medidas distintas si se trata de uno u otro tipo de inmueble. La generalidad, asimismo, asegura el cumplimiento del mandato del artículo 19, N°20 relativo a la igualdad ante las cargas públicas”¹⁴⁹.

Toda limitación a los derechos de los administrados debe tener una interpretación restrictiva, como lo ha razonado la jurisprudencia del TC: “la regla general del goce de derechos, y el carácter restrictivo de la afectación de los mismos, cuando se está en presencia de normas que utilizan conceptos jurídicos indeterminados, como lo destaca el TC en este considerando 14°: “Que, en un

¹⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia Rol 167-1993, considerandos 29° y 14°.

Estado de Derecho, la regla general consiste en el pleno goce de los derechos por quienes son sus legítimos titulares, de modo que cualquier afectación al ejercicio de los mismos -en los casos autorizados por la Constitución- debe trazarse expresamente en la forma de una inequívoca excepción.¹⁵⁰ Ello, especialmente cuando su aplicación se encarga a órganos de la Administración, con el objeto de que esta excepción no pueda regir más allá de su estricta consagración normativa, aplicándose con criterio restrictivo y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de los derechos esenciales;¹⁵⁰.

En este punto y por su relevancia, destaco la conclusión de PONCE DE LEÓN acerca de la noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del TC chileno: “En los fallos del Tribunal Constitucional aparece como tópico recurrente la idea de balance o equilibrio entre el sacrificio que experimenta el sujeto que cumple la carga y el beneficio que ello representa para la comunidad. (...) Desde esta perspectiva, la noción de carga pública opera como un vehículo para introducir consideraciones de justicia distributiva en la argumentación constitucional. Tales consideraciones, que son decisivas en el examen de razonabilidad de la gratuidad de las cargas públicas, se ven reafirmadas en el juicio de proporcionalidad, en sus sucesivas y ya conocidas etapas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ellas ya no solo operarán como guías procedimentales o metodológicas de la argumentación del juez

¹⁵⁰ *Ob. Cit.* FERMANDOIS, Arturo, citando la jurisprudencia del TC en Sentencias destacadas 2015, pp. 273-274.

constitucional, sino que estarán orientadas por un criterio sustantivo: un principio de justicia distributiva consistente en que todo sacrificio de la libertad o los derechos de los particulares debe ser compensado. Por consiguiente, los argumentos y las apreciaciones empíricas que suelen ser tomadas en cuenta en su desarrollo, son las que permiten dar por establecida la existencia de alguna forma de compensación. Lo anterior demuestra que la función propia y distintiva de la noción de carga pública en los fallos del Tribunal Constitucional chileno es fundar una exigencia de equilibrio entre el interés público y privado, que solo puede satisfacerse mediante algún tipo de compensación”¹⁵¹.

Esta exigencia de equilibrio que emana del principio de justicia distributiva que ha acogido la jurisprudencia constitucional en relación a la noción de carga pública, explica en parte la sentencia de la industria Curtidos Bas a favor de la inconstitucionalidad que, como lo destaca la doctrina: “representa un quiebre en la tendencia conformista del TC y un agotamiento de la función social como elástico compresor del dominio, (...). Lo que representa un dramático zarpe desde la sentencia del mismo TC de la Molinera del Norte S.A. que había resuelto sólo medio año antes en contra de la inaplicabilidad del mismo inciso del art. 62 de la LGUC”¹⁵².

¹⁵¹ *Ob. Cit.* PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana, quien distingue: “En el caso de las cargas personales, ese equilibrio usualmente se expresa en una indemnización o en una retribución pecuniaria en favor de quien soporta el gravamen. En cambio, en el caso de las cargas reales, lo corriente será que ese equilibrio que se proyecte en una suerte de compensación que opera entre aquellas y otros beneficios o privilegios que puedan moderar su impacto económico”.

¹⁵² *Ob. Cit.* FERMANDOIS, Arturo. Sentencias destacadas (2015), p. 267.

3.1.4 Vulneración del derecho a la libertad económica, art.19 N° 21 CPR.

Desestimo los argumentos del TC en los considerandos trigésimo segundo y siguientes de la sentencia de la industria Molinera del Norte S.A. que razonó a favor de la constitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias por los siguientes argumentos: En los hechos, la aplicación de las normas objeto de este análisis son inconstitucionales porque entregan a la autoridad municipal una potestad que aunque es legal, impide a los afectados seguir desarrollando una actividad económica lícita, convirtiéndose en una especie de prohibición al propietario de mantener su actividad productiva en su inmueble, con el consecuente sacrificio del uso económicamente beneficioso que para él tenía su propiedad, vulnerando la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad económica.

Y, como acertadamente lo describe la doctrina “el concepto de orden público económico que consideró el constituyente dice relación claramente con los derechos de las personas frente al Estado y jamás podrá convertirse en un medio para impedirles o imponerles condiciones, exigencias y cortapisas fundadas en consideraciones administrativas discrecionales”¹⁵³.

Refirma lo anterior, el marco constitucional que nos rige descrito latamente en el segundo capítulo de esta tesis y dos características de la

¹⁵³ FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA, Juan Eduardo. “Urbanismo y Construcción”. Santiago, Editorial LexisNexis, (2006), p. 46, citando Sentencia Corte Suprema de 17 de noviembre 1997.

Constitución Económica a propósito del Orden Público Económico, que se expresan como sigue:

a. Se manifiesta en primer lugar, en la decisión del constituyente nacional de crear un capítulo especial que fija las Bases de la Institucionalidad con el objeto de establecer principios filosóficos, económicos y políticos que actúan como directrices que conforman la institucionalidad política, social y económica de Chile, como lo son, la primacía del hombre, el principio de subsidiariedad del Estado, el principio de interdicción de la arbitrariedad: igualdad y no discriminación económica arbitraria y el principio de propiedad privada que se encuentra estrechamente vinculado al derecho urbanístico.

Lo descrito, ha tenido acogida en múltiples sentencias de nuestros tribunales y en la jurisprudencia constitucional, como sigue: "Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los "reconoce y asegura"; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección"; "que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como

también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución"¹⁵⁴.

b. En segundo lugar, en la decisión del constituyente nacional de establecer constitucionalmente derechos de orden patrimonial con el fin de otorgarles rango constitucional, como el derecho fundamental a la propiedad y de propiedad, el derecho a la igualdad en las cargas públicas y el derecho a la libertad económica entre otros, mediante garantías efectivas de regulación y de protección, teniendo este último derecho una doble garantía ante su vulneración, mediante el recurso de protección y el recurso de amparo económico.

A su turno y en igual sentido, la Corte Suprema ha señalado: “De esta forma, el orden público económico debe ser interpretado y aplicado con sujeción a los valores que moldean la institucionalidad política, social y económica proclamada en la Constitución: libertad, subsidiariedad, igualdad de derechos y oportunidades, prohibición de discriminar arbitrariamente, entre otros”¹⁵⁵. Por lo descrito, coincido con ZUÑIGA cuando expresa que “resulta indudable que bajo el concepto de Orden Público Económico se contienen elementos de una política económica determinada, lo que significa un sello ideológico concreto en las normas constitucionales que cristalizan los principios, derechos, garantías e instituciones que le son propios”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Sentencia TC Rol N°46, del 21 de Diciembre de 1987, considerando 21°.

¹⁵⁵ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo: Derecho Constitucional Económico, Tomo I, pp. 50, citando la sentencia de la CS del 17/11/1997.

¹⁵⁶ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Constitución y Amparo Económico, en Gaceta Jurídica N°145, julio 1992, pp. 10-18.

3.1.5 Vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica, art. 19 N° 26 CPR.

Fundamento la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias del inciso 2º del art. 62 y del art. 160 LGUC y del art. 84 del Código Sanitario en que en su aplicación al caso concreto, vulneran el contenido esencial de los derechos y el principio de la seguridad jurídica, por los siguientes argumentos:

Primero, es el propio constituyente nacional el que ha explicitado en el artículo 19 N°26º el respeto al contenido esencial o esencia del dominio y la no afectación de los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, como límite absoluto que, doctrinaria y jurisprudencialmente¹⁵⁷, se ha entendido se aplica a la regulación por parte del legislador a todos los derechos fundamentales.

Desestimo enfáticamente el argumento del voto de mayoría del TC en el considerando 65º de la industria Molinera del Norte S.A. cuando indica que la facultad del inc. 2º del art. 62 que permite compeler al propietario a desplazar el uso y goce de la propiedad que envuelve el ejercicio de una actividad económica, estaría dentro de los conceptos de utilidad y salubridad públicas, porque como lo afirma FERMANDOIS, a propósito de la última sentencia Curtidos Bas, la normativa en cuestión “no es una simple “regulación” de la actividad industrial

¹⁵⁷ *Ob Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “En un Estado constitucional democrático, todos los derechos humanos o fundamentales deben tener un contenido constitucionalmente precisado, indisponible para los órganos y autoridades del Estado y para el legislador”, pp. 143-205.

del afectado, sino que constituye una verdadera “expulsión” o “desalojo” que priva al titular de aquéllas facultades esenciales del dominio”¹⁵⁸.

Porque, si bien el propietario de la industria sigue siendo el titular de la propiedad, la orden de traslado o retiro implica la pérdida de su derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad para seguir desarrollando las mismas actividades, prohibiéndosele el uso y el goce de su propiedad, afectando así facultades esenciales del dominio, como lo ha estimado el TC en otra de sus sentencias: “Que el susodicho “traslado” no implica que el establecimiento comprometido tenga que desplazarse, desde el lugar en que se encuentra radicado, a algún determinado barrio industrial. Se trata de una orden de retiro que para el afectado implica -en realidad- una ablación, esto es, la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad, para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó. Privación que se produce aunque formalmente conserve el título de propietario, habida cuenta de que en los asuntos jurídicos ha de estarse a la esencia de las cosas, independientemente de su denominación. Así, en la especie toma forma una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio, en circunstancias que la Constitución (artículo 19, N° 24°, inciso tercero), a los efectos de exigir que medie una expropiación, entiende que la privación del dominio no sólo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo, en su totalidad, sino

¹⁵⁸ “SENTENCIAS DESTACADAS 2015”. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia, mayo de 2016, comentario de FERMANDOIS, Arturo de la STC N° Rol 2684-2014, Curtidos Bas S.A., p. 276.

también cuando al titular -aun conservando nominativamente tal carácter- se le desposee, parcialmente, de alguno de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal (Rol N° 334, considerando 19°);

En la práctica, estas disposiciones ocasionan que lo dispuesto en el inc. 1° del art. 62 LGUC deje de tener todo efecto práctico, porque afecta la esencia del derecho de propiedad con tal intensidad que vulnera su derecho a continuar haciendo uso de la misma y se constituye en una verdadera privación de los derechos del propietario que va mucho más allá de la intervención legislativa del congelamiento del inciso 1°, que permite al propietario conservar su bien inmueble y seguir usándolo con dos excepciones¹⁵⁹, como lo confirma el voto disidente de la sentencia Molinera del Norte S.A.: “La regla sobre congelamiento, que constituye un imperativo bajo la Constitución vigente, debido a que resulta absolutamente previsible que el emplazamiento autorizado de edificaciones habitacionales en la zona aledaña a una industria (aun ante la inexistencia de irregularidades) cause algún tipo de “molestia” o, al menos, sea posible su “constatación” por parte de la autoridad, dada la inexistencia de parámetros

¹⁵⁹ Artículo 62 inciso 1° LGUC: “Los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, se entenderán congelados. En consecuencia, no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo. Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provoque su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto”.

normativos que permitan determinar cuándo se está o no en presencia de una molestia intolerable;”¹⁶⁰.

