



Capítulo 11

Urbanismo por decreto: centralismo y confusión institucional en la ciudad chilena

LUCAS SIERRA I.

Una aclaración fundamental: los planes seccionales no tienen vigencia eterna, como tampoco la tiene ningún otro instrumento de planificación urbana [...] las normas de un plan no constituyen un derecho adquirido por los propietarios.

Jaime Ravinet, Ministro de Vivienda y Urbanismo (2001-2004)

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo sostengo que la regulación urbana en Chile tiene sentido “vertical”, es decir, sus normas son impuestas por órganos públicos y no acordadas por las personas mediante el mecanismo más “horizontal” de los contratos. La regulación urbana se sirve de normas imperativas o controles (como es la zonificación o *zoning*, por ejemplo) antes que de mecanismos destinados a incentivar acuerdos entre las personas (como, por ejemplo, mecanismos tributarios, derechos de impacto, de densificación y, en general, derechos inmobiliarios transferibles).

Sostengo, además, que esta regulación urbana vertical es pesadamente centralista y confusa en términos institucionales. Para demostrar esto, analizo la regulación urbana desde la perspectiva de las distintas potestades normativas en el derecho chileno. Este análisis muestra que, históricamente, el papel más importante en esta regulación lo ha tenido la potestad administrativa, es decir, la potestad propia del gobierno central. Esta tradición centralista sigue viva hoy, a pesar del discurso por una mayor descentralización que se viene oyendo desde hace décadas en Chile, y de las reformas que han intentado materializarlo.

La última reforma mayor en este sentido fue la que modificó la Constitución a propósito de los gobiernos comunales y regionales a partir de 1991. Según se dijo en la época, con estos cambios se buscaba aumentar los poderes locales y regionales, reforzando su autonomía frente al gobierno central. En materias de regulación urbana, sin embargo, esta reforma mantuvo el enorme peso relativo de este último. En el nuevo modelo, los planes reguladores comunales (y seccionales), intercomunales (y metropolitanos) y el plan regional de desarrollo urbano deben respetar las normas administrativas. A pesar de sus declaraciones descentralizadoras, estas reformas mantuvieron el peso del gobierno central en la regulación de la ciudad. Esto, alegaré al final, introduce confusión institucional. Los proyectos de reforma que hoy se discuten en el Congreso no la resuelven¹.

Como se comprenderá, todo este ambiente regulatorio es hostil a la idea de derechos de propiedad. Estos derechos sólo son posibles en un ambiente en que la ley los establezca

¹ Se trata del proyecto de reforma de la Ley de Urbanismo que ingresó a la Cámara de Diputados con el Mensaje número 462-348, de 28 de marzo de 2003; del proyecto de reforma constitucional, que también ingresó a la Cámara, con el Mensaje número 47-350, de 12 de diciembre de 2003, y del nuevo proyecto de reforma de la Ley de Urbanismo que ingresó al Senado con el Mensaje número 000-350, de 23 de abril de 2004.

expresamente y la potestad normativa del gobierno central tenga límites cercanos, esto es, el gobierno no pueda alterar toda la regulación si decidiera hacerlo. En nuestro sistema jurídico, en cambio, la ley no establece derechos de propiedad a la hora de regular la ciudad: uno sólo es dueño de su casa, pero no lo es en absoluto de las condiciones del barrio en que está. La razón es que la potestad del gobierno central puede, en la práctica, alterar toda la regulación urbana. Esto último es sinónimo de inestabilidad, y los derechos necesitan un ambiente estable, el que puede dar la potestad legislativa y no la administrativa.

Por último, una nota explicativa. El espacio *urbano* es una especie del género espacio *territorial*, que comprende tanto el espacio urbano como el rural. Este trabajo se concentrará en la regulación jurídica del espacio urbano, que agrupa a más del 85 por ciento de la población chilena y, como veremos, a buena parte de las normas que apuntan a la ordenación territorial. Con todo, las normas que se refieren al espacio rural serán consideradas en la medida en que sirvan para comprender la regulación urbana. Asimismo, la regulación del espacio urbano comprende, en la práctica, el tratamiento de cuestiones urbanísticas y, también, de cuestiones más técnicas sobre las construcciones propiamente tales. Este capítulo se concentrará básicamente en las primeras.

II. VERTICALIDAD DE LAS NORMAS URBANAS Y DEBILIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Cualquier regulación legal puede entenderse como un entramado de normas en dos dimensiones: vertical y horizontal. Verticales son las normas que se establecen “de arriba hacia abajo” y se imponen a quienes deben obedecerlas. Horizontales, en cambio, son las normas establecidas entre quienes están sobre un mismo plano, “lado a lado”. Y, más que normas impuestas, las horizontales son normas autoimpuestas. La Ley de Urbanismo y la Ordenanza de Urbanismo, o el plan regulador de una comuna, son ejemplos de normas verticales. Las normas que acuerdan quienes integran un condominio o las establecidas mediante un contrato de arrendamiento son ejemplos de normas horizontales.

Las normas jurídicas, tanto verticales como horizontales, se establecen mediante el ejercicio de *potestades normativas* que son, a su vez, verticales y horizontales. Una potestad normativa es un poder para dictar normas jurídicas. En el Derecho chileno hay diversas potestades normativas, que revisaremos en detalle más abajo². Una clasificación gruesa de las potestades normativas las divide en públicas y privadas. Las públicas son ejercidas por el Estado y sus órganos, y con ellas se dictan normas “verticales”. Privadas son las que ejercen las personas como agentes privados, con las cuales dictan entre ellas normas “horizontales”. Ambas son jurídicas, en el sentido de que con ambas se dictan normas jurídicamente obligatorias. La diferencia tiene que ver con el papel que juega la voluntad de quien debe obedecer las normas. Las potestades normativas públicas producen normas que pueden imponerse sobre quien debe obedecerlas. Son heterónomas: de aquí su “verticalidad”. Las potestades privadas tienen un carácter menos heterónimo y más autónomo: la voluntad de quien se obliga es necesaria para que la norma sea establecida.

² La perspectiva de las potestades normativas que uso proviene de Bascuñán (1998a).

En Chile, la regulación urbana está compuesta básicamente por normas “verticales”, dictadas en el ejercicio de potestades normativas públicas. En esta regulación ha habido poco espacio para el ejercicio de potestades privadas, que pudieran ser establecidas mediante el mecanismo del contrato. Hay ejemplos de formas más horizontales de regulación urbana, pero son pocos y limitados. El Código Civil provee un buen ejemplo con sus normas sobre “servidumbres”³. Dice su artículo 874: “No se puede abrir ventana o tronera de ninguna clase en una pared medianera, sin consentimiento del codueño...” O bien su artículo 877: “Si la pared divisoria llega a ser medianera, cesa la servidumbre legal de luz, y sólo tiene cabida la voluntaria, determinada por mutuo consentimiento de ambos dueños.”

Sin embargo, el alcance de estas normas civiles, que privilegian el “mutuo consentimiento”, es hoy muy limitado en las ciudades, donde han sido eclipsadas por otras normas de alcances más amplios, como leyes, ordenanzas y planes reguladores. Esas normas sobre servidumbres negociables siguen vigentes en el Código Civil, pero hoy la luz y la vista entre propiedades contiguas están minuciosamente reguladas por los planes reguladores y por la Ordenanza de Urbanismo⁴.

Una consecuencia del acentuado carácter vertical de esta regulación es la ausencia de títulos o derechos que permitan la negociación en cuestiones urbanas. No quiero decir con esto que no haya derechos de propiedad involucrados: un propietario de una casa tiene un derecho de propiedad sobre esa casa. Pero este derecho tiene un alcance limitado, restringido sólo a la casa. No se extiende a las relaciones entre dos o más casas, es decir, la idea de derecho de propiedad o título no se extiende más allá de la casa. Dicho de otro modo, cuando una persona compra una casa, pareciera no comprar en absoluto las condiciones del barrio en que se encuentra.

Un buen ejemplo ocurrió hace poco en la comuna de Peñalolén. Para solucionar el problema de una “toma” que mantuvieron pobladores por varios años en unos terrenos privados, el Minvu compró otros terrenos privados que se encuentran en la misma comuna, no muy lejos, para destinarlos a viviendas sociales. Al final, estos últimos no se destinaron a vivienda social, sino que fueron vendidos por el fisco a empresas inmobiliarias y, producto de esta venta, los pobladores recibieron dineros para sus viviendas en otros lugares de ésta y otras comunas.

Más allá de su desenlace algo sorprendente, el problema de este caso radicaba en el hecho de que los terrenos en cuestión se encontraban bajo un plan seccional aprobado en 1999 y que establecía una densidad baja: entre 25 y 50 habitantes por hectárea⁵. Para

³ De acuerdo con el Código Civil, una servidumbre “es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño” (artículo 820). Las servidumbres son de diversos tipos, por ejemplo, de vista, tránsito, acueducto, etc.

⁴ Este proceso de creciente complejidad normativa es reflejo de la formación de un Estado crecientemente “activista” con el correr del siglo 20. Es clásica la definición de Ackerman para este tipo de Estado: es aquel “en que la estructura misma de nuestra sociedad depende de un flujo de decisiones continuo y consciente de sí mismo, tomadas por funcionarios públicos que responden políticamente” (1983, p. 1). La evolución de las potestades normativas que veremos más abajo muestra con claridad un Estado crecientemente activista en torno de la ciudad.

⁵ Los planes seccionales son los instrumentos de planificación territorial con mayor grado de detalle. Por lo general regulan en forma específica un área cubierta por un plan regulador comunal, pero puede haber planes seccionales sin planes reguladores sobre ellos (ver, por ejemplo, el artículo 46 de la Ley de Urbanismo).

destinarlos a vivienda social, el ministerio debió aprobar administrativamente el aumento de su densidad. Esto tendría necesarias repercusiones en las propiedades vecinas a esos terrenos, que están habitadas y mantienen una baja densidad. De hecho, los vecinos se quejaron. Alegaron que ellos compraron bajo ciertas reglas –las municipales– y ahora se las están cambiando en su perjuicio. Esto indica que dichos vecinos sólo compraron el terreno de sus casas, pero no las condiciones del barrio, pues éstas pueden ser siempre alteradas por el gobierno central con fines, por ejemplo, de política habitacional⁶.

Alguien podría decir, sin embargo, que en realidad no hubo aquí un verdadero cambio de las reglas del juego. El artículo 50 de la Ley de Urbanismo –en virtud del cual el ministerio puede cambiar la densidad del plan seccional– es anterior en el tiempo a dicho plan seccional (está vigente desde 1975, por lo menos). Es decir, ya estaba vigente al momento en que se aprobó el plan seccional (1999). Como no se trata de un verdadero cambio en las reglas del juego, alguien podría concluir que nada hay que sea incorrecto.

La opinión del ex Ministro de Vivienda y Urbanismo Jaime Ravinet, publicada a propósito de este caso de Peñalolén, va en esta línea:

[se] asegura que pretendemos “modificar por decreto el Plan Seccional vigente” y [se advierten] “múltiples consecuencias negativas para los vecinos de la Comunidad Ecológica”. Una aclaración fundamental: los planes seccionales no tienen vigencia eterna, como tampoco la tiene ningún otro instrumento de planificación urbana.

