

Las áreas verdes privadas en la planificación urbanística: El riesgo de una regulación expropiatoria y/o desviación de poder

*Private green areas in urban planning: The risk of regulatoryw
expropriation and/or misuse of power*

Álvaro Delgado Martínez 

Universidad del Desarrollo, Chile

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el establecimiento de áreas verdes de carácter privado, vale decir, sobre predios de propiedad privada en los instrumentos de planificación urbana. Para tales efectos, se analizan las propuestas de áreas verdes privadas que contiene la imagen objetivo realizada y propuesta en el marco del proceso de modificación del plan regulador comunal que desarrolla actualmente la Municipalidad de Lo Barnechea. Dicho análisis abarca las propuestas propiamente tales, la fundamentación y motivación que dio el municipio para estas, la regulación de ese tipo de áreas en nuestro ordenamiento jurídico y la normativa que se aplicaría a las áreas verdes nuevas propuestas, en caso de que estas se establecieran finalmente en el plan regulador comunal de Lo Barnechea. En una segunda instancia, se aborda el concepto de «regulación expropiatoria» y su tratamiento en el derecho chileno. Por último, se analiza la afectación a los derechos de los propietarios, que podría resultar del establecimiento de este tipo de áreas, en tanto podrían constituir una regulación expropiatoria y/o desviación de poder.

PALABRAS CLAVE

Regulación expropiatoria • planificación urbana • áreas verdes • declaratoria utilidad pública • desviación de poder.

ABSTRACT

This article addresses the establishment of privately owned green areas, specifically on privately owned properties, within the framework of urban planning tools. For this purpose, the proposals for private green areas contained in the target image created and proposed as part of the current modification process of the municipal zoning plan currently being carried out by the Municipality of Lo Barnechea are analyzed. This analysis covers the proposals themselves, the rationale and motivation provided by the municipality for them, the regulation of such areas in our legal framework, and the regulations that would apply to the new proposed green areas if they were ultimately established in the municipal zoning plan of Lo Barnechea. In a subsequent stage in the work, the concept of regulatory takings and its treatment in Chilean law are

addressed. Finally, the impact on the rights of property owners resulting from the establishment of such areas is analyzed, as they could potentially constitute regulatory takings and/or abuse of power.

KEYWORDS

Regulatory takings • urban planification • green areas • public utility declaration • abuse of power.

I. INTRODUCCIÓN

En 2019, un estudio del Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile determinó un importante déficit de áreas verdes entre los habitantes del Gran Santiago. En base a los datos aportados por dicho estudio, se estableció que solo un tercio de los habitantes de la urbe capitalina accede a áreas verdes que estén a menos de 400 metros de sus hogares. Además, solo un 5,7% de la población de la ciudad accede a diez metros cuadrados de áreas verdes por habitante, índice que revela un déficit, de acuerdo a lo señalado por el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano¹. Esto se da por múltiples razones, sin embargo, una de ellas es el hecho que la mayoría de las áreas verdes del Gran Santiago son de carácter privado y por tanto, una gran cantidad no tiene un uso o acceso público, e incluso un desarrollo como tales².

En relación con lo anterior, pocas comunas tienen más áreas verdes públicas que privadas. Es el caso de Recoleta y Providencia, cuyo porcentaje de áreas verdes públicas es alto debido a que en ellas se encuentra el Parque Metropolitano de Santiago. También es el caso de la comuna de Santiago, La Granja y Quinta Normal. Así, la gran mayoría de las comunas que componen la capital tienen un mayor porcentaje de áreas verdes privadas que públicas. Pero el caso más llamativo es el de la comuna de Lo Barnechea, toda vez que es la comuna con menos áreas verdes públicas y con mayor cantidad de áreas verdes privadas. Del total de la superficie de dicha comuna, que asciende a los 1.024 kilómetros cuadrados³, un 0,61% corresponde a áreas verdes públicas. En tanto, un 26,7% de su superficie total corresponde a áreas verdes privadas⁴.

Actualmente, la Municipalidad de Lo Barnechea trabaja en una actualización de su plan regulador comunal (PRC), que abarca el «Área urbana Lo Barnechea». De acuerdo con la recientemente elaborada «Propuesta de Imagen Objetivo del territorio de planificación» (en adelante, «imagen

¹ CENTRO UC POLÍTICAS PÚBLICAS (2019).

² ESPINOSA (2018).

³ Subdere (sitio web), *Lo Barnechea*.

⁴ ESPINOSA (2018).

objetivo»), se actualiza el desarrollo de nuevas áreas verdes, tanto para «*el desarrollo de estas como tales, como también como forma de restricción al desarrollo urbano, reducción de la vulnerabilidad y gestión de riesgos*»⁵. Debido a lo anterior, se han establecido múltiples zonas de áreas verdes que afectan predios privados, principalmente en los denominados «cajones cordilleros» en el sector de El Arrayán y Camino a Farellones⁶.

Las propuestas de desarrollo de nuevas áreas verdes, contenidas en la imagen objetivo, elaborada como parte del proceso de actualización del plan regulador comunal de Lo Barnechea, plantean una importante discusión que pretende ser abordada por este trabajo: el establecimiento de áreas verdes en los respectivos instrumentos planificadores, sobre terrenos de propiedad privada, sin mediar declaratoria de utilidad pública al efecto, genera importantes efectos sobre el derecho de propiedad.

Para desarrollar el análisis planteado, en primera instancia abordaremos someramente los efectos de la planificación urbana en el derecho de propiedad y, específicamente, algunas de las formas de afectación de este, atinentes al caso. En segundo lugar, trataremos las propuestas de establecimiento de nuevas áreas verdes privadas, contenidas en la imagen objetivo, desarrolladas en el marco del proceso de actualización del plan regulador comunal de la comuna de Lo Barnechea, actualmente en curso, y los efectos que estas tendrían para los propietarios de dichos terrenos en caso de concretarse. En tercer lugar, analizaremos si estas áreas verdes privadas constituyen un caso de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado «expropiaciones regulatorias». Para tales efectos, haremos una revisión de lo señalado al respecto por nuestra jurisprudencia y doctrina. Por último, propondremos una solución tanto legislativa como judicial para mitigar los efectos, lo que podría provocar el establecimiento de este tipo de áreas en el patrimonio de los propietarios de estas.

II. PLANIFICACIÓN URBANA Y DERECHO DE PROPIEDAD

1. La propiedad frente a la planificación urbana: Afectaciones del derecho

La planificación de los espacios urbanos es un fenómeno relativamente reciente en nuestras sociedades, que fue desarrollándose paralelamente con la transformación del Estado liberal de derecho a un Estado social de derecho, en que se intensifica y expande la acción estatal en la vida social, con el objetivo de que todos los habitantes de una ciudad gocen de un

⁵ Municipalidad de Lo Barnechea (2021a), p. 49.

⁶ Municipalidad de Lo Barnechea (2021b), p. 15.

mayor bienestar económico y social. Esto, porque la planificación urbana es un instrumento fundamental para un adecuado, controlado y armónico desarrollo de las ciudades.

El proceso antes señalado, se materializa a través de la dictación de normas urbanísticas que limitan la propiedad privada. En ese sentido, uno de los elementos importantes del derecho urbanístico es «la separación o disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas que afectan ese suelo; decisiones de las que se ve privado el propietario para ser atribuidas al poder político»⁷.

La disociación del dominio antes mencionada ha llevado al establecimiento de «fórmulas que, respetando la titularidad privada del derecho de dominio, hagan efectiva la función social de la propiedad, subordinando su aprovechamiento, o vinculándolo con generalidad, a un determinado estatuto jurídico de restricciones y cargas, que configura una especie o categoría muy característica de propiedad: la del suelo urbano»⁸.