Por lo señalado, desestimo la argumentación en contrario del voto de minoría en la sentencia de Curtidos Bas, que en el numeral 3º afirma que: “en relación al inc. 1 del art. 62 “la ley permite que siga desarrollándose la actividad y se concilia así el interés individual con el interés público”. Porque en ella se realiza un análisis en abstracto de la norma que no se hace cargo de sus severos efectos inconstitucionales en el caso concreto ya no sólo para el propietario afectado, sino también para los derechos de los propietarios de las industrias aledañas, porque el TC al rechazar la acción de inaplicabilidad del inc. 2º del mismo art. 62, lo que en la práctica permite, es que lo dispuesto en el inc. 1º deja de tener todo efecto práctico.

Además, los elementos de la función social deben interpretarse –al igual que todas las limitaciones de un derecho– de manera restrictiva y sin excluir las restantes garantías constitucionales, como el principio de reserva legal y la no afectación de la esencia de los derechos vulnerados y en conflicto.

Por lo descrito, coincido con estos dos autores en cuanto a que el contenido de la disposición constitucional del art. 19 N°26 y la reserva legal del art. 19 N°24 inc. 3, constituyen un límite al legislador: Con NOGUEIRA, cuando afirma que “todo derecho fundamental asegurado constitucionalmente tiene un contenido mínimo y un contenido esencial, de aplicación directa e inmediata, y

¹⁶⁰ Sentencia TC Rol N°2643-2014, Molinera del Norte S.A. voto disidente.

dicho contenido constituye un límite que el legislador no puede sobrepasar, si lo hace incurre en inconstitucionalidad. La reserva de ley para regular los derechos se ve fortalecida por la obligación que tiene el legislador de no afectar los derechos en su esencia. (...)”¹⁶¹.

CALDERA: “el artículo 19 N°26 de la CPR junto al inciso final del art. 5° y el inciso 3° del artículo 19 N°24, se alzan como barreras infranqueables ante todo intento de actuar arbitrariamente, desconociendo, menoscabando o amenazando la vigencia de la esencia de las libertades y derechos que el ordenamiento constitucional reconoce a todas las personas”¹⁶².

Finalmente, considero que las normas de traslado o retiro de industrias son inconstitucionales al vulnerar el principio de seguridad jurídica, porque, como ha razonado el TC, los conceptos jurídicos indeterminados son atentatorios a la seguridad jurídica: “Que, en estados de normalidad constitucional, el empleo por las leyes de tales espaciosos conceptos debe, sin embargo, morigerarse, cuando sirven de motivo para coartar o restringir derechos fundamentales, justamente para no poner en entredicho la “seguridad” que a su legítimo ejercicio le confiere la Constitución en el encabezado del artículo 19 y, al cierre, en el numeral 26° del mismo. Tales fórmulas genéricas deben venir acotadas al menos en sus elementos esenciales, que permitan definirlos razonablemente, con miras a

¹⁶¹ *Ob. Cit.*, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, pp. 143-205: y continúa: “(...)”, será siempre tarea del juez constitucional determinar en último término dicho contenido de acuerdo con el texto constitucional, (...)”.

¹⁶² *Ob. Cit.*, CALDERA DELGADO Hugo, p. 15.

facilitar su aplicación en casos evidentes y extremos, de incontestable necesidad o urgencia”¹⁶³.

En esa línea y como lo destaca FERMANDOIS en su comentario a esta sentencia, el TC se detiene en la falta de certeza jurídica pasando revista a las normas reglamentarias que podrían aplicarse para determinar lo que serían “molestias o daños”, sin embargo, afirma, los preceptos no se refieren precisamente al traslado de industrias y no tienen la precisión objetiva suficiente¹⁶⁴: “Quinto: Que las facultades de uso y goce del dominio ejercidas respecto de una tal industria, quedaron así supeditadas a la ulterior apreciación subjetiva de algunas autoridades de la Administración, ya que la imprecisa formulación de ambas causales de retiro (causar “molestias o daños”) abre amplios espacios de interpretación, lo que no condice con la certeza jurídica que, al ejercicio de los derechos, brinda el texto constitucional. Es que el cuestionado artículo 62, inciso segundo, emplea al efecto dos conceptos o expresiones que en el lenguaje común carecen de límites precisos. Mientras “molestia”, en la acepción pertinente, implica “desazón originada de leve daño físico o falta de salud”, en el mismo léxico la voz “dañar” equivale a “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.^[1] Tampoco estos conceptos pueden ser mayormente precisados a la luz de la reglamentación vigente;”¹⁶⁵.^[1]

¹⁶³ Sentencia TC Rol N°2684-2014, considerando 16°

¹⁶⁴ Cfr. *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, Arturo, Sentencias destacadas 2015, p. 271.

¹⁶⁵ Sentencia TC Rol N°2684-2014.

3.2 CONSECUENCIAS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS DE TRASLADO O RETIRO DE INDUSTRIAS.

3.2.1 Responsabilidad Patrimonial del Estado por actos lícitos.

En Chile, la Responsabilidad del Estado constituye uno de elementos esenciales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, presente en dos normas fundamentales del Principio de Juricidad, los artículos 6º y 7º de la Constitución.

La Responsabilidad del Estado existe por aplicación de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, configurado por principios y valores básicos, entre otros, el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana; la servicialidad del Estado, cuya finalidad propia es promover el bien común y dar seguridad y protección a la población con pleno respeto a los derechos de las personas; el respeto y promoción de los derechos esenciales del hombre, que son superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que contiene disposiciones concretas que obligan a gobernantes y gobernados, y normas expresas que regulan la responsabilidad del propio Estado por los daños y perjuicios que causen su actividad o, incluso, su inactividad.

En efecto, el artículo 38 de la CPR establece que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al

funcionario que hubiere causado el daño. A esta norma general se añaden normas especiales que, en ciertos casos, precisan la clase de perjuicios a que dan lugar los daños causados por ciertos actos del Estado, señalando incluso fórmulas especiales para su determinación, como ocurre, por ejemplo con las requisiciones practicadas durante los estados de excepción, en que se declara anticipadamente que ellas dan lugar a indemnización en conformidad a la ley, y que también dan derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales, se encuentran contestes en el hecho de que a partir de actuaciones del Estado, como lo expresa BERMÚDEZ, se “puede ocasionar daño al patrimonio y persona de los administrados. Los casos en que la actuación lícita ocasiona un daño, por regla general se identifican con situaciones de expropiación de un derecho, regidos en tal sentido por las normas del art. 19 N° 24 CPR y por el DL N° 2186 de 1978 sobre procedimiento de expropiaciones. El fundamento de dicha clase de responsabilidad se encuentra en la teoría del sacrificio especial”¹⁶⁶.

Y MOHOR sostiene que “el deber del Estado de indemnizar encuentra su fundamento normativo constitucional en los preceptos que lo constriñen a actuar de acuerdo a las exigencias del bien común (artículo 1), dentro del marco

¹⁶⁶ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. “La responsabilidad extracontractual de la administración del estado por falta de servicio y por el daño ambiental”, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 2002, p. 253.

de la Constitución y las leyes, a riesgo de enfrentar las responsabilidades y sanciones legales (artículos 6 y 7), que le prohíben incurrir en lo que la Carta Fundamental denomina discriminaciones arbitrarias (artículo 19 N° 2°, 3°, 17°, 20° y 22°); que consagran y aseguran a todas las personas el derecho a la acción (artículo 19 N° 3 y artículo 73 inciso 2°); que establecen el principio de inexcusabilidad judicial (artículo 73 inciso 2°); que reconocen el derecho de propiedad y el derecho a la propiedad (artículo 19 N° 23° y 24°); y que le prohíben afectar la esencia de los derechos (art. 19 N° 26°)”¹⁶⁷.

En ese orden de ideas, la consagración constitucional del derecho de propiedad en el artículo 19 N° 24 inciso tercero de la Constitución, es una garantía patrimonial de la cual gozan los particulares frente a actuaciones estatales que pudieran perturbar sus derechos patrimoniales. Una de las sentencias más importantes de la Corte Suprema es la del Caso “Comunidad Galletué con Fisco”,¹⁶⁸ cuya relevancia está dada porque fue una de las primeras en establecer la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador¹⁶⁹ por actos lícitos en Chile, admitiendo el pago de indemnizaciones por las limitaciones al dominio impuestas en períodos de normalidad política. Y, como afirma

¹⁶⁷ *Ob. Cit.*, MOHOR ABUAUAD, Salvador. “Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización”, p. 290.

¹⁶⁸ CORTE SUPREMA. Sentencia Rol N°16.743-1984 de 7 de agosto de 1984, “Comunidad Galletué con Fisco de Chile”. Disponible en <http://www.pjud.cl>.

¹⁶⁹ ZUÑIGA URBINA, Francisco. “Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador”. Santiago, LexisNexis, Segunda edición. 2007, p. 159. Porque este caso ya tuvo un antecedente previo en la causa “Lapostol con Fisco” en 1930.

PEÑAILILLO, este caso “se trataría de una expropiación indirecta”¹⁷⁰ y su argumento principal deriva de la interpretación exhaustiva de los artículos 19 N°24 y 19 N°26 de la CPR, anexos a la interpretación que nos deja el artículo 41 N°8”¹⁷¹.