⁶ Así lo autoriza expresamente el artículo 50 de la Ley de Urbanismo: “En casos especiales de proyectos de los Servicios Regionales o Metropolitano de Vivienda y Urbanización éstos podrán proponer al Ministerio de Vivienda y Urbanismo a través de la respectiva Secretaría Regional, las modificaciones a los Planes Reguladores que estimen necesario. El Ministerio aprobará dichas modificaciones previo informe de la Municipalidad respectiva, la que deberá evacuarlo en el plazo de 30 días. Vencido este plazo, el Ministerio podrá resolver, aunque no se haya emitido dicho informe”. Esta posibilidad de intervención que tiene el gobierno central a través del Minvu y su política habitacional fue reforzada a fines de enero de 2003 por una reforma al artículo 55 de la Ley de Urbanismo. Dice el nuevo artículo 55: “Fuera de los límites urbanos establecidos en los Planes Reguladores no será permitido abrir calles, subdividir para formar poblaciones, ni levantar construcciones, salvo aquellas que fueren necesarias para la explotación agrícola del inmueble, o para las viviendas del propietario del mismo y sus trabajadores, o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado. Corresponderá a la Secretaría Regional de la Vivienda y Urbanismo respectiva cautelar que las subdivisiones y construcciones en terrenos rurales, con fines ajenos a la agricultura, no originen nuevos núcleos urbanos al margen de la planificación urbana-regional. Con dicho objeto, cuando sea necesario subdividir y urbanizar terrenos rurales para complementar alguna actividad industrial con viviendas, dotar de equipamiento a algún sector rural, o habilitar un balneario o campamento turístico, o para la construcción de conjuntos habitacionales de viviendas sociales o de viviendas de hasta un valor de 1.000 unidades de fomento, que cuenten con los requisitos para obtener el subsidio del Estado, la autorización que otorgue la Secretaría Regional del Ministerio de Agricultura requerirá del informe previo favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo. Este informe señalará el grado de urbanización que deberá tener esa división predial, conforme a lo que establezca la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Igualmente, las construcciones industriales, de equipamiento, turismo y poblaciones, fuera de los límites urbanos, requerirán, previamente a la aprobación correspondiente de la Dirección de Obras Municipales, del informe favorable de la Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo y del Servicio Agrícola que correspondan”. Junto a la política habitacional, la otra gran política del Minvu es “desarrollo urbano”, por lo que el artículo 50 también posibilita alterar administrativamente los planes reguladores, con sus respectivos seccionales, en materias más propiamente urbanas.

Frecuentemente las comunas están introduciendo modificaciones para satisfacer las necesidades de la ciudad y de sus habitantes. Es más, el artículo 50 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones establece que, en caso de vivienda social, se podrán hacer modificaciones a los planes reguladores que serán aprobadas por el Ministerio, previo informe del Municipio. *Por lo tanto, las normas de un plan no constituyen un derecho adquirido por los propietarios, ya que está sujeto a las leyes nacionales que aseguran que no sobrepasen los derechos de los ciudadanos*⁷.

El principio que subyace en semejante opinión, sin embargo, parece incorrecto. Como lo han mostrado Coase (1992) y otros teóricos preocupados del papel que juegan las normas jurídicas en la actividad económica, la fluidez de los intercambios sociales se favorece si los agentes económicos poseen títulos definidos y estables sobre los recursos. El paradigma de un título estable y definido sobre un recurso es el derecho de propiedad. Como es evidente, este derecho será más estable y definido mientras más “adquirido” sea; y será más adquirido mientras menos pueda ser alterado por una decisión jurídica posterior. Esto no significa que el derecho se vuelva intocable y que no pueda ser alterado en absoluto. Significa, más bien, que si va a ser alterado debe ser expropiado.

La expropiación es el mecanismo institucional diseñado para garantizar la definición y estabilidad del derecho de propiedad. Exige dos condiciones: la dictación de una ley (no de una norma administrativa) e indemnización. Ésta es la garantía que el Estado promete a sus ciudadanos. El derecho de propiedad no implica que el Estado congele para siempre una determinada situación, volviéndose ciego al dinamismo de la sociedad y sus cambiantes necesidades. En este sentido, el derecho de propiedad y el mecanismo de expropiación con que se lo garantiza dejan siempre la puerta abierta a que el Estado pueda asegurar que los propietarios “no sobrepasen los derechos de los ciudadanos”, como le preocupa al ministro Ravinet. Pero le exige cumplir dos requisitos: que dicte una ley especial que declare la utilidad pública de la expropiación y que indemnice a los expropiados.

Nada de esto ocurría en el caso de Peñalolén: no habría indemnización alguna ni ley especial. Sólo está la Ley de Urbanismo y su artículo 50. Ésta, claro, es una ley, pero no es especial sino que está en el extremo opuesto de la generalidad. Hace entrega de una discrecionalidad prácticamente indefinida a la potestad administrativa del gobierno central. Si fuera una regla del juego, sería una que lo hace muy inestable. Esto impide a los jugadores definir sus estrategias, lo que limita su autonomía e impide la fluidez con que se deben intercambiar los recursos a fin de que terminen en manos de quienes más los valoran.

Además, ese razonamiento parece suponer que la propiedad que se tiene sobre una vivienda se reduce estrictamente a la tierra y a la construcción que hay sobre ella. La propiedad que hay sobre las viviendas, sin embargo, está muy relacionada con el entorno. Con los vecinos inmediatos, obviamente, y más allá también⁸. La intensidad del uso, goce y disposición de una vivienda, es decir, de la propiedad sobre ella, tiene necesaria correlación con las características de su entorno. Esto sugiere extender al máximo posible la lógica de la propiedad y su negociación mediante contratos.

⁷ Carta publicada en *El Mercurio* el 6 de agosto de 2003, p. A2. Las cursivas son mías.

⁸ Chesterton (1920) describe con lucidez esta particular característica de la propiedad urbana al escribir: “Tu vecino no es una persona, es un ambiente. Es el ladrido de un perro, el ruido de un piano, es una disputa por el muro medianero; es cañerías más ruidosas que las tuyas, o rosas más bonitas que las tuyas”.

Determinar cuánto puede extenderse la lógica de la propiedad en materia urbana es una tarea difícil y está más allá de los límites de este trabajo. Sólo diré que parece razonable expandir esa lógica hasta lo más razonablemente posible. Por lo pronto, me parece razonable aplicarla a la densidad habitacional del sector en que se encuentra una propiedad. Esto no significa que dicha densidad no pueda cambiarse nunca más. La lógica de la propiedad no significa esto: no es intocable. La propiedad puede afectarse, pero para hacerlo deben cumplirse ciertos requisitos. El requisito arquetípico es la expropiación.

El aumento administrativo de una densidad habitacional definida en un plan seccional, para construir viviendas sociales, afectaría a la propiedad de los vecinos. Cuando se inició el caso Peñalolén, algunos estimaron que el valor de sus propiedades se reduciría en un 20 por ciento (Beyer, 2003). Para estos propietarios, la decisión administrativa habría significado en los hechos una verdadera expropiación, pero sin recibir indemnización alguna. Otros propietarios, en cambio, podrían haberse visto beneficiados. Al aumentar la densidad fijada por el plan seccional, ellos podrían haber vendido para el desarrollo de otros proyectos inmobiliarios (esto, en el supuesto de que la existencia de viviendas sociales en las cercanías no desincentive necesariamente la inversión privada). Estos propietarios, es obvio, serían los que hubiesen querido vender por ese mejor precio y, por cierto, no deberían haber sido indemnizados. Los que no hubiesen querido vender porque, por ejemplo, les interesa preservar el carácter “ecológico” asociado a la densidad baja de su entorno, sí deberían haber sido indemnizados.

Las formas de indemnización pueden ser varias, distintas del simple pago de una suma de dinero. Pueden consistir en rebajas de contribuciones, bonos de descontaminación (por mantener una zona “verde”), o derechos inmobiliarios transferibles⁹ (Moore, 1999). Pero cualquiera sea la forma de indemnización que se elija, es indispensable partir por extender la lógica de la propiedad a la densidad habitacional. Esto implica pensar en los planes reguladores comunales y seccionales como normas jurídicas dotadas de estabilidad. En nuestro sistema jurídico esto significa normas que sólo puedan ser modificadas por ley, no por una norma administrativa. Tal estabilidad se obtiene mediante la lógica de la propiedad y el principio constitucional con que se la protege: el principio de legalidad, es decir, la exigencia de que sólo pueda ser afectada por una ley expropiatoria y no por una norma de inferior jerarquía como, por ejemplo, una norma administrativa. Ese principio, además, incluye la obligación de indemnizar por haberse expropiado¹⁰.

En este esquema, el mecanismo del artículo 50 de la Ley de Urbanismo obviamente no calza. La ley entrega a la autoridad administrativa una discreción casi absoluta, al punto de que todo el mecanismo queda entregado a esta autoridad. Además, el mecanismo del artículo 50 no contempla compensación alguna para los propietarios afectados. Simplemente los ignora. Y tiene razón: ellos son propietarios sólo de sus casas, pero no son en absoluto propietarios de su entorno. ¿De qué forma se comprueba esto? Por el hecho de que los planes reguladores y los seccionales no son estables: pueden ser alterados a discreción de la autoridad administrativa. Como el Ministro de Vivienda y Urbanismo lo aclaró: “los planes

⁹ Sobre derechos inmobiliarios transferibles y otros títulos sobre el suelo, ver Moore (1999) y Renard (1994).

¹⁰ Sobre la propiedad privada y el principio de legalidad en la planificación urbana, ver Rajevic (1998).

seccionales no tienen vigencia eterna... las normas de un plan no constituyen un derecho adquirido por los propietarios...”.

La falta de una lógica de propiedad que refleje el caso de la Comunidad Ecológica de Peñalolén afecta a toda la regulación urbana. Y es imposible que la haya, pues toda la regulación está sometida a la discreción del gobierno. La potestad administrativa tiene el mayor peso relativo en esta regulación. En la base de la regulación están los planes reguladores comunales, pero estos planes pueden ser siempre modificados por el Minvu. Este peso de la potestad administrativa en la regulación urbana no sólo se manifiesta en el hecho de que se impone sobre los planes reguladores, sino que también en que el visto bueno del Minvu es necesario para buena parte de la operación que cotidianamente se hace de la regulación urbana. Se trata de una operación que está subyugada al Minvu y, en algunas materias, también a otros ministerios, como Obras Públicas y Transportes¹¹.

La preponderancia de la potestad administrativa en la regulación urbana da a ésta su carácter “vertical”. Si se quiere hacer a esta regulación más “horizontal”, introduciendo la lógica de la propiedad y el mecanismo de los contratos, habría que empezar por disminuir dicha preponderancia. No es fácil, pues tiene el peso de la historia: hay entre nosotros una tradición centralista. Esta tradición es más antigua que la propia república¹². La lógica normativa que mejor convive con el centralismo es vertical y no horizontal. El carácter vertical de nuestra regulación urbana, entonces, tiene que ver con su centralismo. El estudio de las potestades normativas sirve para mostrarlo. El siguiente caso ayuda en esto.

III. UNA “SELVA NORMATIVA”

A fines de 1994, un grupo de vecinos del barrio Jardín del Este en Vitacura interpuso un recurso de protección contra el director de Obras de la comuna. Basándose en las disposiciones sobre “conjuntos armónicos” que establece la Ley de Urbanismo y la Ordenanza de Urbanismo, este director concedió un permiso de edificación para que se construyeran dos edificios de departamentos de nueve pisos en una manzana del barrio. Los vecinos sostuvieron que semejante construcción sobrepasaba en mucho las normas sobre altura, cabida y densidad del plan seccional aprobado para el barrio, el que buscaba, precisamente, mantener esas dimensiones bajas¹³.