Así las cosas, la propiedad urbana no debe ser entendida en su sentido tradicional, en tanto el titular de esta puede usar, gozar y disponer a su arbitrio. Aquello, porque la propiedad urbana no solamente se basa en el beneficio que puede reportar para su titular, sino también para la comunidad. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes⁹. De allí que el concepto de «función social de la propiedad», se manifiesta de forma clara en este ámbito y da origen a la denominada función urbanística de la propiedad. Así, será el Estado quien decidirá el uso de esta propiedad.

La señalada función social de la propiedad es reconocida en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 número 24¹⁰. Sin embargo, en dicha norma no solamente se reconoce este carácter, sino también la posibilidad de establecer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad.

En cuanto al concepto de «limitaciones y obligaciones» a la propiedad, la doctrina nacional ha entendido que este es cualquier restricción o acotamiento que pueda imponerse «al ejercicio común y ordinario del derecho de propiedad»¹¹ (entendido de forma tradicional, como un dere-

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO (1981), p. 429. Citado en POKLEPOVIC (1997), p. 63.

⁸ RÍOS ÁLVAREZ (1985), p. 334.

⁹ Tribunal Constitucional de España, sentencia sobre Ley de Reforma Agraria andaluza, número 37/1987 de 26 de marzo de 1987.

¹⁰ El concepto de «función social de la propiedad» fue introducido en la Constitución de 1925 mediante la Reforma Constitucional de 1967 llevada a cabo por la Ley 16.615.

¹¹ CEA (2004), Tomo II, p. 574.

cho absoluto), y consiste en deberes de acción o abstención introducidos principalmente por leyes que respetan el mandato constitucional de reserva legal del legislador y el límite externo que impone la «función social» de la propiedad. Esta interpretación considera natural que se asocie la palabra limitación con la idea de recortar el derecho a través de deberes negativos. Por tal razón, se sostiene que se habría agregado el término «obligaciones», a fin de que se pueda señalar que la ley, en virtud de la ya citada función social de la propiedad, no solamente pueda exigir a los titulares de este derecho deberes negativos o de abstención, sino también acciones activas en la gestión de sus bienes¹².

En ese sentido, Cea señala que «las limitaciones son, en general, prohibiciones de hacer algo, de manera que si se hace lo prohibido por la ley se incurre en sanción. Las obligaciones, por el contrario, son deberes de hacer algo, de forma que no cumplir lo ordenado por la ley acarrea también una sanción»¹³. En tanto, para Salvador Mohor «la expresión obligaciones designa un conjunto de requisitos que el titular del dominio está obligado a cumplir para ejercer su derecho (limitaciones funcionales)»; y, por otro lado, que «limitaciones no puede sino designar a aquellas que presentan el carácter de extintivas parciales o restrictivas»¹⁴.

En relación con la discusión expuesta, Rajevic sostiene que «el término “limitaciones” es comprensivo de cualquier restricción que pueda imponerse al derecho de propiedad, sea que consista en deberes de acción o abstención, y así parece mostrarlo la doctrina comparada». Según este académico, la inclusión del término «obligaciones» en la Carta Magna ocurre porque:

Es innegable que resulta más fácil asociar esta palabra [limitaciones] con la idea de recortar el derecho con deberes negativos. Por ello se agregó en el texto la expresión «obligaciones», claro mensaje del constituyente al legislador en el sentido de que la ley, al concretar la función social de la propiedad, puede exigir de los propietarios conductas activas en relación a sus bienes¹⁵

Al igual como lo entiende y utiliza el mismo autor, para efectos de este trabajo entenderemos el término «limitaciones» como sinónimo de restricción positiva y sostendremos que estas «son aquellos deberes no indemnizables que impone la ley a los propietarios en relación con el ejercicio de

¹² RAJEVIC (1996), p. 46.

¹³ CEA (2004), Tomo II, p. 282.

¹⁴ MOHOR (1989), pp. 288 y 295.

¹⁵ RAJEVIC (1996), p. 46.

su derecho de propiedad derivados de la función social de este último y que no pueden vulnerar la esencia de los atributos y facultades dominicales»¹⁶. De esta manera, la justificación del establecimiento de limitaciones al dominio radica en el hecho de que vivimos en sociedad y que «debemos entender que cada derecho tiene un límite interno constituido por la definición del contenido de ese derecho, y uno externo, impuesto por el ordenamiento jurídico en miras de cumplir su meta del bien común»¹⁷.

En resumidas cuentas, el establecimiento de limitaciones y/u obligaciones no faculta para que se prive, sustraiga, despoje o quite la propiedad a su titular¹⁸. Por aquello, hay una diferencia importante entre lo que debe ser entendido como limitación y, por otro lado, como privación pues, estas son «las intervenciones estatales que despojan al propietario de su bien, o de algunos de sus atributos o facultades esenciales del dominio, ya sea absoluta o parcialmente, ya sea perpetua o temporalmente»¹⁹.

No obstante, existen intervenciones estatales que, si bien no privan formalmente a un propietario de su derecho, sí lo deja en la misma posición jurídica que si le hubiese privado del bien mediante la utilización de una restricción severa de uso de dicha propiedad. La jurisprudencia estadounidense, principalmente, ha denominado a estas acciones como «regulaciones expropiatorias», o conocidas como *regulatory taking*²⁰. Dicho concepto será analizado exhaustivamente a lo largo de este trabajo, en particular al momento de analizar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema en relación con la materia.

2. Zonificación y declaratoria de utilidad pública como limitaciones al derecho de propiedad

La Ley General de Urbanismo y Construcciones (en adelante, Ley General), contiene una serie de limitaciones a la propiedad urbana. La doctrina nacional las ha calificado en diversas categorías, cuyo análisis de cada una de ellas excede los fines de lo que aquí se escribirá. No obstante, para una acertada comprensión de estas líneas, analizaremos dos limitaciones que establece nuestro ordenamiento jurídico urbano, las que derivan de la definición de «uso de suelo» y que pueden generar importantes consecuencias para los propietarios particulares: la declaración de utilidad pública y la zonificación.

¹⁶ RAJEVIC (1996), p. 46.

¹⁷ MATUTE (2020), p. 16.

¹⁸ CEA (2004), Tomo II, p. 575.

¹⁹ MATUTE (2020), p. 49.

²⁰ MATUTE (2020), p. 75.

En cuanto a la declaración de utilidad pública sobre un predio de carácter privado, esta es una herramienta de planificación urbana establecida como tal en los diversos instrumentos de planificación territorial y que tiene como objeto «definir el régimen jurídico de propiedad sobre el suelo», además de «determinar y proyectar los espacios públicos y elementos urbanos que son necesarios» para la utilización racional del suelo y la creación de una estructura urbana óptima; y «calles, plazas, avenidas, parques o lo que se denomina como bienes nacionales de uso público»²¹. De esta forma, el concepto antes señalado tiene una total relación con el establecimiento de zonas o áreas públicas para la ciudad.

Por otro lado, en cuanto a la zonificación, es necesario remontarse a tiempos inmemoriales, toda vez que, desde la fundación de las primeras ciudades del orbe, los seres humanos han determinado zonas específicas en las ciudades para el desarrollo de funciones de carácter política, religiosa, etcétera. Sin perjuicio de esto, en la actualidad, la determinación y/o especialización funcional de las áreas urbanas no ocurre de forma espontánea, sino que obedece a un proceso mediante el que la autoridad administrativa fija las destinaciones de uso posible en las diversas áreas de la ciudad y sus alrededores.