En este emblemático caso, como lo describe GUZMÁN, “una comunidad dueña de un predio, demandó al Fisco el pago de una suma de dinero por el perjuicio que se les generaba al no poder aprovechar comercialmente las especies (araucarias) frente a la primera intervención normativa que dictó el Estado de Chile mediante tres decretos supremos para dar cumplimiento al mandato de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América o “Convención de Washington”). La Corte resolvió acoger el recurso, señalando “el voto de mayoría que no hay expropiación no por falta de una ley, ni por la ausencia de un procedimiento tendiente a materializarla (...), aduciendo que era perfectamente posible encontrar una fuente que justificara la indemnización en la equidad y la justicia”¹⁷², como razona en su considerando 12º: “Que la razón de equidad

¹⁷⁰ PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. “La expropiación ante el Derecho Civil”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 65 y ss.

¹⁷¹ *Ídem.*, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. p. 65 y ss.

¹⁷² *Ob Cit.*, GUZMAN ROSEN, Rodrigo, pp. 153-155-158: Finalmente, “en 1990, otro propietario de la misma comunidad dedujo una acción de protección en contra del Ministerio de Agricultura ante la limitación impuesta por el Estado mediante el Decreto Supremo N°43 que estableció que la corta y explotación de la Araucaria se prohibía en todo el territorio, acción que fue rechazada por la Corte, porque no sería una privación absoluta, (considerando 11º), y por que la conservación del patrimonio ambiental sería uno de los derechos o valores superiores que el constituyente ha querido proteger, idea que surge del inciso 2 del art. 19 N°24 y del N°8, concluyendo la historia en 1991, cuando

enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios; así, el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, después de consignar que nadie puede ser privado de su dominio o de algunos de sus atributos esenciales sino en virtud de una ley que autorice la expropiación, establece el derecho de los expropiados para cobrar al Estado los perjuicios por los daños patrimoniales causados; (...). Entre otros, los artículos 1, 5, 7 y 38 de la Carta Fundamental ponen cortapisas al legislador y a las autoridades respecto de las garantías constitucionales que ella establece en favor de los individuos y si éstas son sobrepasadas, claramente prescribe la responsabilidad del Estado”¹⁷³.

Para FERMANDOIS “el elemento confianza es el centro de su jurisprudencia” y agrega “mientras la doctrina y la jurisprudencia españolas derivan la legítima confianza de otro principio mayor, como es el de seguridad jurídica, y así lo han entendido autores nacionales como Bermúdez y Cea Egaña y en Chile, este último está contemplado en el art. 19 N°26”¹⁷⁴.

el Estado creó la Reserva Nacional Galletué, siendo rechazada la acción deducida”. La cursiva es mía.

¹⁷³ CORTE SUPREMA, Sentencia Rol N°16.743-1984 del 7 de agosto de 1984, “Comunidad Galletué con Fisco de Chile”. Disponible en <http://www.pjud.cl>.

¹⁷⁴ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, p. 345.

La crítica doctrinaria de ALDUNATE respecto al caso de la Comunidad Galletué con Fisco, se centra en que: “la prohibición de tala de araucarias era perfectamente compatible con un pleno uso turístico del predio; de tal modo que el específico destino buscado por su dueño, la explotación forestal, venía a ser un dato de hecho no necesaria ni específicamente cubierto por la protección dominical, siendo por tanto plenamente compatible la prohibición de tala con la idea de regulación (y no expropiación) de la propiedad¹⁷⁵.”

Pero, las afirmaciones vertidas por la Corte Suprema en la sentencia Comunidad Galletué con Fisco sólo reflejan como ella entiende vía interpretación el principio sistemático para acoger el recurso, a pesar de no existir una norma expresa.

Es cierto que la Corte podría haber recurrido a otros argumentos para llegar a la misma conclusión que permitieran que la doctrina del caso Galletué con Fisco de Chile fuera sostenible en el tiempo. Siendo un caso catalogado como una limitación de derechos adquiridos que emanan de la función social de declaración de monumento nacional o zona típica, en el que la Corte acogió la indemnización de manera casi excepcional y no como debió ser: un caso de privación parcial o expropiación indirecta, y por ende, indemnizable, con fundamento en la desigual proporción en las cargas públicas, en la teoría del sacrificio singular y en la vulneración de la garantías constitucionales de igualdad

¹⁷⁵ *Ob. Cit.*, ALDUNATE LIZANA, Eduardo, pp. 285-303.

y del derecho de propiedad, sin necesidad de recurrir a la equidad y a la justicia vía interpretación sistemática.

Para FERMANDOIS “la doctrina de Galletué – confirmada en la sentencia Lolco con Fisco de Chile – se construye sobre la base del efecto injusto de la nueva regulación sobre la propiedad del afectado, ante la confianza conferida por la anterior legislación, y en la vulneración de las facultades esenciales del derecho de propiedad”¹⁷⁶.

Por otra parte, la Corte Suprema en el caso Esquerré Hermanos Ltda. con Ilustre Municipalidad de Concepción, Rol N°4.043-2013, anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones que había condenado a la Municipalidad de Concepción a pagar una indemnización, considerándola improcedente, y que había sido solicitada en compensación como resultado de la declaratoria contenida en su plan regulador de dejar como Inmueble de Conservación Histórica la fachada de la tienda Esquerré, haciendo primar el interés colectivo por sobre el interés privado.

La CS en su razonamiento se centró en determinar si nuestro ordenamiento jurídico contempla la responsabilidad de los órganos de la administración del Estado por actuaciones lícitas, que la obligue a indemnizar por daños a los administrados, concluyendo que no hay norma expresa en la LGUC.

¹⁷⁶ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, p. 344. “Dentro de ese marco regulatorio el particular ordenó su actividad comercial y su término o derogación vulnera tanto la propiedad como la igualdad ante las cargas públicas del afectado”.

Sin embargo, y como se ha afirmado, es la propia Constitución la que reconoce el deber del Estado de responder frente a los daños, privaciones o menoscabos a las personas. Así se desprende del reconocimiento constitucional de la dignidad e igualdad de toda persona, la servicialidad del Estado, el deber estatal de promover el bien común (artículo 1º), el respecto del principio de Juricidad (arts. 6º y 7º), la igualdad ante a la ley y la interdicción de la arbitrariedad (art. 19 N° 2), que resguarda la igual repartición de las cargas públicas (art. 19 N° 20), la protección de la propiedad, (art. 19 N° 24), la prohibición de vulnerar los derechos en su esencia y la seguridad jurídica del art. 19 N°26 de la CPR, y la responsabilidad estatal por los actos de la administración del artículo 38 inciso 2º de la Constitución.

El voto de mayoría de la CS razona que el artículo 60 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que, facultó a la Municipalidad para declarar al Edificio Esquerré como inmueble de conservación histórica en la categoría de conservación de fachada mediante el artículo 49 de la Ordenanza Local del Plan Regulador Comunal de Concepción publicada en el Diario Oficial el 22 de abril de 2004, no contempla una indemnización para el propietario del inmueble. Pero lo cierto es que no existe norma que niegue la indemnización o que exprese que el propietario afectado no pueda ser compensado, como lo ha afirmado el voto en contra de esta sentencia del. Ministro Sr. Muñoz, como sigue: “La ley autoriza a la Municipalidad para conservar el patrimonio histórico, y lo faculta para contemplar en el Plano Regulador inmuebles de conservación histórica, sin

embargo, nada dice respecto de si el propietario del inmueble_debe o no ser compensado. Esto es relevante, pues de ello surge que el legislador no ha negado el derecho a la indemnización, -que es el matiz que diferencia la responsabilidad por actos lícitos de la Administración de la responsabilidad del Estado Legislador-, simplemente ha guardado silencio. De modo que, corresponde a los tribunales de justicia, ponderar si en el caso concreto se ha producido una lesión al administrado, al estar en presencia de un daño que no está obligado a soportar, cuestión que -como se adelantó_- se produce en el caso de autos, dado que esta carga impuesta a un propietario, no sólo atenta contra el principio de igualdad de repartición de las cargas públicas y el principio de igualdad ante la ley, sino que supone un gravamen_que atenta seriamente contra el derecho de propiedad de la actora, razones que justifican la procedencia de la indemnización"¹⁷⁷.

Además, el tenor del artículo 152 de la Ley Nº18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades es claro y no da lugar a interpretaciones, al disponer que "las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procede "principalmente" por falta de servicio, de lo que se sigue que la norma no descarta la responsabilidad del Estado fundada en regímenes distintos a la falta de servicio. Énfasis otorgado.

¹⁷⁷ Sentencia CS Rol Nº4.043-2013, Esquerré Hmnos. Ltda. con Ilustre Municipalidad de Concepción, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, considerando 16º.

En este orden de ideas y aún cuando en las sentencias del caso Esquerré y de la Comunidad Galletué con Fisco, la CS falló de manera distinta, evidenciando una jurisprudencia variable, tienen elementos comunes, a saber:

- El artículo 49 de la Ordenanza Local y los decretos que prohíben la tala de araucarias, viene a ser la nueva regulación.
- La nueva regulación, además de atentar contra la certeza jurídica, vulnera el derecho de propiedad del administrado, la igualdad en las cargas públicas y la garantía de igualdad.
- Y como consecuencia, su aplicación deviene en una carga pública en beneficio de la comunidad, que tiene el carácter de grave, especial y anormal.
- En ambos casos es procedente la indemnización al propietario, aun cuando no exista ley especial o norma legal que así lo establezca.
- La responsabilidad por hechos o actos lícitos de la Administración en ambos casos se fundamenta en la Teoría del Sacrificio Especial o Singular, debido a la existencia de un perjuicio que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar.

Lo relevante no es la ilicitud o licitud de la actuación del órgano o la existencia o no de la consagración normativa del deber de indemnizar, sino la lesión o perjuicio causado al administrado y la situación de desigualdad o discriminación en la que queda según la Teoría del Sacrificio Especial o Singular.