El director sostuvo en su defensa que las normas especiales sobre “conjuntos armónicos” permiten, en ciertas condiciones, hacer excepción a las generales sobre agrupación de las construcciones, coeficientes de constructividad, alturas mínimas y

¹¹ La ordenación del tránsito es ilustrativa. Las municipalidades tienen una Dirección de Tránsito, que se ocupa de mantener señalizaciones y demarcaciones. Pero no pueden decidir por sí mismas la instalación de un semáforo. Para hacerlo deben elaborar una “evaluación técnica” que debe ser finalmente aprobada por la Unidad Operativa de Control de Tránsito (UOCT) del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

¹² Sobre la cultura centralista en América Latina, urdida a la sombra de las reformas borbónicas del siglo XVIII, antes de la Independencia, es clásica la tesis de Véliz (1984).

¹³ El Plan Seccional del barrio Jardín del Este en Vitacura fue aprobado por el Consejo Regional de Desarrollo de la Región Metropolitana mediante la Resolución 9 del 30 de junio de 1994, publicada en el *Diario Oficial* el 11 de agosto de ese año.

máximas, y tamaños de los predios que contienen los planes reguladores y sus ordenanzas locales¹⁴. Esas condiciones, afirmó el director, se cumplían en este caso.

Los vecinos alegaban que el permiso vulneraba sus derechos constitucionales de igualdad ante la ley (pues favorecería al dueño del predio en perjuicio de los demás), de privacidad (por la vista que daría sobre las propiedades vecinas) y de propiedad (pues menoscabaría el valor de sus propiedades).

El 24 de abril de 1995 la Corte de Apelaciones de Santiago falló a favor de los vecinos y el permiso fue revocado. La Corte Suprema confirmó después el fallo y el sitio quedó baldío por muchos años. Sólo hace poco tiempo se terminó de construir en él una embajada¹⁵.

Aunque podría ser interesante, no voy a discutir la argumentación poco formalista que contiene este fallo¹⁶. Lo que me interesa aquí es que refleja con claridad las diferentes potestades normativas del sistema jurídico chileno, que pone en movimiento la regulación del espacio urbano. Como vimos más arriba, una potestad normativa es un poder para dictar normas jurídicas. En el derecho chileno hay diversos tipos de normas jurídicas, dictadas en el ejercicio de diversas potestades normativas. Pueden dividirse gruesamente entre potestades normativas públicas y potestades normativas privadas. Como ya se apuntó, en este trabajo me concentraré en las públicas.

El fallo judicial sobre Jardín del Este muestra las distintas normas y potestades normativas públicas que participan de la regulación urbana. Volveré en detalle sobre ellas más abajo. Ahora sólo las adelanto:

Para empezar, están las normas *constitucionales*. El recurso de protección que interpusieron los vecinos es una acción procesal que está establecida en la propia Constitución, así como también las garantías constitucionales que, como la privacidad y la propiedad, ellos reclamaron amenazadas por el permiso del director de Obras. Las normas constitucionales se establecen en ejercicio de una determinada potestad normativa: la potestad *constituyente*.

Luego están las normas *legislativas*. La Ley de Urbanismo es una de estas normas, que son dictadas en el ejercicio de otra potestad normativa: la *legislativa*. Ésta es una potestad que se ejerce más continuamente que la anterior y mediante ella se dictan lo que en general llamamos “leyes”.

¹⁴ Estas normas especiales están en los artículos 9 y en el párrafo segundo del título III de la Ley de Urbanismo.

¹⁵ Se trata de la manzana comprendida entre las calles Luis Carrera, Espoz, La Perousse y Agustín de Negri.

¹⁶ Los recursos de protección, como éste, permiten a las Cortes ser poco formalistas en su razonamiento. En este caso la Corte parece interpretar la disposición excepcional sobre “conjuntos armónicos” de un modo inverso a su sentido textual. Éste señala que se consideran tales “aquellas agrupaciones de construcciones que, por condiciones de uso, localización, dimensión o ampliación de otras estén relacionadas entre sí, de tal manera que constituyan una unidad espacial propia, distinta del carácter general del barrio”. La “armonía” de estos conjuntos, entonces, tiene un sentido “interno”: se predica de los conjuntos en sí mismos y no en relación con su entorno. En el caso de Jardín del Este, sin embargo, la Corte pareció entender esto último: debían ser armónicos con el entorno. Probablemente aquí la Corte razonó con sentido común: una intrusión como la que son los conjuntos armónicos debería ser lo más armónica posible con el entorno. Pero esto no lo dice la ley. Ésta dice expresamente lo contrario. Por esto el razonamiento de la Corte es poco formalista.

Hay también normas *administrativas*, que dicta el gobierno central. La Ordenanza de Urbanismo es un decreto dictado por el Minvu en el ejercicio de la potestad normativa característica del aparato vinculado al gobierno central: la potestad *administrativa*. Las secretarías regionales ministeriales (Seremi), cuyo papel frente a la regulación del espacio urbano es intenso, ejercen también esta potestad. Aquí se perpetúa la tradición centralista.

El fallo también se refiere al Plan Regulador de la comuna de Vitacura y al Plan Seccional del barrio Jardín del Este. Estos planes son el resultado de la potestad normativa que poseen las municipalidades, y que se denomina potestad normativa *comunal*¹⁷. Ésta es una potestad normativa *autónoma*, porque es autónoma del gobierno central. En el caso de la regulación urbana, el ejercicio de la potestad de las municipalidades se entremezcla, en la práctica y por regla general, con el de la potestad de los gobiernos regionales, la potestad *regional*, que también es autónoma, por lo que se podría decir que existe una potestad autónoma *comunal-regional* sobre la ciudad. Como veremos más abajo, sin embargo, en materia de regulación urbana esa autonomía desaparece: los planes reguladores que se dictan en ejercicio de la potestad normativa comunal-regional deben obedecer no sólo lo dispuesto en las normas legislativas –cosa que deben hacer todas las potestades de los órganos autónomos– sino que deben obedecer además lo dispuesto en las normas dictadas en el ejercicio de la potestad administrativa: a la Ordenanza de Urbanismo, especialmente. Lo mismo ocurre con los gobiernos regionales, pues su carácter autónomo parece desaparecer cuando se trata de regular el espacio urbano, confundiendo, como veremos, el esquema de potestades. Todo esto no es otra cosa que una manifestación de la tradición centralista que aún sigue viva entre nosotros.

Por último, el propio fallo que he citado es producto del ejercicio de otra potestad normativa en el derecho chileno, propia de los tribunales: la potestad *jurisdiccional*. Como es fácil imaginar, la jurisdiccional es una potestad distinta de las anteriores. Por ejemplo, los órganos titulares de las anteriores potestades son generados, más o menos directamente, por el voto popular. En nuestro sistema, en cambio, los jueces titulares de la potestad jurisdiccional están deliberadamente aislados de las fluctuaciones electorales: no se eligen por medio del voto. Al ejercerse, esas otras potestades miran hacia “adelante”. Es decir, las normas que se dictan mediante su ejercicio están destinadas a regular desde la fecha de su entrada en vigencia hacia el futuro. Además, esas otras potestades son más o menos abstractas, esto es, están dirigidas a regular “clases” de casos, sin, por lo general, referirse específicamente a un caso futuro. La potestad jurisdiccional, por su parte, parece mirar hacia “atrás” y ser más bien concreta. Ella está destinada a resolver conflictos de relevancia jurídica y un conflicto es por definición un hecho pasado. Además, los conflictos son casos específicos y tienen, por lo general, partes individualizadas. A éstas afecta, individualmente, la potestad jurisdiccional. La potestad jurisdiccional es relevante para la regulación urbana. Por ejemplo, existe un recurso de ilegalidad en contra de las decisiones municipales, y la posibilidad de interponer recursos de protección, como en el caso de Jardín del Este. Por su carácter excepcional, “discreto” o caso a caso, sin embargo, esta potestad no será analizada en este capítulo.

¹⁷ Según el artículo 10 de la Ley de Municipalidades, las normas que dictan las municipalidades en ejercicio de su potestad se denominan: ordenanzas, reglamentos municipales, decretos alcaldicios e instrucciones.

La regulación del espacio urbano, entonces, implica el ejercicio de distintas potestades normativas públicas. De hecho, todas las potestades normativas públicas que conforman el derecho chileno desempeñan un papel en esa regulación, desde la potestad constituyente, que se encuentra en la cima del sistema y es la más abstracta y general, hasta la municipal, que está más bien en la base de este sistema, y es local y bastante concreta.

Si pensamos que todas estas potestades normativas participan de la regulación del espacio urbano, podemos empezar a formarnos una idea de la complejidad que, desde el punto de vista del derecho, plantea esa regulación. Cada potestad normativa es ejercida por sus respectivos órganos titulares, dentro de un determinado ámbito de competencia y de acuerdo con un procedimiento preestablecido. Esta idea de complejidad se hace más intensa si pensamos ahora que en el ejercicio de cada una de estas distintas potestades normativas se ha dictado más de una norma que incide en la regulación del espacio urbano. Así, por ejemplo, entre las normas dictadas en ejercicio de la potestad legislativa se encuentra la ya citada Ley de Urbanismo, pero junto a ella están además las leyes orgánicas de los gobiernos regionales y de las municipalidades, las leyes de medio ambiente, de pavimentación, de concesiones de obras públicas y varias otras que afectan con mayor o menor intensidad a la ciudad. Para qué decir la diversidad y cantidad normativa que podemos encontrar en el nivel de la potestad normativa comunal.

Obviamente, se necesita un diseño institucional sofisticado para acomodar sin fricciones toda esta compleja agrupación de potestades. Parece haber una opinión extendida, sin embargo, de que éste no es el caso entre nosotros. Es corriente oír entre quienes trabajan con la regulación del espacio urbano, como arquitectos y abogados, que ella es una “selva”. Se quejan habitualmente de un exceso de trámites, de escasa uniformidad en ellos y de mucha discrecionalidad por parte de las autoridades ante las que se deben cumplir esos trámites. La regulación urbana tendría así una apariencia laberíntica; un verdadero enjambre de normas e instituciones que se interpone ante quien debe actuar según ellas.

Una crítica similar se desprende de otros diagnósticos. En julio de 2002, por ejemplo, la Cámara Chilena de la Construcción se quejaba de la lentitud con que las municipalidades tramitaban permisos inmobiliarios. Basándose en algunos estudios, señalaba que una de las causas de la lentitud es la ausencia de un criterio común para tratar una misma materia por parte de las municipalidades (*La Tercera*, 2002).

Las autoridades parecen compartir diagnósticos semejantes. La Conama, por ejemplo, ha señalado que “las competencias públicas relativas al ordenamiento territorial se encuentran radicadas y dispersas en una multiplicidad de órganos de distinto rango y naturaleza que operan de manera inorgánica, descoordinada, con paralelismo y ambigüedad de funciones y de responsabilidades.” (Conama, 1999, pp. 122-123).