Debido a lo anterior, la zonificación es una de las llamadas «limitaciones administrativas al derecho de propiedad urbana», en tanto se le asigna un determinado uso a dicha propiedad. Aun cuando las limitaciones administrativas establecidas en la zonificación pueden provocar detrimentos patrimoniales para los propietarios, en tanto su propiedad estará limitada, estas no pueden afectar el contenido esencial del dominio, razón por la que probablemente no serán indemnizables. Así se ha sostenido por nuestros tribunales, en particular a partir del *caso Lolco*²².

A pesar de esto, es posible que el establecimiento de una zona en particular imponga una limitación importante a los derechos del dueño. Es el caso de las áreas verdes para un terreno privado. Tal como se señaló en la parte introductoria de este trabajo, el análisis de los efectos de una medida de tal naturaleza, como asimismo proponer algunas soluciones para aquello, constituye el principal objetivo de este artículo. Para esto, se

²¹ CORDERO QUINZACARA (2015), p. 210.

²² Corte Suprema, caso *Agrícola Lolco con Fisco*, sentencia rol número 381-2004 del 30 de diciembre de 2024. Tanto la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional de Chile han resuelto en variadas ocasiones en relación con la materia. En la mayoría de los casos, dichos tribunales no han acogido la posibilidad de que las limitaciones administrativas, aun cuando provoquen un detrimento patrimonial, den lugar a indemnizaciones. Dichas sentencias son analizadas exhaustivamente en el capítulo II de MATUTE, cit. (nota 17).

estudiará con detalle la propuesta de modificación del plan regulador que actualmente se trabaja y desarrolla en la comuna de Lo Barnechea en la ciudad de Santiago, en lo que respecta al establecimiento de nuevas áreas verdes en terrenos privados.

III. ÁREAS VERDES PRIVADAS EN LA PROPUESTA DE IMAGEN OBJETIVO DE LO BARNECHEA

1. Propuestas de áreas verdes nuevas

Tal como se enunció, actualmente la Municipalidad de Lo Barnechea se encuentra desarrollando un proceso de actualización de su plan regulador comunal aprobado en 2002. Dicha modificación abarca el área urbana de Lo Barnechea y se realiza en virtud de las facultades que otorga la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 3 y lo señalado en los artículos 43 y 44 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones²³.

En conformidad al artículo 28 *octies* de la Ley General, para la formulación o modificación de los planes reguladores comunales, se debe aprobar, como paso previo al diseño y elaboración del anteproyecto del plan, una propuesta de imagen objetivo del territorio de planificación. El objetivo de dicho proceso es que los particulares puedan proponer modificaciones al instrumento regulador y así evitar que la ciudadanía se entere una vez que el proyecto esté elaborado²⁴. En el caso del proceso de modificación del plan regulador de Lo Barnechea, la etapa de elaboración de la imagen objetivo se encuentra finalizada y han sido aprobadas en sesiones extraordinarias del Concejo Municipal, de fechas 23 y 30 de diciembre de 2021, con las respuestas a las respectivas observaciones realizadas por los vecinos y principales actores de la comuna.

La referida imagen objetivo propone mantener el uso de suelo preferente definido actualmente para el 63% del área urbana de Lo Barnechea, la que, como se señaló, es el territorio sujeto a la modificación que se busca realizar. En tanto, propone que el restante 37% de la zona reciba modificaciones que incorporan usos de suelo preferente distintos a los permitidos actualmente en el instrumento de planificación²⁵. Dentro de dichas modificaciones, se proponen nuevas zonas de equipamiento exclusivo en las que se cambia por completo la vocación de uso de suelo hacia

²³ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

²⁴ Biblioteca del Congreso Nacional Chile (sitio web), *Historia de la Ley 21.078*.

²⁵ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

el área verde²⁶. Estas se emplazarían a lo largo de toda la zona sujeta a modificación, pero principalmente en tres sectores de la comuna: El Arrayán, Camino a Farellones y Valle Escondido. El enfoque en esas áreas, motivó la realización de múltiples observaciones²⁷.

En lo que dice relación a las observaciones respecto al sector de El Arrayán, los solicitantes piden «revisar las áreas verdes nuevas propuestas». Fundamentan dicha petición en la necesidad de resguardar la propiedad de los vecinos que ven afectados sus terrenos como áreas verdes nuevas (AVN) bajo la cota mil y además en el hecho de que estas AVN suman hectáreas a un número total para nuevas áreas verdes, pero en realidad no son de acceso ni de uso público, permiten además usos de tipo educación, turismo y salud en un 20% de su superficie. Por último, señalan que los usos «*tienen mayor impacto que una vivienda de un hijo de una de nuestras familias en un lote de 2.000 m²*»²⁸. Como respuesta a dichas observaciones, el Concejo Municipal acordó que lo anterior sería revisado en la etapa 4 del anteproyecto, pero «manteniendo como criterio, que las Áreas No Consolidadas, de muy Alto Riesgo de Exposición a procesos de ladera, se mantengan como Áreas Especiales AVN».

Por otra parte, en lo concerniente al grupo de observaciones hechas con relación al sector de Camino a Farellones, estas fueron fundamentadas en similares términos a las que se realizaron para el sector El Arrayán, pero se agregó como petición la necesidad de «desvincular la Zonificación de Riesgo Natural el Gravamen de Área Verde y mantener el uso residencial y densificación actual acotada, según la norma vigente»²⁹. Dichas observaciones fueron respondidas en similares términos a las primeras.

Por último, en cuanto a las observaciones relativas a la propuesta de AVN del sector Valle Escondido, se solicitó eliminar y acotar la áreas verdes nuevas. La aclaración técnica dada por el municipio para este punto fue, prácticamente, en idénticos términos a las observaciones planteadas para las AVN de El Arrayán y Camino a Farellones, ya que se recalcó que

²⁶ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

²⁷ Las observaciones realizadas fueron principalmente en relación con las áreas verdes nuevas propuestas para el sector El Arrayán, Camino a Farellones y Valle Escondido. Para mayor información, véase Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

²⁸ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

²⁹ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Informe síntesis de observaciones Consulta pública de imagen objetivo. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*

el fundamento técnico para el establecimiento de esta área verde radica en la existencia de pendientes superiores al 20%, alta exposición de la zona a riesgo a procesos de ladera, sectores localizados en serranías con presencia de vegetación nativa y que la zona no cuenta con instalaciones sanitarias ni adecuada accesibilidad³⁰.

No obstante, llama la atención que para estas últimas observaciones, la municipalidad haya encargado la elaboración de una respuesta jurídica al estudio Barros Errázuriz, cuyo contenido será analizado en el próximo acápite³¹. Dicho documento es importante de analizar, toda vez que aborda los efectos jurídicos que podría tener el establecimiento de la respectiva AVN en el sector de Valle Escondido, los que en todo caso hace extensibles a la propuesta de AVN de los otros sectores.

2. Fundamento y justificación de las áreas verdes nuevas en las propuestas de la imagen objetivo: Normativa aplicable

En el resumen de la imagen objetivo, la Municipalidad de Lo Barnechea reconoce que el desarrollo de las áreas verdes nuevas es una «forma de restricción al desarrollo urbano, reducción de la vulnerabilidad y gestión de riesgos»³². La justificación precedente reconoce que no hay un ánimo verdadero de desarrollar efectivamente áreas verdes, sino que pretende otros fines, cuya legalidad y efectos analizaremos más adelante.