Como lo ha sostenido OELCKERS: “estos actos administrativos que originan la responsabilidad de la administración del Estado, de sus organismos

o de las municipalidades, según de donde ella provenga, todos condensados en la denominada responsabilidad extracontractual del Estado administrador, pueden deberse tanto a actuaciones regulares o legales, como a actuaciones irregulares o ilegales. O sea, es posible que la responsabilidad surge por actuaciones lícitas, como por actuaciones ilícitas de la administración pública y ello se debe a que la constitución en su art. 38 inc. 2º, no ha considerado a los elementos de ilicitud y culpa para constituir la institución de la responsabilidad pública y se apoya en un nuevo criterio, que “es el de la lesión”. Por lo tanto, cabe una actuación lícita que sin embargo, ocasione lesiones del patrimonio de las personas y origine responsabilidad”¹⁷⁸.

Adicionalmente, el artículo 4 de la Ley N°18.575 también utiliza el vocablo lesión y dispone: "El Estado ser responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

¹⁷⁸ OELCKERS CAMUS, Osvaldo, “Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado”. Revista de Derecho Público, vol.1985 N° 37-389, pp. 367-368. Y prosigue: “el acto administrativo ilícito tendrá como causal de imputación del daño a la administración cuando éste sea incidental respecto de la actuación administrativa, o sea, cuando estas se dirige a un objeto sustantivo resultando indirectamente una lesión patrimonial a un administrado. En cambio en el caso de los actos administrativos ilícitos, la causal imputación del daño de la administración es justamente esa ilicitud de relación directa entre el acto y la norma jurídica que regula esa actuación. En definitiva, la licitud o ilicitud del acto dañoso son meras causas, formas o modos de imputación del daño a la administración. La licitud o ilicitud del acto administrativo no determina por sí solo la responsabilidad y por lo tanto el derecho al resarcimiento, sino que ellas y especialmente la ilicitud, en donde se ve más claramente la situación, exigen inevitablemente una lesión a los derechos de la persona, o sea, al patrimonio de ella”.

A mayor abundamiento, el voto en contra del Ministro sr. Muñoz, en su considerando 11º acude a la teoría de la igualdad ante las cargas públicas como principio rector del derecho público: “Sin embargo, estas cargas, aplicadas a uno o más ciudadanos, en ocasiones son de tal entidad que violentan el principio de igualdad contemplado en el artículo 19 Nº2 y Nº20 de la Constitución Política de la República, puesto que la igual repartición de las cargas públicas es una concreción del principio de igualdad. (...), y vulnera derechos esenciales de la persona, puesto que ello no puede ser tolerado ni admitido en un Estado de Derecho, en donde el Estado se obliga a garantizar los derechos de los administrados, toda vez que aquel debe estar al servicio de la persona humana tal como lo consagra el artículo 1 inciso 4 CPR”¹⁷⁹.

Y como lo afirma FERMANDOIS, “todo atropello a la seguridad jurídica de los derechos constitucionalmente reconocidos se traduce entonces en el pago de las respectivas indemnizaciones, siendo otra fuente para ello lo contemplado en el art. 38 inciso segundo de la Constitución”¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sentencia CS Rol N°4.043-2013 de Esquerré Hmnos. Ltda. con Ilustre Municipalidad de Concepción, voto en contra del Ministro Sr. Muñoz, considerando 11º, y en su considerando 15º desestima la doctrina contraria que sostiene “como fundamento para denegar la indemnización por actos lícitos del Estado la circunstancia de estimar que su consagración paralizaría el actuar estatal cuestión que a todas luces es equivocada por cuanto la procedencia de la indemnización no dice relación con la facultad para llevar a cabo el acto que causa el daño. La responsabilidad en estudio no busca frenar su ejecución, sino que persigue la compensación del particular, que en este caso restaura el equilibrio que se ha perdido al imponer sobre un particular una carga que beneficia a la comunidad toda”.

¹⁸⁰ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, p. 345.

Lo cierto es que en la sentencia *Esquerré Hnos. Ltda. con Ilustre Municipalidad de Concepción*, la CS consideró improcedente la indemnización porque no existe norma legal que así la establezca, pero bien pudo fundamentar su sentencia en la teoría de la igualdad ante las cargas públicas y en la seguridad jurídica que, como principios rectores del derecho público son considerados por la doctrina como “criterios de interpretación de sus disposiciones, por su capacidad de integrar la ley en los casos en que sea necesario, cuando no existe norma, y especialmente, de fortalecer el valor de la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, porque su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad?”¹⁸¹.

3.2.2 Derecho Comparado:

a) España.

Teniendo presente que en los distintos ordenamientos jurídicos la responsabilidad estatal en general es de creación jurisprudencial y que, en España la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado tiene como uno de sus fundamentos la desigual distribución de cargas públicas, el principio de responsabilidad de la administración se establece en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución española y cuenta con un régimen general en los artículos 139

¹⁸¹ *Cfr.* en lo pertinente el voto en contra del Ministro sr. Muñoz citando a Néstor A. Cafferatta. *El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental*, Summa Ambiental, Tomo I, AbeledoPerrot, 2011, Buenos Aires, Argentina, p. 273. Énfasis añadido.

a 146 de la Ley 30/1992 y en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 429/1993.

Como explica CHECA “el primero de estos artículos, establece que se garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, mientras que en el art. 106.2 del texto constitucional se indica que "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Debe reseñarse, en todo caso, que la Constitución no supuso una innovación significativa en esta materia, ya que la misma se limitó a confirmar la existencia de un principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por la actividad administrativa, principio ya introducido en el ordenamiento jurídico español, fruto de una larga evolución histórica”¹⁸².

¹⁸² CHECA GONZÁLEZ, Clemente. “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública con Fundamento en la Declaración de Inconstitucionalidad de una Ley”. Revista *Ius et Praxis*, Año 10 N° 1, 2004, p. 45-75. Y resume así la evolución histórica: “la responsabilidad patrimonial de la Administración pública española ha evolucionado en las siguientes etapas:

Una primera, presidida por la irresponsabilidad de la Administración, que arranca de la vieja y preconstitucional doctrina del "ius eminens" (con su formulación anglosajona: "the King can do not wrong"), explicable dentro del contexto del "origen divino del poder", que está dominada por la incompatibilidad entre los conceptos de responsabilidad y soberanía, existiendo un claro predominio del segundo de ellos como justificante último de la impunidad del Estado, sintetizándose este extremo en la habitualmente empleada frase de Laferrière: "Le propre de la souveranité est de s'imposer à tous sans compensation".

En una segunda etapa, comenzó a abrirse tímidamente una brecha en la irresponsabilidad del Estado, admitiéndose la responsabilidad del mismo, si bien solo en el supuesto de que en la actuación de los servicios públicos hubiese concurrido, al

Por lo que cualquier vacío de la legislación urbanística puede completarse acudiendo al régimen general de responsabilidad. Si bien la Ley no niega el derecho a indemnización en materia de urbanismo, si delimita qué se entiende por lesión o qué bienes o derechos son susceptibles de ser lesionados.

En definitiva, como se ha descrito, en España es la ordenación urbanística la que finalmente concreta la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico por el cumplimiento por el particular de sus deberes urbanísticos, siendo esa ordenación urbanística la que señala en qué momento y con qué condiciones patrimonializa el particular el aprovechamiento urbanístico.

De este modo, según la doctrina, en España “la responsabilidad patrimonial del Estado comenzó cuando el Tribunal Supremo acudió inicialmente al fundamento de la violación del principio de confianza legítima y solo en fecha reciente reconoció la responsabilidad estatal por causa de leyes inconstitucionales. La responsabilidad patrimonial del legislador por la adopción de leyes vulneradoras del principio de confianza legítima, la aceptación de la violación del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la

menos, una negligencia culposa que no pudiera imputarse a sus propios funcionarios, estadio que coincidió en el ordenamiento jurídico español con la aplicación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil español.

Y la tercera etapa implicó la superación del restringido criterio anterior, y la instauración de un sistema de responsabilidad patrimonial, objetivo y directo, de la Administración, al sustituirse, si bien con los límites que luego se indican, el sistema de imputación por culpa que mantenía el Código Civil, por un principio de imputación objetiva, acogiéndose, pues, la tesis sustentada por el Tribunal de Conflictos francés, el cual, desde su famoso arrêt Blanco, de 8 febrero 1873, ya había mantenido la singularidad de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares regulada en las normas de Derecho civil”.

Constitución española de 1978 o de la confianza legítima ínsita en la ley como argumento en el que basar el resarcimiento de los perjuicios causados por su autor, fue acogida por las sentencias relativas a las empresas pesqueras desde el año 1993, debido a la incorporación de España a la Unión Europea, que determinó, entre otras consecuencias, la rebaja de los cupos de pesca de los armadores nacionales. Esta situación fue común a otros sectores empresariales, como el lácteo, o a otras profesiones, que incluso fueron objeto de supresión, como los corredores de comercio, los agentes de cambio y bolsa, pero el punto de inflexión que fue determinante para apreciar el deber reparatorio del Estado en este supuesto concreto, y no así en los demás, fue el hecho de que las entidades mercantiles dedicadas a la pesca habían realizado notables inversiones para la renovación de su flota, aprovechando para ello las ventajas económicas que el propio Gobierno, mediante real decreto, les brindó unos meses antes de la firma del tratado de adhesión, confiando en el mantenimiento del ordenamiento jurídico al menos durante el tiempo necesario para amortizar la deuda contraída”¹⁸³.

¹⁸³ ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ Eric. Revista Derecho del Estado N°29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n29/n29a06.pdf>, 3-08-2018. Y continúa: “La particularidad de la intervención estatal como causa desencadenante del perjuicio derivado de la imposición de la ley es también absolutamente determinante para la consideración de la responsabilidad del legislador en los supuestos de las Leyes sobre Hidrocarburos de Canarias: el origen del daño no se encuentra aquí tanto en la creación de un determinado impuesto especial sobre combustibles derivados del petróleo, sino en la imposibilidad de las entidades recurrentes de vender el carburante almacenado a un precio libre, ya que este lo fija el Gobierno mediante disposición reglamentaria”.

Posteriormente, la alta instancia jurisdiccional española considerará como daño indemnizable los perjuicios ocasionados a los propietarios de diversas parcelas radicadas en las Islas Baleares afectados por la declaración como áreas protegidas, mediante ley del Parlamento autonómico, Ley balear 4/2008, del 14 de mayo, de Medidas Urgentes para un desarrollo territorial sostenible en las Islas Baleares.