El Minvu, por su parte, dio a conocer en 2001 un Plan de Reforma Urbana, en el que se critica a la Ley de Urbanismo vigente, dictada en 1975, por ser sólo “una modificación apresurada de la ley de 1931”, poco capacitada “para tratar algunas materias reguladas hoy por los instrumentos de Planificación Territorial”. Esto estaría asociado a una “confusión respecto de la escala y nivel de detalle de cada nivel de planificación” y al hecho de que “el procedimiento y trámite de aprobación de los Instrumentos de Planificación Territorial son excesivamente largos y engorrosos, principalmente por la dispersión legal existente sobre el proceso” (Minvu, 2001a: 54). En otro documento, la misma autoridad señala: “El Estado carece hoy de una adecuada

estructura institucional para enfrentar la gestión del desarrollo urbano. A pesar de los avances, aún subsiste una alta dispersión administrativa de funciones, una falta de autonomía local y regional para dirigir el desarrollo urbano y un creciente surgimiento de conflictos de competencia entre ministerios, servicios y gobiernos locales, debido a la superposición de leyes y decretos.” (Minvu, 2001b, p. 2).

Hay consenso, entonces, en que sobre la ciudad hay una regulación de carácter “selvático”. Este carácter tiene que ver con el conjunto de potestades normativas que se superponen y actúan sobre la ciudad. En lo que inmediatamente sigue, me detendré en cada una de esas potestades.

IV. LAS POTESTADES NORMATIVAS Y EL CENTRALISTA PESO ADMINISTRATIVO SOBRE LA CIUDAD

IV.1. La potestad constituyente

Ésta es la potestad más poderosa del sistema y en los hechos su ejercicio no tiene límites. Las normas que se dictan en el ejercicio de esta potestad limitan el ejercicio de todas las demás potestades normativas del derecho, las que no pueden sobrepasarlas. En el fallo de Jardín del Este, por ejemplo, se dejó sin efecto el permiso de edificación dado por el director de Obras para defender estas garantías (privacidad y propiedad). En Chile, esta potestad es ejercida en conjunto por la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República mediante un procedimiento que, en lo básico, se asemeja al de la potestad legislativa, pero que, atendida la importancia de las normas constitucionales, tiene una ritualidad y quórum más exigentes¹⁸. Las normas constitucionales definen la forma del Estado y su diseño institucional básico. Este diseño se dibuja estableciendo y regulando las potestades normativas públicas. También contienen un catálogo de garantías individuales que opera como límite al ejercicio del poder estatal.

La Constitución contempla un conjunto de normas relativas al territorio agrupadas en el Capítulo I y en el Capítulo XIII dedicado al “Gobierno y Administración Interior del Estado”. La reforma constitucional de 2005 modificó el artículo 3 del Capítulo I con un enfático discurso descentralizador: “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.” Esta norma y las del Capítulo XIII dividen el territorio nacional en regiones, provincias y comunas.

¹⁸ Una característica de la potestad constituyente es que la ciudadanía puede participar directamente en su ejercicio. Si el Presidente de la República rechaza un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso y éste insiste en dicho proyecto por las dos terceras partes de los miembros en ejercicio de cada Cámara, el Presidente de la República deberá aprobarlo, a menos que convoque a plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie sobre la discrepancia. La decisión de la ciudadanía es vinculante.

Asimismo, tras la reforma de 1991, la Constitución señala que el gobierno regional está constituido por un intendente y un consejo regional, que la administración de las provincias está a cargo de un gobernador (quien tiene al lado un consejo económico y social provincial de carácter consultivo), y que la administración local reside en una municipalidad constituida por un alcalde y un concejo municipal¹⁹. Hoy se intenta modificar este régimen: en diciembre de 2003 ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de reforma constitucional que cambia en parte los gobiernos regionales. Sin embargo, como veremos al final, este proyecto no resuelve ni el centralismo ni la confusión institucional que de éste se deriva en torno de la ciudad. Veamos ahora las normas constitucionales antes de la reforma de 1991.

Antes de 1991, las normas constitucionales establecían una estructura para el gobierno y administración interior del país que era mucho más corporativa y centralizada. Las municipalidades estaban constituidas por un consejo de desarrollo comunal integrado por representantes de organizaciones comunitarias y actividades relevantes en la localidad, designados por estas mismas corporaciones. Estos consejos tenían un papel asesor del alcalde y eran designados por los consejos regionales de desarrollo a proposición en terna de esos consejos de desarrollo comunal. Los intendentes podían vetar esa designación por una vez. En aquellas ciudades que la ley determinaba, el alcalde no era nombrado por los consejos regionales de desarrollo, sino que designado directamente por el Presidente de la República. En el nivel de regiones, la autoridad máxima era el intendente, designado, como hoy, directamente por el Presidente de la República. Los intendentes eran “asesorados” por los mencionados consejos regionales de desarrollo. Éstos, a su vez, estaban integrados por los gobernadores de las respectivas provincias –todos ellos también designados por el Presidente de la República– y también por representantes de las Fuerzas Armadas y Carabineros, y de organizaciones y actividades relevantes de la región.

Como se ve, en el esquema dejado por el régimen militar no había un solo cargo de elección popular y prácticamente todo el poder residía en representantes unipersonales directos del Presidente de la República: intendentes, gobernadores y, en las ciudades más grandes, también alcaldes. Por eso digo que era un esquema más centralizado. Los órganos colegiados que se contemplaban (consejos de desarrollo comunal y consejos de desarrollo regional) tampoco eran electos. Eran designados por diversas asociaciones privadas y públicas, incluidas las Fuerzas Armadas. El corporativismo es patente²⁰.

A partir de la reforma de 1991 se ha buscado reducir el corporativismo y descentralizar en algún grado el poder territorial, dotándolo de una mayor legitimidad

¹⁹ La reforma de 1991 fue materializada por la Ley de Reforma Constitucional 19.097, de noviembre de 1991. Poco después siguió la reforma de la Ley de Gobierno Regional y la Ley de Municipalidades.

²⁰ Como es sabido, al interior del régimen militar chileno existieron siempre, aunque con más fuerza en los años setenta, fuerzas corporativistas. Esto es, modos de pensar la sociedad como un ente “orgánico”. Como es obvio, estas fuerzas pugnarón con las que impulsaban la transformación capitalista que finalmente se impuso. En el capitalismo subyace una idea de la sociedad como compuesta por individuos –una idea más “asociativa” de la sociedad–. Al respecto, son interesantes el pensamiento de Jaime Guzmán y el proceso de diseño de una nueva Constitución que se inició tras el golpe de 1973, que culminó con la Constitución de 1980. Sobre esto, ver, por ejemplo, Cristi (2000, pp. 150-151) y Fontaine T. (1991, pp. 307-342). Como se verá más abajo, uno de los lugares en que esas fuerzas corporativas lograron plasmarse fue en el esquema constitucional de gobierno y administración interior que contenía originalmente la Constitución de 1980. Ver nota 24.

democrática. Ahora las municipalidades son electas: se eligen los alcaldes y los concejales. Pero hasta aquí no más se llegó en cuanto a la elección de autoridades, pues los gobernadores e intendentes aún son nombrados y removidos por el Presidente de la República, a su entera voluntad. Tampoco es electo el órgano colegiado que la reforma creó para las regiones: los consejos regionales. Sus miembros no son electos sino que designados por los concejos municipales. En el nivel de las provincias, la reforma de 1991 también alteró algo las cosas: los gobernadores siguieron como estaban y se les acompañó, como órgano consultivo, de unos consejos económicos y sociales, cuyos miembros son nombrados por las organizaciones públicas y privadas de la provincia. Estos cuerpos, sin embargo, rara vez se constituyen y su relevancia práctica es mínima. Como el nivel provincial no se modificó en 1991, parecen seguir en él más vivas las fuerzas corporativas que dejaron los militares.

Por otra parte, la reforma de 1991 incorporó al texto constitucional ciertas expresiones normativas en estas materias. En el artículo 104 se estableció que como “principio básico” del gobierno y administración interior del Estado debe observarse “la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo”. Agrega que las leyes que se dicten sobre estas materias deben actualizar este principio “incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”. La Constitución vigente es la primera de las constituciones chilenas que se refiere de un modo tan sustantivo a la regulación del territorio. En el Recuadro 1 se puede apreciar que las constituciones siempre se han referido a la administración del territorio, pero lo han hecho desde un punto de vista exclusivamente orgánico, es decir, limitándose a definir las autoridades encargadas de esa administración. Así se ve en el Recuadro 1.

IV.2. La potestad legislativa

Esta potestad normativa es el modo más habitual de producir normas jurídicas generales. Por lo general, los marcos regulatorios de las actividades sociales están circunscritos por normas legislativas. Ésta es la potestad que ejercen en conjunto el Presidente de la República y el Congreso —los órganos “colegisladores”—. En su ejercicio se dictan lo que común e indistintamente denominamos “leyes”. Las “leyes”, sin embargo, pueden ser de varios tipos: leyes interpretativas de la Constitución, leyes orgánico-constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes simples (éstas son más propiamente las “leyes” del habla cotidiana).

También hay decretos con fuerza de ley (DFL), que son los que dicta el Presidente de la República autorizado por una ley. Incluso, en la accidentada historia constitucional chilena, se han dictado varias veces *decretos leyes*, ejerciendo el cuerpo que los dictó (la Junta Militar entre 1973 y 1981, por ejemplo) un poder normativo equivalente en su jerarquía y ámbito de competencia a la potestad legislativa. Esta distinción entre los diversos tipos de normas legislativas es relevante para la regulación urbana, pues la actual Ley de Urbanismo es un decreto con fuerza de ley.

En ejercicio de la potestad legislativa se han dictado una serie de normas que inciden en la regulación de la ciudad. Al centro del grupo está obviamente la Ley de Urbanismo, pero junto a ella hay otras varias. Muchas definen un “sector” del gobierno, a cargo de uno o más ministerios. De acuerdo con diversas normas legislativas (varias de ellas *decretos leyes* dictados a partir de 1973), al menos once ministerios pueden incidir en la regulación urbana, como

Recuadro 1 El territorio en las constituciones chilenas

La *Constitución de 1828* dividía al país en provincias, que estaban a cargo de un intendente y de una asamblea provincial (capítulo X). Ésta era electa y proponía al Presidente de la República alternativas para que designara al intendente. Esa Constitución también establecía que en aquellas ciudades y pueblos con municipalidad debía haber un gobernador local electo. Las municipalidades, como cuerpo colegiado, eran también electas.

De acuerdo con la *Constitución de 1833*, el país se dividía en provincias, éstas en departamentos, éstos en subdelegaciones y éstas, por último, en distritos (capítulo IX). Las provincias estaban a cargo de un intendente nombrado por el Presidente de la República, quien también nombraba a los gobernadores en los departamentos. Estos últimos nombraban subdelegados para las subdelegaciones, quienes nombraban inspectores para los distritos. Esa Constitución disponía, además, que en todas las capitales de departamento y en las demás poblaciones que el Presidente de la República decidiera, habría municipalidades a cargo de un alcalde y de un grupo de regidores. Éstos eran electos, pero se ordenaba que las municipalidades estuvieran subordinadas a los gobernadores. Es fácil advertir el efecto centralizador que trajo la *Constitución de 1833*.

La *Constitución de 1925* mantuvo la división en provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos, a más de comunas. Las provincias estaban a cargo de un intendente asesorado por una asamblea provincial, la que se componía de representantes designados en las comunas y podía ser disuelta por el Presidente de la República. Las comunas, que equivalían a una subdelegación, eran administradas por municipalidades. Éstas estaban compuestas por regidores electos, que nombraban un alcalde, salvo en aquellas ciudades de más de 100.000 habitantes, donde era nombrado por el Presidente de la República.