Como se anticipó, con el fin de justificar jurídicamente el establecimiento de las AVN, la Municipalidad de Lo Barnechea solicitó la elaboración de una respuesta jurídica al estudio jurídico Barros Errázuriz para determinadas observaciones relativas al establecimiento de un área verde nueva en el sector Valle Escondido, específicamente en los terrenos correspondientes al Fundo La Poza. En dicho documento, se reconoce explícitamente que el fundamento para establecer las AVN radica en que la zona estaría expuesta a riesgos. Al respecto, se señala:

En la especie la imagen objetivo del proceso de actualización del plan regulador comunal de Lo Barnechea estableció las directrices aplicables para cada zona y en particular las que corresponden a los territorios en análisis. En concreto se determinó que el área en análisis se caracteriza por la existencia de procesos de laderas consistentes en caída de rocas y

³⁰ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Acta Concejo Municipal 23 de diciembre de 2021*.

³¹ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Anexo 1: Documento Respuesta Oficina Abogados Barros Errázuriz*.

³² Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

deslizamientos, lo cual genera la necesidad de establecer áreas dentro del instrumento de planificación territorial que permitan enfrentar la mayor exposición a riesgos. Ello justifica la incorporación de áreas verdes o zonas especiales tal como ocurrió en la especie. Lo anterior no constituye una afectación al principio de equidad ni a la igual repartición de las cargas públicas, por cuanto el establecimiento de AVN es una medida que se puede adoptar en todos aquellos casos en los que la zona o área de que se trate reúna las características de riesgo anteriormente referidas³³.

En cuanto a las normas legales invocadas para justificar la decisión antes descrita, la respuesta legal hace referencia al artículo 2.I.20 de la Ley General al señalar que el terreno de las AVN «*presentan limitaciones o condicionantes a la urbanización por estar emplazadas en sectores que superan pendientes de 20%*»³⁴, según lo señala la norma invocada. Actualmente, los predios y/o propiedades que se encuentran en las zonas propuestas, como las AVN por la imagen objetivo, tienen variados usos de suelo, lo que es importante recalcar que en las tres zonas se permite el uso de suelo residencial.

En consecuencia, no queda lugar a dudas que los predios cuya zona se propone como AVN, en caso de aprobarse las propuestas de la imagen objetivo, estarán sujetos a una regulación más intensa que la que los regula actualmente, en tanto el uso quedará circunscrito estrictamente a área verde y equipamiento complementario para esta. No obstante, antes de analizar los efectos y la intensidad de la regulación propuesta, es necesario detenerse en la forma en que nuestro derecho urbanístico regula la posibilidad de establecer áreas restringidas al desarrollo urbano por contar con un potencial peligro para el desarrollo urbano o asentamientos humanos. Aquello es necesario, pues uno de los fundamentos que se esgrimen en la propuesta de AVN es la presencia de riesgos en la zona.

3. Regulación de zonas restringidas al desarrollo urbano en la legislación urbana

La materia está tratada de forma general en el artículo 60 de la Ley General, que establece la posibilidad de que el planificador urbano determine, en el respectivo instrumento de planificación, «*los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no sean edificables*». Sin embargo, es esta

³³ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Anexo I: Documento Respuesta Oficina Abogados Barros Errázuriz*.

³⁴ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Anexo I: Documento Respuesta Oficina Abogados Barros Errázuriz*.

ley la norma que regula en mayor profundidad las zonas restringidas al desarrollo urbano. De esta forma, el artículo 2.1.17 de dicha norma plantea dos opciones para las áreas restringidas al desarrollo urbano: las zonas no edificables y las áreas de riesgo.

Las primeras son aquellas que *«por su especial naturaleza y ubicación no son susceptibles de edificación, en virtud de lo preceptuado en el inciso primero del artículo 60° de la LGUC. En estas áreas solo se aceptará la ubicación de actividades transitorias»*. En tanto, las áreas de riesgo son *«aquellos territorios en los cuales, previo estudio fundado, se limite determinado tipo de construcciones por razones de seguridad contra desastres naturales u otros semejantes, que requieran para su utilización la incorporación de obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar tales efectos»*.

La existencia de la norma contenida en el artículo 2.1.17 de la Ley General deja en claro que, para el caso de áreas expuestas a riesgos o peligros, hay una regulación especial y no es necesario declarar la zona como área verde. En otras palabras, el planificador urbano no tiene la necesidad de recurrir al establecimiento del uso área verde para evitar el desarrollo urbano de ciertas áreas expuestas a riesgo, cuestión que parece hacer la Municipalidad de Lo Barnechea al proponer las AVN en la imagen objetivo.

Ahora bien, en cuanto a los efectos de la declaratoria de área de riesgo, zona no edificable y área verde, esta última establece una limitación en el uso mucho más exigente que las dos primeras. En las zonas declaradas como área de riesgo por el instrumento planificador es posible sortear el límite de desarrollo de determinadas construcciones en la medida que se incorporen *«las obras de ingeniería o de otra índole suficientes para subsanar o mitigar tales efectos»*. En el caso de las zonas de riesgo, el planificador urbano puede aceptar la *«ubicación de actividades transitorias»*.

A diferencia de lo anterior, en el caso de áreas verdes, dicho uso de suelo no permite el desarrollo de ningún tipo de construcciones, salvo aquellas que sean complementarias a dichas áreas en un 20% de la superficie de esta, porcentaje que debe incluir el desarrollo de la vialidad correspondiente.

Lo expuesto, hace necesario continuar el análisis de la propuesta de establecimiento de AVN, sobre predios privados de Lo Barnechea en el sentido si esta nueva regulación propuesta puede ser calificada como una regulación expropiatoria o *regulatory takings*, como lo ha denominado principalmente la jurisprudencia estadounidense³⁵.

³⁵ DELAVEREAU (2006), p. 414.

4. Cambios normativos en el caso del establecimiento de áreas verdes nuevas para los predios que se encuentran dentro de estas

Aun cuando el establecimiento de las áreas verdes nuevas en los sectores antes señalados será algo que decidirá la Municipalidad de Lo Barnechea en la etapa de anteproyecto, es necesario analizar los cambios normativos a los que estarían sometidos los predios y/o inmuebles de dichas áreas.

En primera instancia, es necesario señalar que la Ley General autoriza y faculta al planificador urbano a establecer áreas verdes en terrenos que sean de propiedad privada. Al efecto, el inciso primero del artículo 2.1.31 de dicho cuerpo legal, señala: *«El tipo de uso Área Verde definida en los Instrumentos de Planificación Territorial se refiere a los parques, plazas y áreas libres destinadas a área verde, que no son Bienes Nacionales de uso público, cualquiera sea su propietario, ya sea una persona natural o jurídica, pública o privada».*

Por otro lado, el inciso segundo del citado precepto legal establece la posibilidad de realizar construcciones en las áreas verdes que no se han materializado como tales, cuestión que ocurre en todas las AVN propuestas por la imagen objetivo analizada en este trabajo. Sin embargo, la posibilidad de construir en dicha área es limitadísima y circunscrita a *«la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, siempre que el área destinada a estos usos no ocupe más del 20% de la superficie total del predio destinada a uso área verde en el Instrumento de Planificación Territorial».* Dentro del porcentaje anteriormente señalado, debe incluirse la vialidad interna necesaria para estos usos, con excepción de la definida en el Instrumento de Planificación Territorial, si la hubiere; también las superficies destinadas a estacionamientos sobre el terreno y cualquier otro porcentaje admitido previamente.

De lo expuesto, es posible observar que el uso de la zona área verde es muy restrictivo y no deja prácticamente ninguna posibilidad de construir en los terrenos afectados por dicha zonificación, salvo las excepciones establecidas por la norma antes transcrita.