El argumento que inclinó finalmente la balanza indemnizatoria del lado de las víctimas fue no solo el carácter singular de la ley originaria del perjuicio, sino la previsión de un supuesto similar en el ámbito urbanístico, que permite la indemnización por un cambio de calificación de los terrenos adoptado por un plan urbanístico sólo cuando, por causa imputable a la Administración, no hayan podido adquirirse las facultades propias del proceso urbanizador, o bien, no se hayan respetado los plazos previstos en la propia planificación para su ejecución.

Un caso que ejemplifica lo descrito en relación al derecho a edificar, es el de la propietaria de una parcela, quien interpuso un recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, contra la desestimación presunta de la solicitud de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios producidos por la clasificación como suelo rústico protegido (área natural de especial interés) del sector Monport, fase III, en el término municipal de Andratx (Mallorca), a causa de la entrada en vigor de la Ley balear 4/2008. La recurrente invocó que los terrenos de su propiedad estaban como zona transformada por la edificación, con

destino a uso y actividades de naturaleza urbana, pasando a ser clasificados como suelo rústico protegido (área natural de especial interés) del sector Monport, fase III, en el término municipal de Andratx (Mallorca), a causa de la entrada en vigor de la Ley balear 4/2008. Pero en relación al derecho a edificar, el tribunal confirmó la sentencia que se impugnó en ese punto, razonando como sigue: “pues a tenor de los hechos contenidos en el fundamento segundo, que no han sido impugnados por la recurrente en la forma prevista en el artículo 88.3 de la LJCA, no se puede entender que se han llevado a cabo las actuaciones urbanísticas sustanciales y satisfecho las cargas y deberes que legalmente se establecen para la patrimonialización del derecho y la obtención de los beneficios reconocidos por el planeamiento. Conviene añadir que cuando en ese periodo de ejecución, en el que se hace efectiva la participación del propietario en el proceso urbanizador, se han cumplido los deberes urbanísticos cumpliendo las cargas y deberes correspondientes, es cuando puede considerarse que el propietario ha incorporado a su patrimonio los contenidos artificiales que se adicionaron a su derecho de propiedad inicial. Precisamente lo que se echa en falta en el caso examinado es que no se ha acreditado el cumplimiento de dichos deberes urbanísticos, propios de todo proceso urbanizador”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, conociendo del Recurso de casación N°1921/2013 acerca de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador, de fecha 09/10/2015. El tribunal español acogió el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de “Günter Liller Baustrager S. L.”, “Cap des Llamp S.L.” y “Xtrandratx S.L.” contra la Sentencia de 10 de abril de 2013, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en recurso contencioso-administrativo N° 564/2009, que se casó

Lo cierto es que la doctrina “reitera la excepcionalidad de estos supuestos estimatorios, dado que en los mismos se producen unas concretas circunstancias: acción positiva del Gobierno estimulando la conducta que posteriormente queda paralizada (caso de las pesqueras), o la acción estatal que impide la obtención de un beneficio a la víctima (caso de los combustibles de Canarias), o la existencia de un precedente satisfactorio en normas reglamentarias que permite la igualación de los daños derivados de leyes a los provenientes de la Administración (caso de los terrenos baleares). Fuera de estos casos, la respuesta judicial ha sido la desestimación de la reclamación”¹⁸⁵.

Las primeras sentencias estimatorias que aceptan la responsabilidad patrimonial de los daños derivados de leyes formalmente inconstitucionales

y anuló únicamente respecto del alcance de la indemnización. Por lo que la estimación del recurso contencioso administrativo se extendió a conceder indemnización, además de lo declarado por la sentencia impugnada, también por los gastos derivados de las obras relativas al suministro de agua potable y de alcantarillado y no por el derecho a edificar invocado por la recurrente.

<https://www.google.com/search?q=Sentencia+Recurso+de+casaci%C3%B3n+1921%2F2013+Responsabilidad+Patrimonial+del+Estado+Legislador%2C+de+fecha+09%2F10%2F2015.&oq=Sentencia+Recurso+de+casaci%C3%B3n+1921%2F2013+Responsabilidad+Patrimonial+del+Estado+Legislador%2C+de+fecha+09%2F10%2F2015.&aqs=chrome..69i57.808j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. 10 de noviembre 2018, 19:00 hrs.

¹⁸⁵ Efectivamente, esta es la solución adoptada en los referidos casos de restricción o desaparición de determinadas profesiones por aplicación de la Ley de Adhesión a la Comunidad Europea (agentes de cambio y bolsa, y agentes de aduanas), o por otras leyes nacionales (inspectores y recaudadores de la Obra de Protección de Menores), o los más recientes daños irrogados a los establecimientos expendedores de tabaco por la aplicación de la Ley 28 de 2005, conocida como Antitabaco, que impide la instalación de expendios de este tipo de producto en determinados espacios públicos, y que no ha dado lugar a la apreciación de las reclamaciones realizadas²⁵. En estos casos, la obligación de soportar la acción legislativa, o la previsión por el propio legislador de los oportunos mecanismos transitorios (normalmente la aplicación temporal escalonada de la norma), eliminan o atemperan prácticamente en su totalidad de los iniciales perjuicios causados por la misma.

datan del año 2000, y se refieren a los perjuicios irrogados a determinados empresarios por la declaración de inconstitucionalidad, dictada en 1996, de un precepto de una ley de 1980 por la que se gravaban, mediante una tasa fiscal, un determinado tipo de máquinas recreativas, y que, por tanto, ellos habían indebidamente satisfecho.

Entre los argumentos más importantes que se enfrentan al reconocimiento de la responsabilidad del legislador en estos casos se encuentra el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, que considera los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, lo que impide la revisión de los procesos nacidos al amparo de la disposición anulada que ya hubieran fenecido. Sin embargo, a juicio de la alta instancia juzgadora, en un interesante fundamento incluido en su sentencia de 15 de julio de 2000, que por su interés se reproduce, el efecto del citado precepto es el contrario: “La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta: al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión”.

b) Alemania.

Por su parte, en Alemania como lo relata la doctrina, “el ordenamiento alemán urbanístico de 1978 establece varias limitaciones indemnizables, lo que equivale a admitir que sus supuestos son cuasi expropiatorios. Por ejemplo, existe el deber de indemnizar las calificaciones de suelo para usos públicos o sociales que acarreen perjuicios a sus propietarios.

La ley ejemplifica ocho casos, que van desde la reserva de espacios para instalaciones especiales, a la calificación de zonas como inedificables [Parágrafo 40, letra i)], pasando por superficies viales, equipamiento, áreas verdes, etc. La indemnización puede consistir en el abandono de la propiedad para percibir su justiprecio, reparación en dinero de los puros perjuicios u otras fórmulas, cada una de las cuales tiene requisitos concretos (para recibir indemnización en dinero, por ejemplo, la limitación debe prohibir la realización de obras que incrementen el valor del inmueble y, además, aumentar el costo económico del uso que se le daba al terreno; para abandonar la finca, en tanto, se requiere que el perjuicio económico haga inviable el disfrute del sitio, etc.). Lo mismo ocurría con la imposición de servidumbres públicas de paso peatonal, tránsito rodado o conducciones públicas, conforme ciertos requisitos (no incluye, obviamente, las cesiones de las urbanizaciones), y la determinación de vinculaciones de plantación y conservación de flora o recursos hidráulicos.

La jurisprudencia alemana creó la teoría de la “vinculación por razón de la situación” o “*Situntionsgebundenheit*” en 1956, para aclarar cuándo existían

perjuicios.

El caso planteado fue el de una finca agrícola ubicada en las inmediaciones del casco urbano, calificada por el Plan respectivo como zona verde. Su propietario reclama una indemnización, pero el tribunal resuelve que la finca, pese a estar cerca de un centro industrial densamente poblado, "... por su propia naturaleza y no en razón a una norma jurídica se encuentra 'votada' a cumplir una cierta función que -caso de una mayor precisión legal- puede llegar a concretarse de un auténtico deber jurídico.

Esta cierta función consiste en no ejercitar una de entre la pluralidad de facultades propias del derecho dominical. Por lo tanto, cuando por la ordenación urbanística se prohíbe sobre dicha finca un uso o aprovechamiento incompatible con esa función a que aquella está avocada por su situación física y que aún no se ha ejercitado, no se está ante una limitación o ablación del derecho de propiedad, sino ante la mera concreción de la función social de este" (el texto - resumen del fallo- y las cursivas son de Parejo Alfonso). De esta manera, la jurisprudencia germana -Tribunal Federal en lo Civil- entiende que las determinaciones urbanísticas que reproducen el aprovechamiento anterior de un predio son meramente definitorias de su función social y por ende, inindemnizables.

Otra línea jurisprudencial aclara que toda prohibición o apreciable limitación de un aprovechamiento que se conforma a la naturaleza del bien y se realiza sin perturbación, debe homologarse a una expropiación. Y es que en este

caso el bien, por su naturaleza, no está 'votado' a la inactividad impuesta.”¹⁸⁶.

3.2.3 Teoría de la expropiación regulatoria.

La teoría de la expropiación regulatoria o “*regulatory takings*” como se le denomina en derecho comparado ha sido definida por MONTT: “Las expropiaciones regulatorias son el resultado de una actividad normativa lícita que, de facto, resulta afectar la esencia del derecho de propiedad regulado (...) La limitación al dominio, no indemnizable en principio, es en este caso demasiado severa, ha ido demasiado lejos, produciendo un equivalente al de la expropiación”¹⁸⁷.

Es indudable que la jurisprudencia norteamericana que dio origen a la teoría de la expropiación regulatoria no es comparable a la nuestra porque se fundamenta en una regulación constitucional distinta. Sin embargo, aún así, como lo reconoce GUILOFF “en Chile esta teoría es parte del debate legal actual, nuestra jurisprudencia constitucional se ha referido de manera más o menos explícita a ella en varias sentencias durante los

¹⁸⁶ RAJEVIC MOSLER, Enrique. “La Propiedad Privada y los Derechos adquiridos ante la Planificación Urbana”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°1. Año 1998. Sección Estudios, pp. 101 y ss.

¹⁸⁷ MONTT OYARZUN, Santiago: “Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo creciente globalizado”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32, N°1, 2005, p. 68.

últimos veinte años y es materia de análisis doctrinal con posiciones a favor y en contra”¹⁸⁸.

Para FERMANDOIS, la teoría de la expropiación regulatoria “nace por los problemas prácticos de la teoría clásica sobre el contenido esencial de la propiedad y busca proveer de un método concreto para medir la intensidad de una regulación. Este fenómeno finalmente fue recogido por el Tribunal Constitucional en 2007, (...). Y apunta al fenómeno que tiene lugar cuando una regulación, limitación o restricción a la propiedad adquiere tal intensidad que produce los mismos efectos que la privación misma del derecho, y se diferencia de la teoría clásica porque reconoce que una simple limitación a dominio tiene la potencia para expropiar”¹⁸⁹.