En esa historia constitucional tampoco hay referencias directas a la regulación del espacio urbano. Por lo general, los textos constitucionales entregaban a las municipalidades la construcción y mantención de caminos, calles, puentes y otras obras necesarias para la seguridad u ornato. Pero no hay una idea expresa en sus textos sobre el espacio urbano entendido como objeto de regulación. La de 1980, en cambio, sugiere una regulación así, aunque su detalle está entregado a leyes orgánicas constitucionales, que son normas legislativas.

La *Constitución de 1980* es la primera que establece orientaciones normativas, como el llamado a que los órganos del Estado promuevan “el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”, y un “desarrollo territorial armónico.”

lo veremos a propósito de la potestad administrativa. Ahora empiezo por las *leyes orgánicas constitucionales*, que son básicamente dos: la Ley 18.695 *Orgánica Constitucional de Municipalidades* (Ley de Municipalidades), y la Ley 19.175 *Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional* (Ley de Gobierno Regional).

Las leyes orgánicas constitucionales son una novedad de la Constitución vigente. Siguiendo el modelo de la Constitución francesa de 1958, estas normas fueron incorporadas para regular con más detalle ciertas materias determinadas por la Constitución. El procedimiento para dictarlas es análogo al de cualquier ley, con la salvedad de que su objeto está precisado por la Constitución y exigen un quórum especial de 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, además de un control obligatorio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

La Ley de Municipalidades y la Ley de Gobierno Regional, que fueron modificadas a comienzos de 1993 para acomodar la reforma constitucional de 1991 y vueltas a modificar en 2001, definen el modo en que las municipalidades y los gobiernos regionales ejercen su potestad normativa en la regulación territorial y, en especial, del espacio urbano. Como se verá más abajo, en estas leyes sigue viva la tradición centralista de nuestra regulación urbana.

Sigo ahora con otras normas dictadas en el ejercicio de la potestad legislativa. La Ley de Urbanismo es un *decreto con fuerza de ley* (DFL) dictado en 1975 por Augusto Pinochet como Presidente de la República, autorizado por la Junta de Gobierno mediante un decreto ley de 1974. Es interesante apuntar que todas las “leyes” generales de urbanismo dictadas han correspondido siempre a DFL y no a “leyes” simples. Esto vuelve a reflejar el carácter centralizado de nuestra regulación urbana, siempre girando en torno del gobierno central. A diferencia de las “leyes” simples, en que el gobierno y el Congreso comparten el protagonismo, en los DFL el único poder protagónico lo tiene el gobierno central.

La primera norma legislativa que reguló en general el espacio urbano fue el DFL 345, *Ley General sobre Construcciones y Urbanización*, dictado por Carlos Ibáñez en 1931. Luego, en 1953, el propio Ibáñez dictó el DFL 224, *Ley General de Construcciones y Urbanización*. Es posible que el carácter técnico de las cuestiones que han regulado estas normas haya exigido la mayor capacidad técnica que históricamente ha poseído el gobierno antes que el Congreso. Pero también la forma de los DFL parece avenirse muy bien con nuestra tradición centralista. Las bases del régimen jurídico que se ha ido construyendo sobre la ciudad nunca han sido objeto de una discusión parlamentaria propiamente tal.

La Ley de Urbanismo establece el marco general dentro del cual se regula el espacio urbano mediante normas más específicas. Estas normas son la Ordenanza de Urbanismo, que es un decreto dictado por el Minvu, y los planes reguladores, dictados por las municipalidades y los gobiernos regionales. El Minvu es, obviamente, la estructura institucional configurada por la Ley de Urbanismo, de la que recibe la potestad administrativa para ejecutar sus disposiciones generales. Ya nos referiremos a la potestad administrativa. Antes, una mirada a la relación entre normas legislativas y ciudad en la historia. Ésta es una historia de progresiva centralización.

La potestad legislativa está vinculada desde hace tiempo con la regulación del espacio urbano²¹. Así, por ejemplo, la Ley de Municipalidades de 1854 facultaba a los municipios para dictar normas destinadas a la conservación y reparación de edificios, así como para ordenar el espacio con fines sanitarios. En 1874 se dictó una ley para regular las construcciones en Santiago y en 1876 otra para Valparaíso. La Ley de Municipalidades de 1891 dio nuevas atribuciones a los municipios para reglamentar construcciones y definió líneas de edificación con respecto a las vías públicas. En 1896 se dictó una ley que disponía que los desagües debían conducirse por alcantarillas y cañerías. Éstas eran de cargo de la autoridad, pero las propiedades debían conectarse a ellas a costa de sus dueños. En 1912 se dictó una ley para la construcción en Concepción, que tuvo un carácter regulatorio más propiamente urbano al ordenar: “El trazado de las calles, plazas y avenidas se sujetará a las líneas fijadas en el plano acordado por la Municipalidad que apruebe el Presidente de

²¹ Para la secuencia legislativa que sigue se han tenido a la vista Rajevic (2000, pp 536-546), Conama (1999, pp. 13-16), Álvarez (1988), y Zegras y Gakenheimer (2000).

la República”. Antecediendo de algún modo a ciertas normas contemporáneas, esa ley también disponía: “Para que la Municipalidad pueda aceptar la apertura de un nuevo barrio o población, es necesario que el interesado se obligue a entregar las calles pavimentadas, con sus servicios de alcantarillado, iluminación i agua potable, i sus aceras en la forma i condiciones que dicha Municipalidad acuerde con arreglo a las leyes”.

En 1915 se reformó la Ley de Municipalidades a fin de incorporar en ella una serie de disposiciones sobre regulación urbana que estaban en línea con las ideas reflejadas por la ley para la ciudad de Concepción de 1912. Por ejemplo, la reforma a las municipalidades dispuso: “No se podrá proceder a la formación de nuevos barrios dentro de los límites urbanos de las ciudades, por medio de la división de propiedades i de su venta en sitios, sin que los interesados hayan sometido previamente a la aprobación de la Municipalidad el plano respectivo, en el cual se determinará la ubicación i dimensiones de las vías i plazas que se propongan formar”. También ordenaba que “El Presidente de la República fijará, cada diez años, por medio de un decreto, los límites de la parte urbana de las ciudades capitales de provincia”.

En febrero de 1929 se dictó la Ley 4.563, que autorizó al Presidente de la República para dictar “Ordenanzas Generales” para la regulación de las ciudades. También el Presidente de la República fue autorizado para definir los proyectos que fijaban las líneas de edificación de las ciudades de más de 20.000 habitantes, a base de un anteproyecto elaborado por la respectiva municipalidad. Como es fácil observar, se otorgó con esto una amplia potestad administrativa al gobierno central, fijando de este modo un curso de acción que se mantendría por décadas. Esta ley de 1929, además, creó el cargo de director de obras para las municipalidades. Toda esta normativa debía ser supervisada por la Dirección General de Obras Públicas en el gobierno central –faltaban todavía 36 años para que naciera el Minvu–.

Como apunté más arriba, en 1931 Carlos Ibáñez dictó el DFL 345 con la primera normativa general sobre construcciones y urbanización, antecedente directo de la Ley de Urbanismo vigente. Esa norma dispuso que todas las municipalidades en cuyas comunas existieran ciudades o poblaciones de más de ocho mil habitantes debían tener un “plano oficial de urbanización” aprobado por el Presidente de la República. Sus modificaciones también debían ser aprobadas por el Presidente, previo informe favorable de la Dirección General de Obras Públicas. También se delegaba expresamente en el Presidente la potestad de dictar la ordenanza general de esta norma legislativa. Asimismo, facultaba a las municipalidades para dictar ordenanzas locales de edificación y urbanización, que debían respetar la ordenanza general y ser aprobadas por el Presidente de la República. El DFL 345 de 1931 significó un nuevo refuerzo del gobierno central en la regulación urbana.

En la segunda administración de Ibáñez se dictó el DFL 224 de 1953, *Ley General de Construcciones y Urbanización*. El esquema de potestades normativas dibujado por esta norma legislativa no alteró sustancialmente lo definido por el DFL 345 de 1931. De acuerdo con este nuevo DFL, le correspondía al Presidente de la República dictar la ordenanza general y modificarla. Las municipalidades también podían dictar ordenanzas locales con planes reguladores, pero debían ser aprobadas por el gobierno central. Lo mismo se disponía para los planes seccionales, que fueron introducidos por esta norma legislativa. Además, ella contempló por primera vez planes intercomunales para regular “el desarrollo físico de las áreas urbanas, suburbanas y rurales de diversas comunas que por sus relaciones se integran

en una unidad urbana”. El Ministerio de Obras Públicas debía confeccionar estos planes con consulta a las municipalidades involucradas y el Presidente de la República los aprobaba. Sus disposiciones se incorporaban automáticamente a los planes reguladores comunales²². Se contemplaron, en fin, planes regionales “para aquellas zonas sometidas a planes o estudios de desarrollo industrial o agrícola para concordar el desarrollo físico con el económico”. También los confeccionaba Obras Públicas, los aprobaba el Presidente de la República y sus disposiciones se incorporaban automáticamente a los planes reguladores intercomunales y comunales en los sectores pertinentes. El efecto centralizador en el plano intercomunal es evidente.

Poco después de dictarse el DFL 345, y en medio de un creciente déficit habitacional generado por el crecimiento vegetativo de la población y las migraciones desde el campo a la ciudad, se creó en 1965 por ley el Minvu (Ley 16.391). En este ministerio fueron agrupadas una veintena de instituciones dedicadas a la vivienda social. La construcción de estas viviendas fue la principal tarea que asumió, como también la de regular el espacio urbano mediante el ejercicio de la potestad administrativa²³.

Dos años después del golpe militar de 1973 se modificó otra vez la norma legislativa sobre urbanismo y construcciones mediante el DFL 458 de 1975, que entró en vigencia en 1976 y es la base de la actual Ley de Urbanismo. En los mismos años, mediante el Decreto Ley 1.305 se reestructuró el Minvu en consonancia con la nueva política de regionalización de los militares: se crearon 13 secretarías regionales ministeriales (Seremi) y 13 servicios regionales de Vivienda y Urbanización (Serviu), todos titulares de potestad administrativa²⁴.

²² Fue así como a fines de 1960 se dictó el primer Plan Intercomunal de Santiago, que reunió a 17 comunas. Éste, sin embargo, fue dictado en ejercicio de la potestad administrativa (fue el Decreto 2.387 de ese año del MOP). Es conocida la notable influencia que tuvo este plan en la configuración de Santiago por más de 40 años. Nada más me interesa destacar aquí que entre sus disposiciones, bajo el título “Costanera Norte”, aparece la siguiente: “Se consulta para un futuro más lejano y cuando el incremento del tránsito así lo justifique, la habilitación de una autopista de doble calzada sobre el lecho actual del río Mapocho, previas las obras necesarias para la regularización del actual cauce”. (3a4)

²³ Buena parte de esta potestad administrativa ha tenido que ver, precisamente, con la política habitacional, como lo demuestra el capítulo 8 de Alexandra Petermann, y el caso de la “toma” de Peñalolén descrito más arriba.