En virtud de lo anterior, el establecimiento de AVN en ciertos sectores de Lo Barnechea implica una significativa limitación al derecho de propiedad de los dueños de dichos terrenos que, como se señaló, corresponde en su totalidad a propiedad privada. Debido a la intensidad y los efectos de la nueva normativa aplicable podríamos sostener que nos encontramos ante una regulación expropiatoria, cuestión que veremos a continuación.

IV. REGULACIONES EXPROPIATORIAS Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO CHILENO

1. *Concepto*

Este concepto se enmarca «en la aseveración que señala que el actuar de la Administración que pretenda ser una regulación emanada de la potestad de policía, en realidad constituye una expropiación implícita»³⁶. Por otra parte, el Tribunal Constitucional de nuestro país ha señalado que «*las llamadas regulaciones expropiatorias toman forma cuando, al disciplinar o limitar el ejercicio de alguna actividad, un acto legal termina causando una privación total o parcial del dominio, sin expropiación mediante*»³⁷.

Para determinar si se está frente a una regulación expropiatoria, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha utilizado diversos exámenes o tests, que buscan determinar las características, elementos o parámetros que permiten determinar el carácter de expropiatorio de una regulación. Por su parte, tanto nuestra Corte Suprema como Tribunal Constitucional igualmente ha utilizado estos test³⁸.

2. *Las regulaciones expropiatorias en la jurisprudencia nacional: Tribunal Constitucional y Corte Suprema*

El Tribunal Constitucional ha abordado el concepto de regulaciones expropiatorias en diversas ocasiones. En ese sentido, un caso que se asemeja considerablemente al caso objeto de este trabajo es el caso *Playas I*, el que fue pronunciado luego del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido contra un Decreto Supremo del Ministerio de Bienes Nacionales. Dicho decreto reguló el procedimiento en el que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos y lagos, debían

³⁶ MATUTE (2020), p. 73.

³⁷ Tribunal Constitucional de Chile, 7 de julio de 2015, rol número 2751.

³⁸ GARCÍA (2011), p. 126. Para este autor «el uso de test, parámetros o estándares de control judicial generan diversos beneficios sociales. En primer lugar, se trata de buscar un control más objetivo por parte de los jueces, cuestión que se consigue generando una metodología de evaluación al momento de efectuar el control. Ello potencia decisiones basadas en razonamientos jurídicos más que el uso desmedido de citas y argumentos que no tienen conexión los unos con los otros, tan propio de nuestro sistema continental. Segundo, y estrechamente vinculado con lo anterior, ello eleva notoriamente la fundamentación y la calidad de las sentencias, elemento clave a la hora de exigir *accountability* a jueces que no gozan de legitimidad democrática directa. Tercero, generan niveles de certeza jurídica mayores en la medida en que el legislador, ejecutivo y agencias administrativas, como también los ciudadanos, saben con claridad cómo serán evaluados *ex ante*. Ello contribuye, además, a disminuir los incentivos de actuaciones arbitrarias del regulador».

facilitar acceso gratuito a estos en caso de que no existiesen otras vías para tales efectos.

El requerimiento sostenía que el decreto establecía una forma de privar el dominio sin indemnización ni ley que permita expropiar. De la misma manera señala que se trataba de una limitación al dominio que afectaba su esencia y, que por los daños que provocaba, debía mediar una indemnización. El fallo estableció algo que es muy importante tener en cuenta, en tanto determinó que:

*[A los propietarios] se les limitan las facultades de uso y de goce de tal forma que estas pasan a constituir, en la práctica, más que una limitación una privación parcial del uso y goce al ejercicio del derecho de dominio. En este caso no hay una privación total del uso y goce, pero sí una limitación que hace ilusorio estos atributos del dominio y que es indudable que en la especie causa daño y que este debe ser indemnizado*³⁹.

En este fallo, el Tribunal Constitucional acoge la doctrina de diferenciación del *quantum* o *goes too far* elaborada por el juez supremo estadounidense Oliver Holmes⁴⁰.

Por otro lado, para cierta parte de la doctrina, el precedente más importante en la aplicación de un test de expropiación regulatoria, desde la perspectiva del Tribunal Constitucional, serían las sentencias denominadas doctrinariamente «peajes de trasmisión eléctrica»⁴¹ e idénticas en lo sustancial⁴². La importancia de aquellas sentencias estaría dada por la distinción que hace el tribunal entre los conceptos de limitación y privación, para luego derechamente referirse a las denominadas «regulaciones expropiatorias».

En relación con la distinción entre limitación y privación, el Tribunal Constitucional señala que «*un acto de privación tendrá por objeto despojar, quitar, sustraer una determinada propiedad de su titular, mientras el acto regulatorio tendrá por función determinar las reglas a que debe ajustarse el ejercicio del dominio, estableciendo un modo limitado y menos libre de ejercer la propiedad sobre la cosa*»⁴³.

³⁹ Tribunal Constitucional de Chile, 2 de diciembre de 1996, rol número 245-246, considerando 34.

⁴⁰ Corte Suprema de Estados Unidos: *Pennsylvania Coal vs. Mahon*.

⁴¹ Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol números 505-2006 y 506-2006.

⁴² GARCÍA (2011), p. 126.

⁴³ Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol número 505-2006, considerando 22.

Luego, el tribunal aborda los efectos privativos que podría tener una regulación al señalar:

Si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, este podrá argumentar que se le ha privado del dominio pues ya no puede hacer las cosas esenciales que este conlleva. Se trata de lo que en derecho comparado se ha denominado desde hace casi un siglo «regulaciones expropiatorias». Nuestra Carta Fundamental contiene una distinción muy útil para acometer esta tarea, pues trata como equivalentes la privación de la propiedad con la de cualquiera de sus atributos o facultades esenciales⁴⁴.

La sentencia continúa, refiriéndose a la magnitud de la intervención, en orden a que «*legitimar cualquier regulación o limitación, sin considerar su impacto sobre la propiedad, desnaturalizaría la protección de ese derecho fundamental*»⁴⁵. El concepto de «magnitud significativa» a la que hace referencia el tribunal, equivale al parámetro *goes too far* del juez Holmes. Como señala Matute, «ambos test apuntan a lo mismo: el sentenciador deberá caso a caso determinar el nivel de lesión o daño en la propiedad; si bajo su discrecionalidad ese daño es de entidad, la intervención estatal será privativa y merecedora de compensación al sujeto regulado»⁴⁶.

Pero la sentencia aludida también es importantísima doctrinariamente por su voto de minoría. En él, los ministros Bertelsen, Vodanovic y Venegas, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, señalan que «la naturaleza de la privación no se determina por la cuantía (mucho o poco), sino que hay privación en la supresión de cualquier atributo o facultad esencial del dominio»⁴⁷. Matute comparte esta visión, ya que hace una crítica al test del *quantum* del voto de mayoría, señalando que «el examen de constitucionalidad aconseja un nivel de abstracción que permita alejarlo de los vaivenes casuísticos, y de un grado riesgoso de discrecionalidad del juez. Inevitablemente la determinación del *quantum* de lesividad en los derechos pretoriales quedará entregada a la discreción del juzgador, por lo que no parece correcto que el examen de constitucionalidad de particulares intervenciones estatales se determine por ser más o menos dañino»⁴⁸.

⁴⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol número 505-2006, considerando 22.

⁴⁵ Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol número 505-2006, considerando 26.

⁴⁶ MATUTE (2020), p. II O.

⁴⁷ Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol número 505-2006, considerando 6.

⁴⁸ MATUTE (2020), p. III.