En derecho comparado, el primer y más citado caso de la Corte Suprema de Estados Unidos que dio origen a la regulación expropiatoria, es el caso “Pennsylvania Coal v/s Mahon”, en la cual admite, por primera vez, que una regulación puede llegar a implicar una expropiación, lo cual sucederá en aquellas hipótesis donde la regulación vaya demasiado lejos.

¹⁸⁸ Cfr. GUILOFF TITIUN, Matías. La expropiación regulatoria: “Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”. Revista *Ius Et Praxis*, año 24, vol. 2, 2018, pp. 621-648. Sentencias del TC acerca de la teoría de la expropiación regulatoria, Rol N°245-246 (acumulados), de 2 de diciembre de 1996; Rol N°334, de 21 de agosto de 2001; Rol N°505-2006, de 6 de marzo de 2007; Rol N°1141-2008, de 17 de marzo 2009; Rol N°1215-2008, de 30 de abril de 2009; Rol 1863-1991-1993- 2043-2077-2078-2079 (acumulados), de 24 de julio de 2012; Rol N°2299, de 29 de enero de 2014; Rol N° 2644, de 27 de enero de 2015; y Rol N° 2684, de fecha 10 de septiembre de 2015.

¹⁸⁹ *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, Tomo II, p. 318.

Los hechos son los siguientes, relatados por DELAVEAU: “Los trabajos de minería subterránea de carbón en Scranton, en el Estado de Pennsylvania, se iniciaron en 1887 a través de la empresa Pennsylvania Coal Co. En ese año, los derechos sobre los predios superficiales (sobre el yacimiento) fueron transferidos al padre de la Sra. Mahon. El acuerdo reservaba específicamente los derechos sobre el carbón subterráneo a la Pennsylvania Coal Co. En 1921 el Estado de Pennsylvania dictó la Ley Kohler, en virtud de la cual se prohibía la actividad minera de depósitos de carbón bajo la superficie de un predio que perteneciera a un tercero, siempre y cuando causara perjuicios a numerosos usos superficiales, incluyendo carreteras, fábricas, tiendas, colegios, iglesias y otros. La ley tenía como objetivo presionar a las empresas mineras a contribuir con otra ley dictada ese mismo año con el objeto de liberarlas de la responsabilidad civil por daños superficiales a cambio de una suma equivalente al 2% al precio de mercado de su mineral. El dinero sería destinado a crear un fondo estatal que pagaría por esos daños superficiales. En septiembre de 1921, la empresa notificó a la Sra. Mahon que iniciaría la explotación minera bajo su propiedad, a lo que ella contestó con una demanda invocando la citada ley. El tribunal de primera instancia falló a favor de la empresa, pero dicho fallo fue revocado por la Corte Suprema del Estado de Pennsylvania. La minera apeló ante la Corte Suprema de Estados Unidos alegando que dicha ley constituía una expropiación inconstitucional de la propiedad. El máximo tribunal acogió la demanda, en un fallo redactado por el juez supremo Oliver Wendell Holmes.

El pasaje más notable del citado fallo se expresa así: “La regla general es, al menos, que mientras la propiedad puede ser regulada a cierto punto, si esta regulación va demasiado lejos, será reconocida como una expropiación”. (...) “En general no es común que las desgracias del hombre o sus necesidades vayan a justificar que transfiera estos daños a los hombros de su vecino. Estamos en peligro si nos olvidamos que el fuerte deseo público de mejorar la condición pública no resulta suficiente para garantizar la obtención de este deseo, mediante un atajo distinto a la vía constitucional de pagar por ese cambio”.

Cabe hacer notar que el supremo Holmes no se refería a que la Ley Kohler fuera irracional: él concibió que cuando las calles comenzaran a caerse y hundirse por si mismas, existiría un costo público que justifica el uso del dominio eminente. Pero el simple traspaso de un test de racionalidad, o aun el análisis costo-beneficio a gran escala, no releva al Estado de su obligación de pagar en un juicio respectivo. Esta obligación no fluye desde el escepticismo de un tribunal acerca de la racionalidad de una ley, sino del sentimiento de injusticia de redistribuir los derechos de propiedad tiempo después de su establecimiento. A pesar del voto de disidencia, la relevancia de *Pennsylvania Coal* es innegable y sus efectos se proyectan hasta nuestros días”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ DELAVEAU SWETT, Rodrigo. “La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana”. Revista Chilena de Derecho, volumen 33 N°3. Santiago. Diciembre de 2006. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300001&script=sci_arttext. “*Pennsylvania Coal v/s Mahon*” es el primer y más citado caso de la Corte Suprema de Estados Unidos referido a la regulación expropiatoria, porque esta teoría nació de este fallo.

Y como afirma la doctrina “la Corte Suprema norteamericana vuelve a aplicar esta doctrina en los casos *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp* y *Nollan v. California Coastal Commission*, lo que reitera posteriormente en *Lucas v. South Carolina Coastal Commission* y otras decisiones. Posteriormente, en la década de los 90, varios estados aprueban leyes estableciendo la obligación de compensar por limitaciones que reducen el valor de la propiedad”¹⁹¹. FERMANDOIS explica que “para medir la intensidad de una limitación, las cortes norteamericanas han deducido una serie de elementos prácticos, que deben ser ponderados flexiblemente caso a caso. Son elementos importantes las expectativas de retorno de la inversión por parte del dueño y el sacrificio de todos los usos económicamente beneficiosos de la propiedad objeto de la restricción”¹⁹².

Como se desprende a partir de todos los planteamientos y conclusiones de esta tesis, estoy de acuerdo sólo en parte con el análisis de GUILOFF, para quien “no resulta pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria en Chile para proteger el derecho de propiedad privada frente a las modificaciones legales, argumentando razones, dogmáticas asociadas a la interpretación de los conceptos

¹⁹¹ *Ob. Cit.*, GUILOFF TITIUN, Matías. La expropiación regulatoria: “Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, pp. 621-648.

¹⁹² *Ob. Cit.*, FERMANDOIS, Tomo II, p. 319.

propiedad privada y privación, de central relevancia para distinguir entre limitaciones y expropiaciones en la regulación de los incisos 2º y 3º del art. 19 N°24 de la CPR y, razones de derecho constitucional comparado, porque la expropiación regulatoria se ha desarrollado al amparo de una constitución que al regular la propiedad no establece la función social de la propiedad, en circunstancias que la Constitución chilena lo hace y la regula detalladamente”¹⁹³. Ello porque nuestra Constitución no distingue nítidamente entre regulación y expropiación como afirma GUILOFF, sino que y como se ha desarrollado, dispone una gradualidad en la afectación del derecho de propiedad que va desde la limitación de la propiedad que debe ser aceptada sin indemnización, hasta la privación de la propiedad que exige una indemnización, pero además, admite la privación parcial de un atributo o facultad esencial del dominio, y por lo tanto, de esta manera, abre la posibilidad de que esta privación parcial también sea indemnizable. Constituyéndose en los hechos en lo que en derecho comparado se ha denominado una expropiación regulatoria, como ocurrió con el criterio excepcional seguido por la Corte Suprema en el caso de la Comunidad Galletué con Fisco, la sentencia de mayor importancia en esta materia por ser la primera en resolver si existía una limitación o una expropiación¹⁹⁴.

¹⁹³ *Ob. Cit.*, GUILOFF TITIUN, Matías. pp. 621-648.

¹⁹⁴ CORTE SUPREMA, sentencia Rol N°16.743-1984, basándose en que existió una privación de las facultades esenciales del derecho de propiedad, cuyo argumento

Gradualidad que se manifiesta en esta distinción constitucional en la regulación del derecho de propiedad, descrita por el profesor PEÑAILILLO: “Habrá situaciones en las que será difícil precisar cuando se estará en presencia de restricciones y obligaciones, (que hemos preferido llamar deberes o cargas) que por mas intensas que sean, quedarán incluídas en la función social y no conferirían indemnización, pero que en los hechos a veces serían verdaderas privaciones parciales, privando de algún atributo o facultad esencial del dominio, y cuando de una privación, siendo éste el conflicto fundamental, pero ya no tanto por la imprecisión constitucional, sino mas bien por los términos en que la ley respectiva acomete la intervención”¹⁹⁵.

Es este último punto que la doctrina citada describe como el “conflicto fundamental” en relación a aquéllos deberes o cargas que en los hechos si constituyen privaciones, que afectan tanto al derecho de propiedad como al derecho a la igualdad en la cargas públicas, y que el autor atribuye no a la imprecisión constitucional, sino a “los términos en que la ley respectiva acomete la intervención”, es lo que a nuestro entender explica en parte el problema objeto de esta investigación, considerando que en aquéllos casos difusos, debido a la imprecisión constitucional y/o legal se vulneran derechos fundamentales, lo que equivale a una expropiación indirecta. Énfasis otorgado.

principal deriva de la interpretación exhaustiva de los artículos 19 N°24 y 19 N°26, anexos a la interpretación que del artículo 41 N° 8, y que ya tuvo un antecedente previo en la causa “Lapostol con Fisco” en 1930. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XXVII, 1930, sección primera, p. 747.

¹⁹⁵ *Ob. Cit.*, PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. pp. 92, 96 y 97.

Distinción de la que también se ha hecho cargo el TC en sentencias anteriores: “Habrá casos claros de privación, (como cuando se le quita a una persona todo el bien sobre el que recae el dominio), y otro casos claros de regulación, (como aquéllos en que los actos propios del dominio que se limitan son irrelevantes). Sin embargo, si el acto de regulación o limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que este conllevaba. Se trata de lo que el derecho comparado ha denominado desde hace casi un siglo “regulaciones expropiatorias”¹⁹⁶.

Y que también destaca el TC en su última sentencia, en sus considerandos 25º y 26º, en los cuáles, distingue entre regulación, limitación y privación, precisando que el acto regulatorio difiere de una limitación en su contenido y alcance.

“El primero es aquel que tiene por objeto determinar las reglas conforme a las cuales se debe usar, gozar y/o disponer de la propiedad, orientadas precisamente a resguardar su ejercicio efectivo e impedir que se emplee contra la ley o contra derecho ajeno.