²⁴ En los Serviu se fundieron las corporaciones de servicios habitacionales, de mejoramiento urbano, de la vivienda y de obras urbanas. Esto en cada región del país. Sobre el proceso de regionalización impulsado por el régimen militar a partir de 1974 es interesante observar la Declaración de Principios del Gobierno de Chile, publicada el 11 de marzo de 1974. Dice al respecto: “Nuestra democracia será entonces orgánica, social y de participación. b) Descentralización territorial: regionalización del país. Corolario indiscutible de los principios analizados, debe ser una descentralización territorial que trascienda el marco de lo meramente administrativo. El actual Gobierno de la República está ya abocado a la configuración de verdaderas zonas geográficas, que reemplacen la artificial y anacrónica división político-administrativa de las provincias y departamentos que hoy nos rige, por una regionalización adecuada a la realidad chilena contemporánea. Cada región deberá estructurarse considerando los factores humanos, de seguridad, geográficos, productivos, de infraestructura, etc., a fin de dotar a las diferentes zonas de un grado de amplia iniciativa y razonable autonomía en el desarrollo económico y social de la región. Las agrupaciones multigremiales que ya existen en la mayoría de las zonas del país, deben mirarse como una base importante que facilita la aplicación al plano regional o territorial de los mismos conceptos de participación social y tecnificación del país, complementando en forma interrelacionada el papel que en igual tarea compete a los gremios en cuanto tales, desde el ángulo propio y estrictamente funcional”. Sobre este proceso, es de interés Boisier (2000).

La Ley de Urbanismo dictada en 1975 no alteró sustancialmente el marco regulatorio que, en la práctica, venía desde la primera norma legislativa dictada en 1931. Como sus antecesoras, siguió poniendo el peso de la regulación en el gobierno central. La ordenanza de esta ley, es decir, la norma administrativa que busca aplicarla en detalle, mantenía preeminencia sobre las normas que se dictaban localmente: los planes reguladores.

La Ley de Urbanismo dictada en 1975 fue, sin embargo, más elaborada y explícita en su centralismo. En el artículo 2 dice respecto de sí misma: “Esta legislación de carácter general tendrá tres niveles de acción”, y enumera: la “Ley General”, la “Ordenanza General” y “Las Normas Técnicas... para el cumplimiento de los standards exigidos en la Ordenanza General”. En sus palabras, la Ley de Urbanismo enumeró las dos potestades normativas que efectivamente regulaban el espacio urbano: la legislativa y la administrativa. Acto seguido, sin embargo, dispone: “La Planificación urbana se efectuará en cuatro niveles de acción: nacional, regional, intercomunal y comunal”. Las potestades son dos, pero los “niveles de acción” para la regulación del espacio urbano son cuatro. La potestad administrativa recorre estos cuatro niveles, por lo que el gobierno central está presente en todos ellos.

De acuerdo con la Ley de Urbanismo, la planificación urbana “nacional” corresponde al Minvu a través de su principal herramienta: la Ordenanza de Urbanismo, que es, como se ha repetido, una norma administrativa. Es tan interesada la Ley de Urbanismo en reforzar la potestad administrativa central del Minvu, mediante la preeminencia que confiere a la Ordenanza General, que usa una expresión sorprendente. Dice que lo que se disponga mediante la Ordenanza de Urbanismo tendrá “fuerza legal”. Con esta expresión, la Ley de Urbanismo parece querer dar a la potestad administrativa en materia urbana la jerarquía superior de la potestad legislativa²⁵.

La posición del Minvu en ese esquema era la de un quicio: la planificación urbana, tanto “regional”, “intercomunal” (o “metropolitana”, en caso de unidades urbanas de más de 500.000 habitantes), como la “comunal”, pasaba por ese organismo del gobierno central con potestad administrativa. Así, los planes reguladores comunales eran aprobados por las municipalidades, para luego ser revisados y aprobados por las Seremi del Minvu. Los planes reguladores intercomunales (o metropolitanos) los hacían las Seremi “con consulta” a las municipalidades y aprobados por el Minvu mediante decreto supremo. Un plan intercomunal así aprobado, como ya ocurría desde la ley de 1953, se incorporaba automáticamente a los planos reguladores comunales que afectaba. Por último, los planes regionales de desarrollo urbano eran aprobados también por decreto supremo del Minvu y sus disposiciones tenían el mismo efecto automático sobre los planes comunales.

Este esquema de regulación urbana era coherente con el fuerte centralismo que exhibía el texto primitivo de la Constitución de 1980 mencionado más arriba. La reforma constitucional de 1991, y la de las leyes orgánicas constitucionales de municipalidades y gobiernos regionales que la siguió, sin embargo, intentaron disminuir este centralismo. Su éxito fue moderado y, de paso, introdujeron cierta confusión al esquema de potestades

²⁵ Ésta sería una situación irregular. Lo que la Ley de Urbanismo está haciendo aquí es una redistribución de competencias entre estas dos potestades, una cuestión que hoy debería hacerse en ejercicio de la potestad constituyente, y no de la legislativa, como es la Ley de Urbanismo.

normativas sobre la ciudad. Esta confusión tiene que ver con la posición relativa de la potestad administrativa, que paso a revisar ahora.

IV.3. La potestad administrativa

La “administración pública” o “administración del Estado” es, en un sentido general, la agrupación de los órganos y servicios públicos que tienen por objeto gestionar la maquinaria estatal y, además, las empresas públicas creadas por ley. Esta agrupación de órganos, servicios y empresas es titular de la potestad administrativa. Se trata de una vasta pirámide de órganos que se desprende desde la Presidencia de la República, en la que se acostumbra distinguir entre órganos centralizados y descentralizados. La distinción tiene que ver con la forma de su vinculación con el Presidente: la subordinación de los centralizados es vertical, la de los descentralizados es más oblicua. El Minvu y sus Seremi son un buen ejemplo de órganos centralizados. No tienen personalidad jurídica ni patrimonio propio —ambos son los del gobierno central, de la persona jurídica llamada “Fisco”—. Sus titulares son, además, de exclusiva confianza del Presidente de la República. Todo esto muestra la verticalidad de su subordinación.

Los Serviu y las superintendencias, en cambio, son buenos ejemplos de órganos descentralizados. Tienen personalidad jurídica propia (su actuar no compromete directamente al gobierno central) y un patrimonio que administran más independientemente. A partir de la Ley 19.882 sobre *Nuevo Trato y Dirección Pública*, dictada el año 2003, los Serviu y las superintendencias (con excepción de la de Valores y Seguros y de la de Bancos e Instituciones Financieras) pasaron a formar parte del nuevo “Servicio Civil”. Esto significa que, si bien sus titulares siguen siendo de la confianza exclusiva del Presidente de la República, ahora su nombramiento debe pasar por un filtro destinado a asegurar su competencia e idoneidad. En algún sentido, por tanto, podría sostenerse que el carácter descentralizado de estos órganos se ha profundizado²⁶.

Tanto los órganos centralizados como los descentralizados ejercen la potestad normativa administrativa. Su ejercicio se ciñe a un procedimiento complejo y, por lo general, sujeto al control de legalidad de la Contraloría General de la República. Esto se hace mediante el trámite de “toma de razón”, cuyo objeto es preservar la jerarquía de la potestad legislativa por sobre la administrativa.

El papel central en la regulación de la ciudad lo tiene el Minvu a través de su Ordenanza de Urbanismo. Lo tiene también por las múltiples facultades que puede ejercer sobre los directores de obras en las municipalidades. El Minvu debe “supervigilar” las decisiones que estos directores adoptan sobre construcciones y urbanizaciones, y opera

²⁶ El artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley 18.575) hace la distinción entre centralizados y descentralizados en los siguientes términos: “Los servicios públicos serán centralizados o descentralizados. Los servicios centralizados actuarán bajo personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente. Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial”.

como una especie de “segunda instancia” frente a los reclamos que se hacen contra esas decisiones²⁷. Además del Minvu, sin embargo, muchos otros órganos administrativos juegan un papel en tal regulación. Así, por ejemplo, el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene una Dirección Nacional de Fronteras y Límites, que debe ser oída si se quiere tomar cualquier decisión sobre un terreno de uso público, fiscal o municipal que se encuentre en “zonas fronterizas”. Por su parte, el Ministerio de Defensa, a través de su Subsecretaría de Marina, tiene competencia en el otorgamiento de concesiones en el borde costero. Asimismo, la Dirección General de Aeronáutica Civil de este ministerio tiene competencia sobre el terreno en que se encuentra un aeródromo civil y tiene que ver con la regulación del terreno que lo rodea. El Ministerio de Economía también incide en el espacio urbano. El Servicio Nacional de Turismo (Sernatur) depende de este ministerio, y debe ser consultado si una municipalidad quiere autorizar construcciones dedicadas a la industria, al turismo y a poblaciones fuera de los límites urbanos. La Subsecretaría de Pesca también depende del Ministerio de Economía y tiene competencia sobre el terreno asociado a una concesión de acuicultura. El Ministerio de Planificación es otro ejemplo a través de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi), que tiene competencia sobre las “áreas de desarrollo indígena”; y a través de la Secretaría Interministerial de Planificación de Transporte (Sectra). El Ministerio de Minería también debe pronunciarse a través de su Servicio Nacional de Geología y Minería sobre cuestiones hidrológicas, volcánicas, geológicas y mineras. El Ministerio de Agricultura, por su parte, tiene una amplia competencia en la regulación del espacio urbano que pueda afectar a la agricultura. El Ministerio de Bienes Nacionales tiene un “control superior” sobre los bienes nacionales de uso público, que es concurrente con el de otras muchas autoridades públicas. También tiene competencia en la regulación urbana el Ministerio de Salud, respecto a instalaciones y actividades que puedan envolver riesgos para la salud de la población (como el tratamiento de aguas servidas o la instalación de cementerios) y, además, debe pronunciarse favorablemente cuando se trata de aprobar planes reguladores comunales e intercomunales. Como es obvio, el Ministerio de Obras Públicas posee también diversas atribuciones en la regulación del espacio urbano al ocuparse de la infraestructura del país por medio, entre otras, de sus Direcciones de Obras Públicas, de Riego, de Aeropuertos, de Vialidad, General de Aguas, de Planeamiento y, con especial fuerza durante los últimos años, la Unidad de Concesiones. Cabe apuntar, asimismo, que la Superintendencia de Servicios Sanitarios se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas. Esta Superintendencia tiene también un papel en la regulación urbana.

²⁷ Así, la Ley 16.391, que crea el Minvu, dispone en su artículo 9: “Corresponderá a la Dirección General de Planificación y Presupuesto: (j) Supervigilar el cumplimiento del presente texto legal y de todas las disposiciones que se refieren a construcciones y urbanizaciones por parte de las Direcciones de Obras Municipales”. Por su parte, el decreto ley 1.305 de 1975, que tuvo por objeto regionalizar y reestructurar el Minvu, establece en su artículo 12: “Corresponderá a la División de Desarrollo Urbano: (h) Supervigilar el cumplimiento por parte de las Direcciones de Obras Municipales, de la Ley General de Construcciones y Urbanización y de toda otra norma legal o reglamentaria referida a la misma materia; [...] (j) Resolver en segunda instancia las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones adoptadas por los Directores de Obras Municipales en asuntos relativos a la construcción y urbanización, siempre que la apelación sea fundada; (k) Autorizar a los Directores de Obras Municipales para postergar la concesión de permisos de construcción cuando está en estudio la modificación del Plan Regulador o su Ordenanza Local.”

La potestad administrativa en torno a la ciudad, por tanto, tiene un importante peso relativo y, como vimos, es compleja en el sentido de que son muchos los órganos del gobierno que la ejercen. Esto contribuye al carácter centralista y “selvático” de la regulación. La potestad administrativa, asimismo, se relaciona de una manera especial con otra potestad normativa que en el derecho chileno se refiere a la ciudad: la potestad normativa *autónoma*. Esta autonomía se predica, precisamente, de la potestad administrativa. Como veremos, en materias urbanas esta relación es confusa, sobre todo después de la reforma constitucional de 1991.