El autor continúa señalando que: «Por el contrario, si la intervención no deja subsistente ningún modo de ejercicio de uso, goce y disposición, entonces la medida será privativa de la propiedad o alguno de sus atributos o facultades esenciales, siendo irrelevante para estos efectos la gravedad de la intromisión a la esfera subjetiva concreta del propietario»⁴⁹.

Por otra parte, en la sentencia denominada *Playas II*, el Tribunal Constitucional resumió los criterios de legitimidad de las limitaciones que, a lo largo del tiempo, ha fijado en sus múltiples sentencias. Al respecto, señaló:

Que, a propósito de estos fallos, el Tribunal ha establecido una serie de criterios para definir la legitimidad de dichas limitaciones. En primer lugar, ha determinado el criterio de que estas deben ser mesuradas y razonables (STC 56/1988; 253/1997), de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable (STC 1141/2009); o la medida sea proporcionada (STC 506/2007; 1141/2009; 1215/2009); o que no entorpezcan gravemente la actividad, hasta hacerla inviable por excesiva onerosidad (STC 1669/2012). En seguida, ha considerado que un criterio legítimo el que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos. Así lo ha hecho respecto del acceso a las playas, al considerarlo como un medio necesario del que se vale el legislador para que un bien nacional sea efectivamente de uso público (STC 245/1996; 1141/2009; 1215/2009). A continuación, el Tribunal también ha considerado como criterio la función pública que cumple la actividad sujeta a la limitación (STC 56/1988, 506/2007). Otro criterio es si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como el régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión (STC 56/1998. También ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como en cesiones gratuitas (STC 253/1997) o las compañías de seguros respecto de la actividad de los bomberos (STC 1295/2009). Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones (STC 245/1996; 334/2001) o afectar el núcleo del derecho (STC 1298/2010). Que, por otra parte, ha contemplado dos resguardos para los titulares de la propiedad. En primer lugar, el que las limitaciones deben ser restrictivas (STC 146/1992; 334/2001). En segundo lugar, el que estas deben ser impuestas por el legislador en sus elementos esenciales (STC 146/1992; 370/2003)⁵⁰.

Pero uno de los casos que resulta necesario analizar para efectos de este trabajo, por la similitud que guarda en algunos aspectos con la situación planteada en estas páginas, es el requerimiento de inaplicabilidad planteado por la constructora Santa Beatriz en relación con la Ley 17.288

⁴⁹ ALDUNATE LIZANA (2006), p. 297.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de Chile, 24 de julio de 2012, rol números 1993-II-INA, 2043-II-INA, 2077-II-INA, 2079-II-INA (acumuladas), considerandos 35 y 36.

(Ley de Monumentos Nacionales). En 2011, la constructora Santa Beatriz S.A. adquirió dos terrenos ubicados en la localidad de Isla Negra, comuna de El Quisco, con el objeto de desarrollar proyectos propios de su giro. Luego de presentadas las solicitudes de los respectivos permisos de loteo, subdivisión y construcción, la municipalidad solicitó prórroga de plazo a la respectiva Seremi de Vivienda, la que fue otorgada.

En el intertanto, a solicitud de una junta de vecinos del sector, el Consejo de Monumentos Nacionales, acordó la ampliación de la zona típica del Sector Costero de Isla Negra, incluyendo íntegramente el predio que había comprado la constructora. Después de aquella declaratoria, la constructora interpuso recurso de protección y requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 29 y 30 de la Ley sobre Monumentos Nacionales.

El fundamento principal del requerimiento se basó en que los artículos impugnados afectaban los numerales 20, 24 y 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto infringirían el derecho de propiedad en su esencia, privándole de sus facultades de uso y goce inherentes al dominio, al requerir perpetuamente de la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales para efectuar obras en el terreno en cuestión. Igualmente, la recurrente señaló que se vulneraría la igual repartición de las cargas públicas.

El tribunal rechazó el recurso tras una votación empatada 4-4⁵¹. En este voto se hace una completa referencia a la función social del derecho de propiedad y se señala que la limitación impuesta estaría vinculada a la dimensión social del derecho y, por tanto, sería consustancial a este. Sin embargo, el voto agrega que, frente a la situación particular de una potencial lesión, debe determinarse si se está ante una privación o una limitación, para lo que la magnitud de la regulación es relevante y puede generar eventualmente una posibilidad excepcional de expropiación⁵².

Sin embargo, en lo que merece la pena analizar, el voto por acoger el recurso, afirma que el *ius edificandi* es una facultad esencial del derecho de propiedad y no emana constitutivamente de un acto de la autoridad planificadora. Posteriormente, este voto hace referencia a que lo realmente importante, para los efectos del fallo, es el cambio de circunstancias al que

⁵¹ Conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 17.997), en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el voto del presidente o presidenta del tribunal no dirime un empate, y el quórum exigido en el artículo 93 de la misma ley es de simple mayoría.

⁵² Tribunal Constitucional de Chile, 24 de julio de 2012, rol números 1993-II-INA, 2043-II-INA, 2077-II-INA, 2079-II-INA (acumuladas), considerandos 35 y 36.

fue sometido el derecho de propiedad de la constructora sobre el inmueble. Así, se señala en resumen que, mediante una regulación sobreviniente se habría afectado el derecho de propiedad del requirente, el que, según este voto, sería una autentica privación, es decir, una regulación expropiatoria y no una limitación:

Qué una limitación sobreviniente como esa, en cuanto se hace recaer sobre un inmueble adquirido originalmente sin restricciones, para un propósito urbanístico lícito cuya concreción ahora se torna incierto, deja al propietario en un estado de inseguridad tal que —obviamente— amaga la referida garantía del artículo 19, número 24, inciso segundo de la Constitución Política de la República. Es más, la aplicación de la norma cuestionada, en cuanto deja a la requirente propietaria impedida de ejercer libremente su derecho a construir y en una condición de absoluta subordinación frente a la autoridad administrativa, importa privarla de un atributo esencial del dominio, esto es, en la situación que —salvo expropiación— rechaza el artículo 19, número 24, inciso tercero, del texto fundamental⁵³.

Lo expuesto guarda algunas diferencias con el caso a analizar en este trabajo, ya que en lo que concierne a la situación planteada por el requerimiento impetrado por constructora Santa Beatriz, esta estaría totalmente sometida a la discrecionalidad del Consejo de Monumentos Nacionales para efectos de realizar algún tipo de obra en su propiedad, a diferencia del caso de los propietarios que pueden ser afectados por las modificaciones propuestas para el caso de Lo Barnechea, que son objetos de este estudio, y que no están sujetas a una decisión particular de la administración, como podría ser del Consejo de Monumentos Nacionales; sino que la limitación de su derecho de propiedad emanaría de un proceso regulado exhaustivamente en la ley y desarrollado en varias etapas, incluyendo incluso una etapa de participación ciudadana.

No obstante, el efecto podría ser el mismo: que el derecho de propiedad «pueda llegar al extremo de hacerse ilusorio o meramente nominal, al carecer el dueño de la posibilidad de determinar el destino del inmueble afectado, según su propia e inalienable determinación final»⁵⁴. Lo anterior, en especial si se considera que la nueva regulación propuesta para las AVN de Lo Barnechea, en la práctica no permite edificar en dichos terrenos.

Por último, existen dos casos, tramitados ante el Tribunal Constitucio-

⁵³ Tribunal Constitucional de Chile, 29 de enero de 2014, rol número 2299-12-INA, considerando 37.