El segundo en cambio, consiste en restringir, acortar o ceñir, reduciendo a menores límites, la extensión donde puede ejercerse el derecho, pero dejando plenamente vigentes sus facultades esenciales. En este caso, la orden de traslado comporta una expulsión, secuela de la cual el propietario no puede

¹⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N°1.141-2009, considerando 22º.

continuar ejerciendo su derecho en el lugar donde válidamente lo radicó en su oportunidad. Se concluye, así, que un desalojo basado en esta norma afecta el ejercicio de un derecho de propiedad que se presume lícito, puesto que priva al titular de aquellas facultades esenciales del dominio -uso, goce y disposición- de una manera que no admite la Constitución en su artículo 19, N° 24°, inciso tercero.

Y en esa misma línea, en el considerando 7° la sentencia del TC Rol N°2299/2012: “La situación particular de una lesión de un atributo del dominio exigirá, previamente, determinar si nos encontramos frente a una privación u obligación, lo que exige considerar la naturaleza de la regulación, su objeto preferente y el alcance o incidencia limitativa sobre el derecho de propiedad. En tal sentido, la magnitud de la regulación es relevante generando una posibilidad excepcional de privación”¹⁹⁷.

En este sentido y desde el punto de vista del control de atribución de la facultad discrecional¹⁹⁸, de acuerdo a lo descrito en esta tesis a propósito del argumento por vulneración del derecho de propiedad, la aplicación de las normas de traslado o retiro impugnadas vulneran la garantía constitucional del

¹⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia Rol N°2299/2012, considerando 7°. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/025-Tomo-XXV-PDF.pdf>. Visitada 20 de diciembre de 2014, 17:00 hrs.

¹⁹⁸ Sentencia TC 2069/2012, en la cuál el TC para efectos de su razonamiento también distingue ambos tipos de controles de atribución de Saavedra como sigue: “El Tribunal realiza en la acción de inaplicabilidad un control de atribución de potestades, no de ejercicio de las mismas. En virtud del primero, se controla la entrega de atribuciones a la Administración. Mediante el segundo, se examina la dictación de los actos que se emiten en virtud de la potestad otorgada”.

derecho de propiedad que consagra un requisito en cuanto al resultado que se busca con la aplicación de las normas, porque importan un menoscabo de tal envergadura en el derecho de propiedad, que afectan las facultades de uso y goce del dominio. Con la exigencia de que, existiendo una privación del dominio se requiere indemnizar, a diferencia de lo que ocurre si se entiende que se está ante una limitación al dominio, lo cual dependerá primero de la existencia de un perjuicio y desde luego, de la magnitud del menoscabo o pérdida experimentada porque, tal como lo afirma FERMANDOIS: “las regulaciones o restricciones así promovidas, no pueden afectar la esencia del derecho de propiedad, ni la esencia de sus atributos o facultades esenciales”¹⁹⁹.

Por tanto, para que surja el derecho a la indemnización por una actuación lícita del Estado en los casos que nos convocan, es necesario que nos encontremos ante perjuicio como resultado de un acto administrativo que implica una carga pública desproporcionada, con un menoscabo económico real y cuantificable por parte del propietario, como lo es el costo de traslado e instalación. De forma tal que, mediante la indemnización, se restablezca el equilibrio patrimonial perdido, con un justo balance entre el sacrificio del administrado sobre quien recae la carga y el beneficio que ese sacrificio representa para la comunidad, como lo ha razonado la jurisprudencia constitucional en relación a las carga públicas: “Que, a mayor abundamiento, e independiente de que en este caso –como se señaló- no se

¹⁹⁹ FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo. “Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: Hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile”, Sentencias Destacadas, 2004, p. 36.

cumple con la exigencia constitucional de legalidad que debe estar presente en aquellos preceptos que, a lo menos, establecen limitaciones, obligaciones o modalidades a la propiedad, es posible afirmar que la aplicación de las normas impugnadas tiene un efecto privativo o expropiatorio que va más allá de la consagración de una limitación, obligación o modalidad. Desde el punto de vista del interés público (o función social de la propiedad) podría resultar conveniente el traslado de la industria. Esa posibilidad no se discute y estará siempre presente, en la medida –desde el punto de vista constitucional- que se expropie e indemnice de acuerdo a los requisitos normativos exigibles;”²⁰⁰.



²⁰⁰ Considerando 9º voto en contra de la sentencia industria Molinera del Norte S.A.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo al análisis realizado a la normativa legal vigente, es posible ordenar el traslado o retiro de industrias en Chile según lo disponen los artículos 62 inciso segundo y 160 de la LGUC y el artículo 84 del Código Sanitario, lo que permitió sistematizar y analizar sus diferentes requisitos, distinguiendo los dos casos de traslado del artículo 62 inciso segundo y del artículo 84, del caso de retiro del artículo 160 y determinar que, aplicadas al caso concreto, vulneran garantías constitucionales. Lo que ha permitido el desarrollo de jurisprudencia constitucional variable que, aunque escasa si se compara con otras materias, es contundente, con la interposición ante el Tribunal Constitucional de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 62 y del art. 160 de la LGUC.

2. Si bien la autoridad municipal y sanitaria está amparada en su potestad/función para ponderar en cada caso concreto cada requisito legal y se basa en dos informes técnicos para decidir, no se indica ni se aplica un procedimiento normativo reglado, con dos importantes consecuencias: desde el ámbito de control de atribución de la facultad discrecional, se vulneren las garantías constitucionales del debido proceso del artículo 19, N° 3 inc. 5° de la CPR y del derecho fundamental a la igualdad del art. 19 N°2 de la CPR. Y desde el ámbito del control de ejercicio de la facultad discrecionalidad que se expresa

en el acto administrativo que ordena el traslado o retiro de una industria o de un establecimiento, se transgreden los principios de contradictoriedad e imparcialidad de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, por lo que al someterse a los mecanismos de control de las técnicas de control clásica y moderna de los actos administrativos, devienen en actos administrativos discrecionales que no responden a principios generales del derecho como la buena fe, proporcionalidad, confianza legítima e igualdad, por lo que no pueden entenderse razonables, racionales y proporcionales.

3. Esta investigación permitió demostrar que desde el punto de vista del control de atribución de la facultad discrecional otorgada a la autoridad municipal y sanitaria, las normas de traslado o retiro de industrias son inconstitucionales porque aplicadas al caso concreto, vulneran las garantías constitucionales del derecho a la igualdad en las cargas públicas, del contenido esencial de los derechos y de la seguridad jurídica, de la libertad económica, el Principio de Juricidad que es transcendental y determinante en el control de los actos de la Administración y el derecho de propiedad en cuanto al medio utilizado, porque, atendida la Constitución, la Teoría de la Esencialidad y la jurisprudencia constitucional, la normas analizadas vulneran el principio de reserva legal debido a su indeterminación normativa por el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siendo una regulación inadecuada, innecesaria y desproporcional basada en conceptos ambiguos, amplios, imprecisos, existiendo un amplio margen para la apreciación subjetiva de la autoridad municipal y

sanitaria.

4. En Chile, es el Tribunal Constitucional quien finalmente determina la eficacia de la protección ambiental confirmando su propia jurisprudencia, como consecuencia la regulación constitucional de contaminación y de la inexistencia de normas de calidad ambiental precisas que determinen objetivamente parámetros aceptables en materia de olores, vibraciones por tronaduras o por tráfico y otras molestias, que permitan fundamentar de manera efectiva la existencia de contaminación ambiental y contribuyan a delimitar de manera precisa que es molesto o dañino en las normas de traslado o retiro de industrias o de establecimientos, para que la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, no sea vulnerada.

5. Se ha determinado que, la propia regulación constitucional con un verdadero estatuto de la propiedad que evidencia una excesiva protección de los derechos de contenido económico patrimonial con principios de orden público económico trascendentales y decisivos en la interpretación de las garantías, es de particular relevancia y resulta ser clave para entender porque las normas de traslado o retiro de industrias aplicadas al caso concreto, vulneran derechos fundamentales patrimoniales de los administrados, constituyéndose en los hechos en una expropiación regulatoria sin indemnización como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional. Aún cuando, debido a la importancia del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, exista plena justificación para el traslado o retiro haciendo primar el interés colectivo como se desprende de los

criterios mayoritarios seguidos por la jurisprudencia judicial y constitucional, con el fin de proteger la salud y calidad de vida de quienes se ven afectados por la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias.

La responsabilidad patrimonial del Estado por actos lícitos es una necesaria consecuencia de la inconstitucionalidad de las normas de traslado o retiro de industrias porque, desde la perspectiva del control de atribución de la facultad discrecional, no cumplen con la reserva legal que establece la garantía constitucional del derecho de propiedad en cuanto al medio y en cuanto al resultado que se busca obtener, lo que encuentra su fundamento en todos los argumentos de inconstitucionalidad descritos, y especialmente, en la vulneración de la garantía de igualdad ante las cargas públicas, en los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica, en la Teoría del Sacrificio Singular o Especial y en el principio de justicia distributiva de la jurisprudencia constitucional, consistente en un equilibrio mediante el cuál, todo sacrificio de la libertad o los derechos de los particulares debe ser compensado acorde a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, porque le demanda al propietario un sacrificio singular o especial impuesto por el Estado que se constituye en un factor objetivo de imputación de responsabilidad, y por ende, en una obligación reparatoria que tiene por antecedente la imposición de una carga pública injusta, desigual y desproporcionada y como efecto práctico, un perjuicio económico cuantificable para el propietario de la industria o establecimiento porque, si bien él sigue

siendo su titular, se le impide seguir desarrollando una actividad económica lícita en su inmueble que hace inviable su disfrute, con el consecuente sacrificio del uso económicamente beneficioso que para él tenía su propiedad.

6. Finalmente, a propósito de la intencionada gradualidad con que la Constitución regula el derecho de propiedad, que incluye la distinción entre privación total y privación parcial de una facultad esencial del dominio o expropiación parcial que en los hechos es una expropiación indirecta sin indemnización, es necesario que se regule la expropiación regulatoria con sus respectivos requisitos y consecuencias y un estatuto de derechos fundamentales más equilibrado, que permita la garantía efectiva de todos los derechos en conflicto sin afectar su esencia y más seguridad jurídica. Y que se establezca una regulación sectorial urbanística y sanitaria de traslado o retiro de industrias o de establecimientos más precisa, menos gravosa y proporcionada, que cumpla con los principios de proporcionalidad y razonabilidad y con un procedimiento normativo reglado siguiendo los principios de contradictoriedad e imparcialidad, más acorde a los estándares normativos de procedimiento y de control del sistema legal e institucional vigente con competencia en materia medio ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N°2. Año 2006. pp. 285 y ss.