IV.4. La potestad autónoma comunal-regional

Ésta es la potestad normativa de las municipalidades y gobiernos regionales en torno a la ciudad. La que tienen las municipalidades experimentó cambios a partir de 1991. La de los gobiernos regionales nació ese año. Antes de 1991, en el centralizado esquema territorial que originalmente dibujaba la Constitución de 1980, las municipalidades no ejercían una potestad propiamente autónoma, sino una especie de potestad administrativa descentralizada. Ellas tenían personalidad jurídica y patrimonio propios, pero sus facultades normativas eran más bien reducidas y se destinaban a administrar sus comunas bajo el paraguas del gobierno central. La forma de aprobación de los planes reguladores comunales, intercomunales y, en su caso, metropolitanos, que vimos a propósito del DFL 458 de 1975 —en que el Minvu actuaba como quicio—, era un reflejo de esta subordinación municipal al gobierno central. Las municipalidades actuaban de un modo altamente subordinado al gobierno, al menos en materias de regulación urbana, ejerciendo no una potestad autónoma, sino la propia potestad administrativa. En el nivel regional, por su parte, no había potestad autónoma antes de 1991. Las normas dictadas por los intendentes formaban parte de la potestad administrativa del gobierno central, que la ejercía centralizadamente. ¿Qué pasó con la reforma constitucional de 1991?²⁸

V. LA REFORMA QUE SE INICIÓ EN 1991: LA FUERZA DEL CENTRALISMO Y UNA CONFUSA VERTICALIDAD

A partir de esa reforma han pasado varias cosas. Primero, las municipalidades fueron revestidas de legitimidad democrática, porque el alcalde y los concejales son electos, con lo que se eliminó su carácter fuertemente corporativo. En directa relación con esta mayor legitimidad democrática, su potestad normativa fue reforzada: la propia Constitución dice ahora que son corporaciones “autónomas”, adjetivo que antes no usaba. Segundo, el gobierno regional fue intensamente reformado. Se creó un consejo regional, que es

²⁸ Tras la reforma constitucional de 1991 ha habido una secuencia de reformas a la Ley de Municipalidades y a la Ley de Gobierno Regional en materias urbanas. La Ley de Municipalidades ha sido reformada por las leyes 19.130 de marzo de 1992, 19.602 de marzo de 1999 y 19.778 de diciembre de 2001. La Ley de Gobierno Regional ha sido reformada por las leyes 19.194 de 1993 y 19.778 de diciembre de 2001. Esta última también modificó la Ley de Urbanismo.

designado por los concejos municipales. El intendente forma parte del Consejo Regional, por lo que esa autoridad (que es la autoridad directa del gobierno central en las regiones) ya no está sola. La Constitución dice hoy: “El gobierno central estará constituido por el intendente y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio” (artículo 100). Después agrega: “El consejo regional será un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador...” (artículo 102). De acuerdo con las reformas iniciadas en 1991, la potestad municipal y la potestad regional actúan combinadas sobre la ciudad de la siguiente forma:

- Plan regulador comunal y seccional. Hay que distinguir si la comuna forma o no parte de un territorio regulado por un plan regulador intercomunal o metropolitano. Si forma parte, el plan regulador comunal y el seccional son aprobados por la municipalidad, que debe tener presente el informe que elabore la Seremi del Minvu sobre el proyecto. Si no forma parte, son aprobados por el respectivo gobierno regional, sobre la base del informe que la Seremi del Minvu emita acerca del proyecto elaborado por la municipalidad. En la práctica, éste es el caso de la gran mayoría de los municipios en Chile. Por esto tiene sentido hablar, en general, de una potestad comunal-regional.
- Plan regulador intercomunal y metropolitano. Lo aprueba el gobierno regional sobre la base de una propuesta de la Seremi del Minvu.
- Plan regional de desarrollo urbano. Lo mismo que en el caso anterior: el gobierno regional lo aprueba, sobre la base de una propuesta de la Seremi.

Como se recordará, antes de la reforma, los planes reguladores comunales y seccionales eran aprobados por las Seremi. Los planes reguladores intercomunales, metropolitano y los regionales de desarrollo urbano eran aprobados por el Minvu. Pareciera, entonces, que con las reformas iniciadas en 1991 se ha producido una cierta descentralización en la regulación de la ciudad. Se mantiene su verticalidad, pero no así todo su centralismo. Éste parece haber sido el objetivo de la reforma. En el Mensaje con que el gobierno de Patricio Aylwin envió el proyecto de reforma constitucional se proclama:

“El Gobierno que presido comprometió ante la ciudadanía... un programa de realizaciones que entre sus aspectos primordiales contemplaba un esfuerzo decidido en pro de la descentralización de la administración del Estado...”. Algo parecido se lee en el Mensaje del proyecto con que luego se quiso modificar la Ley de Gobierno Regional: “... el Gobierno que presido ha buscado afianzar un activo, progresivo y eficaz proceso de descentralización en el país. Lo anterior resulta fundamental en nuestra actual etapa de desarrollo, por los requerimientos propios del sistema democrático, por las demandas que plantea la expansión económica en varias zonas del territorio, por las exigencias que se derivan de la administración pública y como respuesta a los anhelos legítimos de las comunidades locales y regionales”.

Sin duda, esta reforma fue un paso adelante en punto a la descentralización. Es difícil, sin embargo, determinar cuánto se avanzó. No mucho, según parece ser la opinión general. Distintos obstáculos se oponen a una descentralización más profunda, como el centralismo que aún perdura en la distribución de los fondos regionales, la indefinición de

la competencia de los gobiernos regionales (Ferrada, 2002, pp. 296-297) y el centralismo que todavía mantienen las políticas sectoriales. Tanto es así, que Mauricio Morales, presidente de la Asociación Nacional de Consejeros Regionales, confesó con desánimo, a mediados de 2003: “No existe un verdadero gobierno regional” (*El Mercurio*, 2003)²⁹.

En cuanto a la regulación de la ciudad, se avanzó poco y nada en superar nuestra atávica tendencia centralista. A primera vista, pareciera que hubo un avance: el Minvu y sus Seremi ya no tienen la última palabra en la aprobación de los planes reguladores comunales (y sus seccionales), de los planes intercomunales (y metropolitanos), ni de los planes regionales de desarrollo urbano, como la tenían antes de la reforma. Ahora esa última palabra la tienen las municipalidades y, más ampliamente, los gobiernos regionales. Pero una segunda mirada muestra que eso es una ilusión y que el gobierno central y su potestad administrativa siguen primando sobre la ciudad. Así, por lo demás, lo dice expresamente la ley. Su artículo 3 dispone que entre las funciones “privativas” de las municipalidades está: “La planificación y regulación de la comuna y confección del plan regulador comunal, de acuerdo con las normas legales vigentes”. Hasta aquí podríamos pensar en una potestad autónoma que, como la que tiene el Banco Central, está sólo bajo la potestad legislativa, pero no bajo la potestad administrativa del gobierno central (recordemos que la autonomía se predica, precisamente, de la potestad administrativa). El mismo artículo 3, sin embargo, nos impide sacar esta conclusión, ya que agrega que las municipalidades deben: “Aplicar las disposiciones sobre construcción y urbanización en la forma que determinen las leyes, sujetándose a las normas técnicas de carácter general que dicta el ministerio respectivo”. En otras palabras, sujetándose no sólo a las normas legislativas de urbanismo, sino que también a la Ordenanza de Urbanismo y a otras normas que dicta el Minvu en ejercicio de su potestad administrativa. En consecuencia, una reforma de la Ordenanza de Urbanismo u otra norma administrativa “técnica” tiene el poder de modificar automáticamente un plan regulador comunal, seccional o metropolitano. No obstante el esfuerzo por transferir poder al nivel comunal, que declaró querer hacer con la reforma iniciada en 1991, en la regulación de la ciudad la balanza sigue cargada al gobierno central³⁰.

Algo parecido ocurre con el gobierno regional. Se supone que éste aprueba con autonomía planes reguladores comunales, intercomunales (y metropolitano) y regionales de desarrollo urbano. Lo hace con asesoría del Minvu, pero la decisión final es del gobierno regional: sería autónomo. Una vez más, sin embargo, la propia ley nos hace ver que estamos equivocados. Al definir las “funciones generales” de los gobiernos regionales, el artículo 16 de la Ley de Gobierno Regional señala: “Dictar normas de carácter general para regular las materias de su competencia, con sujeción a las disposiciones legales y a los *decretos supremos reglamentarios*...” (el destacado es mío). Un plan regulador de desarrollo urbano es un caso típico de “norma de carácter general dentro de la competencia” de un gobierno regional, y la Ordenanza de Urbanismo es un caso típico de “decreto supremo

²⁹ Para los avatares del proceso de descentralización, pueden consultarse, entre varios otros, Hernández (1996), Palma (1998), Oelckers (1997), Ábalos (1998), Tobar (2000), Nogueira (2001) y Ferrada (2001).

³⁰ El reciente caso de la toma de Peñalolén, descrito al principio de este trabajo, muestra esto mismo. El Minvu cambió, mediante una norma administrativa, la densidad habitacional que establecía un seccional aprobado en 1997. Los artículos 50 y 55 de la Ley de Urbanismo están en perfecta concordancia con el artículo 3 de la Ley de Municipalidades. Ver arriba nota 6.

reglamentario”. La Ordenanza de Urbanismo y la potestad administrativa que la dicta, por tanto, se pueden sobreponer a la potestad regional. Si esto es así, esta potestad no es verdaderamente autónoma. Todo esto es confuso en términos institucionales.

La confusión tiene que ver con el hecho de que tanto las municipalidades como los gobiernos regionales son establecidos por la Constitución. Esto los coloca a ellos y a sus potestades normativas en una posición especial dentro del sistema jurídico. Es una posición similar a la que tiene el Banco Central. Tanto éste como las municipalidades y los gobiernos regionales se encuentran expresamente establecidos por la Constitución. Esto los eleva para ponerlos “al lado” del gobierno central y no “debajo” suyo, como lo está, por ejemplo, la Conama.

La Conama fue constituida por una norma legislativa (una “ley”) y no por una constitucional. Esto significa que un decreto supremo se impone a una resolución de la Conama. Un decreto supremo, sin embargo, no se impone a las normas que dicta el Banco Central. Hay igual jerarquía entre estas normas: las normas del Banco Central no están ni más “arriba” ni más “abajo” de una norma de la potestad administrativa, están al lado. Ambas están abajo de la potestad legislativa, en ámbitos de competencia distintos. No es, en consecuencia, un problema de jerarquía sino que de distribución de competencias³¹.

En el ámbito de la regulación urbana, sin embargo, esto no es así. No obstante estar las municipalidades y los consejos regionales establecidos en la Constitución con sus potestades normativas expresamente reconocidas, el gobierno central a través del Minvu y su Ordenanza de Urbanismo siempre podrá imponerse a una decisión de ellos. Esto los pone uno “abajo” del otro. La potestad comunal y regional sobre la ciudad, por tanto, no es potestad normativa autónoma, pero tampoco puede ser administrativa, porque está consagrada expresamente en la Constitución. Las municipalidades y los gobiernos regionales tienen la misma posición que el Banco Central, pero su potestad es mucho más débil: parece autónoma, pero no opera como tal. Esto es confuso y tiene que ver con el peso muerto de nuestra tradición centralista.