⁵⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 29 de enero de 2014, rol número 2299-12-INA, considerando 34.

nal, que resulta necesario abordar: *Curtidumbre Bas y Molinera del Norte*. En el primer caso, el recurrente impugna la constitucionalidad de los artículos 62, inciso segundo y artículo 160 de la Ley General, por la supuesta afectación al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, derecho de propiedad y la esencia de ambos. Esto, porque dichos preceptos —pero en particular el segundo— autorizan a las municipalidades a disponer el traslado de industrias o locales de almacenamiento que, previo informe de la respectiva Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo y del Servicio Nacional de Salud, sean calificadas como peligrosas, dañinas, molestas y/o contaminantes.

En el caso en cuestión, Curtiembres Bas desarrollaba sus labores como tal desde 1952, en una área que, el 2005, mediante modificación al plan regulador comunal de San Joaquín, devino de zona industrial a zona residencial y área verde, por lo que quedó congelado el terreno al no ajustarse su uso a la nueva regulación territorial. Ocho años después, la Municipalidad de San Joaquín, en uso de la facultad del artículo 62 de la Ley General, dispuso que la empresa debía trasladarse de la zona en razón que su actividad industrial «*provocaba malos olores, nauseabundos o de putrefacción*». Pero, en contra del decreto alcaldicio que ordenó el traslado, la empresa dedujo reclamo de ilegalidad para, posteriormente, ejercer la acción de inaplicabilidad del artículo 62 de la Ley General ante el Tribunal Constitucional. Uno de los principales argumentos de dicha acción radicó en que, según el recurrente, la decisión la sometería a una carga patrimonial desproporcionada y arbitraria, le impediría desarrollar su actividad económica de forma lícita, vulneraría su derecho de propiedad y afectaría su derecho a la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional acogió la acción de inaplicabilidad en votación 5-4⁵⁵. Este voto de mayoría es del todo importante para los efectos del presente trabajo, toda vez que el tribunal señaló que la orden de traslado o retiro, para el afectado,

implica una ablación, esto es, la pérdida del derecho a permanecer en el inmueble de su propiedad, para seguir desarrollando las mismas actividades a que lícitamente las destinó. Privación que produce, aunque formalmente conserve el título de propietario, habida cuenta de que en los asuntos jurídicos ha de estarse a la esencia de las cosas, independiente de su denominación. Así, en la especie toma forma una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio, en circunstancias que la Constitución (artículo 19, numeral 24,

⁵⁵ Tribunal Constitucional de Chile, 10 de septiembre de 2015, rol número 2684-14-INA.

inciso tercero), a los efectos de exigir que medie una expropiación, entiende que la privación del dominio no solo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo, en su totalidad, sino también cuando al titular —aun conservando nominativamente tal carácter— se le desposee, parcialmente, de alguno de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal (rol número 334, considerando 19)⁵⁶.

Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce que, en el inciso primero del artículo 62 de la Ley General, existe una limitación al dominio, pero ahonda al señalar que el inciso segundo de la misma norma, «*contempla una regulación atinente al uso y goce de él, pero que al imponerle las condiciones anotadas, en su aplicación en este caso, ha terminado por afectar su esencia el derecho de propiedad, cuyo respeto se pide en autos*»⁵⁷.

En cuanto al caso Molinera del Norte, el requerimiento fue rechazado, ya que el voto de mayoría adujo argumentos referidos a la reserva legal y a la función social de la propiedad. En cuanto a la reserva legal, se señaló que la facultad de la administración comunal, consagrada en el artículo 160 de la Ley General, es una concreción lícita, toda vez que no son remisiones abiertas y carentes de determinación suficiente a la discrecionalidad administrativa que provoquen una deslegalización prohibida. En cuanto a la función social de la propiedad, el tribunal se remitió a señalar que los preceptos impugnados son concreciones de dicha función⁵⁸.

A pesar de haber sido rechazado el requerimiento, el voto de minoría es importante de ser analizado, toda vez que reconoce el concepto de «expropiación regulatoria», ya que señala lo siguiente:

Existirá una privación o expropiación si, como resultado de la acción de quien detenta el poder público (en este caso, el legislador y la municipalidad), el valor económico derivado del uso y goce de la propiedad disminuye de manera significativa. En otras palabras, si la aplicación de la nueva regulación legal de carácter urbanístico imposibilita que la empresa requirente pueda seguir extrayendo de su inmueble la rentabilidad económica que su actual uso le proporciona, no existiendo, comparativamente, un uso alternativo a la propiedad que sea razonablemente viable desde el punto de vista económico, se estaría en presencia de una regulación expropiatoria o expropiación regulatoria. El valor económico del uso alternativo del inmueble en donde está emplazada Molinera del Norte es inmensamente menor que el valor que

⁵⁶ Tribunal Constitucional de Chile, 10 de septiembre de 2015, rol número 2684-14-INA, considerando 22.

⁵⁷ Tribunal Constitucional de Chile, 10 de septiembre de 2015, rol número 2684-14-INA, considerando 23.

⁵⁸ MATUTE (2020), p. 132.

*actualmente representa para la empresa propietaria el funcionamiento de su negocio en dicho inmueble*⁵⁹.

Como señala Matute, el voto antes transcrito no solo es relevante por su intento de aplicar el test del uso económicamente viable de la propiedad, sino también por aplicar derechamente el concepto y la doctrina de las expropiaciones regulatorias⁶⁰.

3. Las regulaciones expropiatorias en la jurisprudencia de la Corte Suprema

Por otra parte, en la gran mayoría de los casos en los que la Corte Suprema ha abordado el tema de las regulaciones expropiatorias, se ha referido a la hipótesis de procedencia de indemnización en caso de que una limitación al derecho de propiedad afecte los atributos esenciales del dominio. Así, por ejemplo, lo hizo en la conocida sentencia *Comunidad Galletué con Fisco*⁶¹.

Aun cuando dicho tema es interesante de abordar, excede los fines de este trabajo, razón por la cual solo nos referiremos a algunas sentencias dictadas por el máximo tribunal de nuestro país, en las que la Corte se refiere al concepto de regulaciones expropiatorias. En aquella dirección, la sentencia recaída en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por *Sociedad Inmobiliaria Maullín Limitada contra el Fisco de Chile*, rol número 4309-2002, es interesante de ser analizada, ya que dicha acción buscaba la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288. En el proceso judicial, la Inmobiliaria Maullín demandaba una indemnización de perjuicios por la privación del uso y goce del derecho de propiedad del inmueble conocido como Palacio Pereira, a partir de las limitaciones a la propiedad al ser declarada como Monumento Nacional. En primera instancia, el artículo 11 de la Ley 17.288 señala que cualquier trabajo u obra que quiera realizar el titular del derecho de dominio del inmueble, debe contar con la autorización del Consejo de Monumentos Nacionales. En tanto, el artículo 12 impone una obligación de conservación al propietario, impidiéndole destruirlo, transformarlo o repararlo.

La Corte Suprema acogió la acción de inaplicabilidad, señalando lo siguiente:

La Constitución de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley limitaciones u obligaciones al dominio. Ello solo procede cuando estén en

⁵⁹ Tribunal Constitucional de Chile, 27 de enero de 2015, rol número 2463-14-INA, considerando 30.

⁶⁰ MATUTE (2020), p. 133.

⁶¹ Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, rol número 16.743-1983.

juego, en la situación que el legislador trata de enfrentar, los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia [...] podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero la Constitución solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para determinadas expresiones de la función social del dominio que ha señalado y toda otra restricción es inconstitucional. Ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la propiedad produce para el afectado derecho de indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública [...] llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprometidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio [...]. No puede transformarse el concepto de intereses generales de la Nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los intereses generales de la Nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden [...]. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil [...] el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con limitaciones u obligaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes solo por vía muy excepcional⁶².