ALONSO GARCÍA, María Consuelo y LEIVA RAMÍREZ Eric. Revista Derecho del Estado N°29, julio-diciembre del 2012, pp. 145-173, en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n29/n29a06.pdf>, 3-08-2018.

BAUER, Carl en "Contra la corriente. Privatización, mercado de agua y el estado de Chile". Santiago: Lom Ediciones/Fundación Terram. (2002), p. 30.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Fundamentos del Derecho Ambiental". Ediciones Universitarias de Valparaíso. Año 2007.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación". Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso. XXI, Valparaíso Chile, (2000), pp. 9-25.

BERMÚDEZ SOTO, JORGE: "Derecho Administrativo General". Primera Edición. Abeledo Perrot Legal Publishing. Santiago. Año 2010. Pág. 61.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Tecnos, Madrid, (1995), pp. 82-83.

Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N°40, Valparaíso, agosto 2013. Disponible en internet: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512013000100013

CALDERA DELGADO Hugo. "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa". Revista Chilena de Derecho Vol. 16, N°2, (junio-agosto de 1989), pp. 423-428.

[SEP]

CARCELLER FERNÁNDEZ Antonio. "Instituciones de Derecho Urbanístico". Ed. 1993, p. 327. [SEP]

CARRETERO PÉREZ, Adolfo. "Derecho administrativo sancionador". Madrid, Editorial EDERSA, España. 1995.

CEA EGAÑA, José Luis. "Notas sobre el Orden Público Económico", Revista Gaceta Jurídica, N°135. Año 1991, pp. 18-32.

CEA EGAÑA, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile. Segunda Edición, (2012), pp. 503-504-506.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente. "La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública con Fundamento en la Declaración de Inconstitucionalidad de una Ley". Revista Ius et Praxis, Año 10 N° 1, 2004, p. 45-75.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "El Derecho urbanístico chileno y la garantía constitucional de la propiedad". Revista de Derechos Fundamentales N°2, 2008, p. 93. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3999271>, visita 28/10/17, 10:00 horas.

DELGADO SCHNEIDER, Verónica. "La orden de "trasladar" o "retirar" una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte Sección: Ensayos Año 22 – N°1, 2015, pp. 481-506.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel. Las Potestades Administrativas. Tecnos, Madrid, (1986), pp. 20-21.

DELAVEAU SWETT, Rodrigo. "La Regulación Expropiatoria en la Experiencia Norteamericana". Revista Chilena de Derecho, volumen 33 N°3. Santiago. Diciembre de 2006. Disponible: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000300001&script=sci_arttext. 2 de noviembre de 2018.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "Los Derechos Constitucionales", Editorial Jurídica de Chile, 2004. Sesiones N° 149 y 155 de la C.E.N.C. pp. 384 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de derecho urbanístico. Madrid: Cívitas, 1981. p. 429.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Civitas, Madrid, (2008), Tomos I, p. 552.

GUERRERO DEL RIO, Roberto: "La Constitución Económica", en Revista Chilena de Derecho, Volumen VI., (1979), pp. 79-94.

GUZMAN ROSEN, Rodrigo. "La Regulación Constitucional del Ambiente en Chile". Legal Publishing Chile, primera edición. Santiago de Chile. Año 2005.

FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo: Derecho Constitucional Económico. Tomo I y II. Editorial Universidad Católica de Chile. (2006).

FERNANDEZ RICHARD, José. "Derecho urbanístico chileno", Edit. Jurídica de Chile. Año 2009, pp. 40-41.

FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. "Urbanismo y Construcción". Santiago, Editorial LexisNexis, 2006.

HUEPE ORTIGAS, Fabián. "La Actividad Discrecional de la Administración y su Control Jurídico", p. 107. Tesis doctoral disponible en internet: <http://repositorio.conicyt.cl/handle/10533/182448>. Visitado el 6 de noviembre de 2017.

MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. "Derecho de Propiedad y Proyecto de Reforma de Ley del Suelo", en "Derecho Urbanístico Local". José María Boquera editor, Ed. Civitas, Madrid. 1992, citando la sentencia del TC Español Rol 37/1987 del 26 DE MARZO, p. 83.

MOHOR ABUAUAD, Salvador. "Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización", Revista Chilena de Derecho, Vol. 16, 1989, p. 284.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo I, Santiago, Abeledo Perrot, (2012), p. 633.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano". Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 7, N° 2, (2009), pp. 143-205.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno", en Carbonell, Miguel (Coordinador): El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica, Santiago, Libro Tecnia, (2010), pp. 353-403.

OELCKERS CAMUS Osvaldo. "Principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°1, (1977), pp. 140-141. Disponible en Internet en: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/10>, visitada el 2/11/2017.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "Fundamentos indemnizatorios en razón del acto administrativo lícito que cause daño en el patrimonio del administrado". Revista de Derecho Público, vol.1985 N° 37-389, pp. 367-368.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "El Principio de Juricidad". Revista de Derecho Público, Vol. 62. P. 168.

PAREJO ALFONSO, Luciano, La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán. (I), en: Revista Española de Derecho Administrativo, N°17, (1978), p. 245.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Tecnos, Madrid, (1993), pp. 22-31.

PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. "Los Bienes, la propiedad y otros derechos reales". Edit. Jurídica de Chile, 2006, pp. 81 y ss.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. "La expropiación ante el derecho civil". Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 2004, p. 69.

PONCE DE LEÓN SOLÍS, Viviana. La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Revista Chilena Derecho, vol. 42 N°3, Santiago, dic. 2015.

PUCHEU MUÑOZ, Mario. "El Derecho a edificar en la Legislación Urbanística". Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°206 año LXVII 1999, pp 37-41.

REYES RIVEROS, Jorge. "El Principio de Juricidad y la Modernidad", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, año (1998), pp. 85.

RAJEVIC MOSLER, Enrique. "Limitaciones, reserva legal, y contenido esencial de la propiedad privada". Revista Chilena de Derecho, Vol. 23 N°1, pp. 23-97. Año 1996.

RAJEVIC MOSLER, Enrique. "Derecho y Legislación Urbanística en Chile". Revista de Derecho Económico Administrativo Vol. II, 2 Julio-Dic. (2000), p. 531. Disponible en: http://www.derecho.uahurtado.cl/documentos/Rajevic_Derecho-Legislacion-Urbanistica-Chile.pdf.

RAJEVIC MOSLER, Enrique. "La Propiedad Privada y los Derechos adquiridos ante la Planificación Urbana". Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N°1, pp. 65-112. Año 1998. Sección Estudios.

REYES RIVEROS, Jorge. "El Principio de Juricidad y la Modernidad", Revista Chilena de Derecho, Número Especial, año 1998, pp. 85.

REVISTA GACETA JURÍDICA, N° 126, 1990, pág. 37 y ss.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier. "Beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística (recuperación de plusvalías, compensaciones y técnicas de distribución equitativa)". Revista de la Administración Pública N°92, mayo-agosto. 1980, p. 53.

SERRANO RODRÍGUEZ, Antonio. "El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana El Principio de un Proceso", en Estudios Territoriales N° 40, 1993, p. 35.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Editorial Tecnos, 1994, pp. 20-21.

SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, Tratado de derecho constitucional, T. IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, (1999), pp. 51-53.

SENTENCIAS DESTACADAS 2015. Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Ediciones LYD, mayo 2016, comentario de FERMANDOIS, Arturo de la sentencia del TC Rol 2684-2014, industria Curtidos Bas, p. 276.

STERN Klaus. El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 1. Septiembre-diciembre 1988, p. 274. En Dialnet-EISistemaDeLosDerechosFundamentalesEnLaRepublicaFe-1048054.pdf

ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Vieja-Nueva Constitución". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Año 5, N°1. Año 2007, pp. 349-370.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. "La sentencia de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad y legislación". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca. Año 3, N°1, 2005, págs. 37-53. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2033886>

ZUÑIGA URBINA, Francisco. Constitución y Amparo Económico, en Gaceta Jurídica N°145, julio 1992, pp. 10-18.

ZUÑIGA URBINA, Francisco, RAINER Arnold, MONNET Jean, MARTÍNEZ ESTAY, José, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional" Estudios Constitucionales, (2012), Vol. 10, N°1, pp. 65 - 116.

ISSN 0718-0195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

JURISPRUDENCIA CITADA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. Sentencias Rol N°16.743-1984, Rol N°3.475-2010, N°3.359-2008, N°16.814-2013, N°16.888-2013 y N°3.581-2006 y N°16.593-2014 entre otras. Disponible en <http://www.pjud.cl>

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencias Rol N°253-1997, N°245/1996, N°505/2006, N°2069/2012, N°2.643-2014, 2.644-2014 y Rol N°2684-2014, entre otras. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=372>

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES. Recurso de casación N°1921/2013. En: <https://www.google.com/search?q=Sentencia+Recurso+de+casaci%C3%B3n+1921%2F2013+Responsabilidad+Patrimonial+del+Estado+Legislador%2C+de+fecha+09%2F10%2F2015.&oq=Sentencia+Recurso+de+casaci%C3%B3n+1921%2F2013+Responsabilidad+Patrimonial+del+Estado+Legislador%2C+de+fecha+09%2F10%2F2015.&aqs=chrome..69i57.808j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

TEXTOS LEGALES CITADOS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1980.

LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, D.F.L. N°428 de 1975, actualizada por la Ley 20.741, publicada en el D. O. 1 abril 2014.

ORDENANZA GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES, D.S N°47 de 1992, actualizada el 8 de abril de 2014.

CÓDIGO SANITARIO, D.F.L. N°725 de 1968. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Año 2007.

LEY N°19.300 SOBRE BASES GENERALES DEL MEDIO AMBIENTE, actualizada por la Ley 20.417, publicada en el Diario Oficial del 26 de Enero de 2010.

LEY DE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS N°19.880,
promulgada el 22/05/2003.

LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE MUNICIPALIDADES N°18.695,
publicada en el Diario Oficial el 31/03/98.

LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL SOBRE BASES GENERALES DE LA
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, N°18.575, publicada en el Diario Oficial el
5/12/1986.