Este mismo peso muerto sigue haciendo imposible tener una regulación “horizontal” sobre la ciudad. El centralismo radica en el papel central que representa la potestad administrativa. Mientras esta potestad siga teniendo este papel, la horizontalidad seguirá siendo difícil. Como se apuntó al principio de este trabajo, una regulación “horizontal” implica la existencia de títulos a negociar mediante contratos. Para que haya títulos y contratos es necesario que exista estabilidad en las normas que los rigen. Las normas de la potestad administrativa encarnan la inestabilidad, pues cambian a voluntad del gobierno. La estabilidad la dan las normas legislativas, pero no las administrativas. No hay ambiente para la horizontalidad.

Con el régimen democrático se ha intentado mejorar el ambiente, pero se ha logrado poco. La democratización de las autoridades es un paso en dirección a la horizontalidad, si pensamos que una elección implica una especie de “contrato” político. Ya se hizo con las municipalidades y hoy se intenta hacer con los consejos regionales, que se integrarían con miembros electos por la ciudadanía (a diferencia de hoy, en que son elegidos por los concejales municipales), y con el intendente, que es

³¹ Al respecto, ver el trabajo pionero de Bascuñán (1998b). También Ferrada (2002) y Streeter (1986).

designado por el Presidente de la República³². Si esta reforma se aprueba, habría alguna mayor horizontalidad política, pero no se resolverían ni el centralismo ni la confusión institucional que se deriva de él. Al contrario, se harían más patentes con la elección del consejo regional, pues la confusa potestad normativa de las municipalidades y de los gobiernos regionales quedaría más en evidencia: se reforzaría democráticamente, pero seguiría subordinada a la potestad administrativa.

La reforma en marcha de la Ley de Urbanismo, por su parte, tampoco enmienda mucho las cosas. El proyecto iniciado con el Mensaje 000-350 de 23 de abril de 2004 propone pasar desde una planificación “urbana” a una planificación “urbanística”. Declara:

El presente proyecto busca introducir modificaciones parciales al D.F.L. N° 458 de 1975, “Ley General de Urbanismo y Construcciones”, perfeccionando los actuales instrumentos de planificación urbana e incorporando nuevos tipos de instrumentos que complementen a los hoy existentes. Se busca con ello, modernizar nuestra legislación sobre planes reguladores, con el fin de incentivar la construcción de áreas urbanas más integradas y sustentables, mejor diseñadas y con elevados estándares de calidad y diversidad; reconociendo los actuales y futuros requerimientos de la sociedad chilena, las dinámicas de inversión nacional, los avances en nuestra institucionalidad democrática y la necesidad de que el desarrollo del país se traduzca en mejores lugares y territorios donde habitar.

A estos fines, el proyecto propone “fortalecer la descentralización de la planificación urbana”, “facilitar la actualización de los Planes Reguladores”, “fortalecer la participación en la elaboración de Instrumentos de Planificación Urbanística”, entre otras medidas. Sin embargo, este proyecto continúa y profundiza el papel central de la potestad administrativa, por lo que no resuelve el atávico problema del centralismo. Por lo mismo, tampoco disminuye el carácter vertical de la regulación y la tensión entre la potestad administrativa, por una parte, y la supuestamente autónoma potestad de las municipalidades y gobiernos regionales, por la otra³³.

Algo más interesante resulta la propuesta de este proyecto en el sentido de establecer por ley el mecanismo de planificación “por condiciones”, como alternativa a la típica planificación “por zonificación”. Esta propuesta se inspira en la experiencia de las Zoduc contempladas en el Plan Regulador Metropolitano de Santiago, tras la reforma de 1997. El empleo de “condiciones” resulta menos vertical que el de la “zonificación”, pues esta última es el arquetipo de una regulación vertical. Pero, de nuevo, éste no es un avance demasiado grande en un escenario en que la potestad administrativa puede irrumpir avasalladoramente en cualquier momento, sea por medio de la Ordenanza de Urbanismo, o de los artículos 50 y 55 de la Ley de Urbanismo, que este proyecto deja intactos.

Mientras se mantenga este escenario centralista y vertical, asimismo, la idea de un “alcalde mayor”, que de tanto en tanto se propone para Santiago, carece de sentido. Por

³² Así lo propone el proyecto de reforma constitucional ingresado a la Cámara de Diputados en diciembre de 2003; ver nota 1. Cabe apuntar que lo mismo proponía el proyecto original que terminó en la reforma de la Ley de Gobierno Regional en 1993.

³³ De hecho, el proyecto sólo modifica la Ley de Urbanismo, pero no la Ley de Gobierno Regional, ni la Ley de Municipalidades. Mucho menos toca a la Constitución.

muy mayor que sea ese alcalde, su competencia estará siempre limitada por la potestad administrativa y expuesta a sus vaivenes.

VI. CONCLUSIÓN

Hasta ahora, los diagnósticos críticos de la regulación urbana citados más arriba han omitido su centralismo y verticalidad. En general, esos diagnósticos apuntan a la dispersión normativa y orgánica en torno a la ciudad. Ésta sería la “selva” normativa, sin reparar en que la confusión del esquema de potestades facilita el carácter selvático de la regulación. Sin embargo, se insiste en mantener la preeminencia de la potestad administrativa, manteniendo la balanza inclinada al gobierno central. Todo esto genera un ambiente institucional proclive a las regulaciones verticales, que se imponen a los ciudadanos, y hostil a las horizontales, que les permitan negociar a los ciudadanos.

Si hay real voluntad política por dispersar territorialmente el poder, deberían reformarse conjuntamente la Ley de Municipalidades, la Ley de Gobierno Regional y la Ley de Urbanismo. Con las dos primeras se debería reforzar con claridad el carácter autónomo de la potestad normativa de las municipalidades y gobiernos regionales sobre la ciudad. Con la tercera se debería diseñar un marco regulatorio suficientemente compresivo para coordinar a todos los sectores que tienen un papel en la regulación del espacio urbano, y que definiera con la máxima precisión posible los derechos de propiedad sobre éste. Dentro de este marco general deberían poder operar las municipalidades y los gobiernos regionales, con autonomía y bajo el control de la Contraloría, como hoy, para que no excedan ese marco legislativo, dentro del cual los ciudadanos puedan negociar sobre la ciudad. Éste sería un esquema que toma la dispersión territorial del poder en serio, y que no se prestaría a confusiones desde el punto de vista de las potestades normativas. En este esquema, la potestad administrativa sería redundante, por lo que al Minvu se le podría reducir a la condición de subsecretaría para efectos de coordinación sectorial. O, incluso, podría desaparecer.

Agradecimientos

Quiero agradecer a Miguel Ángel Fernández, Juan Carlos Ferrada, Hernán Fontaine, Pablo Jordán, Gonzalo Moyano, Francisco Pérez Y., Juan Carlos Sahli y, especialmente, a Antonio Bascuñán R., por unas interesantes conversaciones. También a Harald Beyer y a Arturo Fontaine T., por sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo. Alejandro Montesinos y Pablo Fuenzalida fueron buenos ayudantes de investigación. Como es obvio, ninguna de estas personas tiene responsabilidad alguna por los errores u omisiones que pueda haber aquí.

REFERENCIAS

- Ábalos, J. A., *Descentralización fiscal y transferencia de competencias: aproximación general y propuestas para fomentar los gobiernos regionales en Chile*. Santiago: Cepal/GTZ, 1998.
- Ackerman, B., *Reconstructing American Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- Álvarez, R., “La disciplina urbanística: Su entidad ante el derecho”, *Revista de Ciencias Sociales* 2, 33-47, 1988.
- Bascuñán, R., *Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno*. Materiales de lectura sin editar, Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, 1998a.
- , “El principio de distribución de competencia como criterio de solución de conflictos de normas jurídicas”, *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 33-44, 1998b.
- Beyer, H., “¿Planes reguladores civilizados?”, revista *Capital*, N° 121, 2003.
- Boisier, S., “Chile: la vocación regionalista del gobierno militar”, *Eure* 26, 81-107, 2000.
- Coase, R., “El problema del costo social”, *Estudios Públicos* 45, 81-134, 1992.
- Comisión Nacional de Medio Ambiente (Conama) e Instituto de Geografía de la Universidad Católica, *Identificación de instrumentos y normativas de ordenamiento territorial ambiental y definición de situaciones críticas*. Informe Final, 1999.
- Chesterton, G. K., “The Irishman”, en *The Uses of Diversity*. Londres: Library Press, 1920.
- Cristi, R., *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*. Santiago: LOM, 2000.
- El Mercurio*, “No existe un verdadero gobierno regional”, p. A1, 29 de junio, 2003
- Fernández, M. A., R. Jara y A. Cuevas, “Instrumentos jurídicos para una política urbana”, *Revista Chilena de Derecho*, 20, 261-270, 1993
- Ferrada, J. C., “El Estado regional chileno: lo que fue, lo que es y lo que puede ser”, *Revista de Derecho Público*, 63, 223-248, 2001.
- , “La potestad reglamentaria de los gobiernos regionales: algunas notas preliminares”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 22, 295-311, 2002.
- Fontaine T., A., “El miedo y otros escritos: el pensamiento de Jaime Guzmán”, *Estudios Públicos*, 42, 251-570, 1991.
- Hernández, L., “Convenios administrativos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, 7, 53-74, 1996.
- La Tercera*, “Costos burocráticos en construcción equivalen a 10 mil viviendas”, miércoles 17 de julio de 2002, 14, 2002.
- Ministerio del Interior. *España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional*. Valparaíso: Programa Universidades y Gobiernos Regionales, 2001.
- (Minvu) Ministerio de Vivienda y Urbanismo. *Plan de Reforma Urbana*. Informe Grupo de Trabajo para la Reforma Urbana, 2001a.
- , *Bases para la Reforma de la Ciudad y el Territorio*. Documento 1, Grupo de Trabajo para la Reforma de la Ciudad, 2001b.

- Moore, T., "Transferencia de derechos inmobiliarios en los Estados Unidos: la experiencia de dos jurisdicciones", *Estudios Públicos* 74, 255-294, 1999.
- Nogueira, H., "Breve comentario del proceso de descentralización regional". En Ministerio del Interior (ed.), *España, Francia, Italia, Chile: experiencias de descentralización y desarrollo regional*. Valparaíso: Programa Universidades y Gobiernos Regionales, 2001.
- Oelckers, O., "Descentralización administrativa y regionalización", *Revista Chilena de Derecho*, 24, 353-367, 1997.
- Palma, D., "Las dificultades y desafíos de la descentralización". En G. Salazar y J. Benítez (comps.), *Autonomía, espacio y gestión: el municipio cercenado*. Santiago: Arcis, LOM, 1998.
- Rajevic, E., "La propiedad privada y los derechos adquiridos ante la planificación urbana", *Revista Chilena de Derecho*, 25, 65-112, 1998.
- , "Derecho y legislación urbanística en Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2, 527-548, 2000.
- Renard, V., "El suelo urbano y el derecho de propiedad: un análisis económico y jurídico". En Comisión de Medio Ambiente del CEP. *Antecedentes para una legislación sobre uso del suelo*. Documento de Trabajo N° 214, Centro de Estudios Públicos, 1994.
- Streeter, J., *Potestad normativa de los entes públicos autónomos*. Materiales de lectura. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1986.
- Tobar, M., "Los gobiernos regionales en la década 1990-2000", en R. Pantoja (ed.), *La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Santiago: Universidad de Chile y Conosur Ltda., 2000.
- Véliz, C., *La tradición centralista de América Latina*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Zegras, C. y R. Gakenheimer, "Urban Growth Management for Mobility: The Case of the Santiago, Chile Metropolitan Region". Mimeo, MIT, 2000. ■