Aun cuando se acogió el requerimiento de inaplicabilidad, tanto los tribunales civiles como la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, rechazaron la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por la inmobiliaria, en cuyo marco se había interpuesto la acción de inaplicabilidad. En fallo de casación, la Corte Suprema fijó que, aunque exista una infracción a la igualdad ante las cargas públicas y, por tanto, la imposición de un sacrificio especial a un individuo en pos del beneficio común, no es posible sostener que aquello conlleve el otorgamiento de una indemnización que compense dicho sacrificio⁶³.

⁶² GÓNZALEZ CARVAJAL (2006), p. 198.

⁶³ MATUTE (2020), p. 160.

En otras sentencias, el máximo tribunal reafirmó la postura de que no existe norma que permita establecer una eventual responsabilidad del Estado por hechos lícitos⁶⁴. Pero, lo que importa para este trabajo, es lo que señala la Corte Suprema en relación a la fundamentación y al ámbito de afectación de una regulación en relación al derecho de dominio, ya que describe cuáles son las hipótesis bajo las que se puede afectar el dominio, pero advierte que: «*Esa garantía [la propiedad] no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública [...] llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos*»⁶⁵.

Por otro lado, el caso *Borel con Fisco de Chile* merece ser tratado de forma separada y especial, por la similitud que puede guardar con el caso materia de análisis de esta investigación. La acción que da origen a este proceso judicial es una reclamación de expropiación contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley 2.186, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones. La reclamación fue interpuesta por la propietaria de un predio, colindante con el Aeródromo de Pucón, cuyas especies arbóreas, habían sido expropiadas por el Fisco por constituir un riesgo para la navegación aérea. La reclamante esgrimió, como principal argumento, que la expropiación parcial (pues solamente se expropiaron los árboles, pero no el terreno), afectaba seriamente a sus derechos, dado que el suelo es eminentemente forestal y la expropiación hacía imposible la explotación o aprovechamiento del área, razón por la cual solicitaba que el Fisco expropiara el predio. El Fisco se opuso a dicho argumento, ya que se le otorgaba facultades para decidir cómo expropiar. Además, el predio se encontraba afecto a otra declaración de restricción sobre el uso del suelo, en tanto era calificada como «zona roja» de erupciones volcánicas por el Servicio Nacional de Geología y Minería.

Así, la cuestión esencial del caso radicaba en si la reunión de ambas restricciones dejaba al propietario en una situación de especial intensidad y gravedad en el uso de su propiedad, ya que podía ser calificada de antijurídica para efectos del derecho a la indemnización⁶⁶. Sin embargo, tanto el tribunal de primera instancia como de el de apelación, rechazaron

⁶⁴ Así lo señala la Corte Suprema en la sentencia, rol número 381-2004, y también en Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, rol número 9924-2010. Para más información, véase CORDERO VEGA (2012).

⁶⁵ Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, rol número 9924-2010.

⁶⁶ CORDERO VEGA (2016).

la reclamación. La Corte Suprema, por otro lado, sí acogió el recurso de casación de forma unánime.

En opinión de la Corte, la Administración debió expropiar no solamente las especies, sino también el predio en cuestión, porque si la expropiación era parcial, como lo había determinado el Fisco, el propietario quedaba imposibilitado de explotar económicamente su predio:

En estas condiciones, resulta inconcuso que la autoridad administrativa debió disponer la expropiación no solo de las especies forestales, sino que también de los terrenos, cuestión que inicialmente realizó y que, no obstante, por razones que se desconocen, con posterioridad abandonó, ordenando la expropiación únicamente de las especies forestales, afectando así el derecho de propiedad de la demandante sobre el inmueble sub lite, toda vez que se comprometen sus atributos básicos, pues la actora, en el estado actual de las cosas, está imposibilitada de explotar económicamente su propiedad⁶⁷.

Al respecto, Matute sostiene que «la sentencia Borel corresponde a una obligación de expropiación de la otra porción del bien parcialmente expropiado por carecer estos de significación económica, y no una acción de responsabilidad del Estado»⁶⁸.

Por último, un caso que resulta necesario analizar es *Vecinos de calle La Piedad con Intendente de la Región Metropolitana y otros*, ya que versa sobre un recurso de protección planteado por la Municipalidad de Las Condes al momento de aprobar un nuevo plan regulador, que transformó la calle La Piedad de vía local a colectora, con la consecuente posibilidad de ampliarse vía expropiación de las viviendas adyacentes. En fallo de apelación de dicha acción constitucional, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la transformación de la calle La Piedad en una vía colectora, implicaba la privación de parte importante de las propiedades ubicadas en el barrio, todo ello aun cuando no existe declaratoria de utilidad pública. Por lo expuesto, acogió la acción, la que después fue confirmada por la Corte Suprema.⁶⁹

Por lo anterior, resulta necesario analizar los efectos de la declaratoria de utilidad pública, institución establecida en nuestra legislación urbanística a efectos de realizar una expropiación, tal como queda consignado en los artículos 59 y 59 bis de la Ley General.

⁶⁷ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2016, rol número 31481-2016.

⁶⁸ MATUTE (2020), p. 173.

⁶⁹ Corte Suprema, 28 de marzo de 1996, rol número 2067-1995.

V. LOS DERECHOS DE LOS PROPIETARIOS DE INMUEBLES EVENTUALMENTE AFECTOS A LAS ÁREAS VERDES NUEVAS PROPUESTAS

En las líneas precedentes se analizó la nueva normativa urbanística a la que estarían sometidos los predios que formarían parte de las áreas verdes nuevas propuestas para Lo Barnechea. En el análisis, queda patente lo intensa de la nueva regulación propuesta, en particular porque prácticamente no permite desarrollar edificación y/o construcción alguna. Pero la intensidad de la regulación es más evidente si se compara con la normativa aplicable al caso de que los bienes inmuebles sean declarados de utilidad pública. Dicho de otro modo, al abordar los efectos de una declaratoria de utilidad pública sobre un inmueble, se evidencia de mejor manera porque es tan intensa la regulación propuesta para Lo Barnechea y la afectación de los derechos de los propietarios.

Por lo anterior, es del todo necesario plantearse la pregunta, ¿qué usos podrían tener los inmuebles si se declarasen de utilidad pública? ¿Sería acaso tan restrictivo como las propuestas áreas verdes?

1. Los efectos de la declaratoria de utilidad pública

En nuestro ordenamiento, las declaratorias de utilidad pública producto de planos reguladores, tienen dos efectos en los inmuebles a los que afecta. Por una parte, dichos terrenos quedan afectos al régimen de congelamiento establecido en el artículo 62 de la Ley General, lo que significa que no pueden aumentar su volumen de construcción existente, salvo si se trata de obras de mitigación ambiental o aquellas que mejoren su arquitectura. En segundo término, pueden ser afectas a expropiación por parte de la Administración, la que no tiene un plazo definido para tales efectos. La ley, además, no impone plazos para llevar a cabo el acto expropiatorio.

La declaratoria de utilidad pública está medularmente regulada en los artículos 59 y 59 bis de la Ley General. El primer precepto establece las destinaciones que pueden tener los predios afectos a la declaratoria (circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, en áreas urbanas y vialidad en áreas rurales). En cuanto al segundo de los citados preceptos, vale decir el artículo 59 bis de la misma ley, establece los efectos de la declaratoria de utilidad pública, en tanto se produce la expropiación.

Un primer efecto, establecido en la letra a) del citado artículo, es que, si en dichos inmuebles existieran construcciones, no podrá aumentarse su volumen, salvo las excepciones establecidas en el artículo 62 de la Ley General y siempre que hubieren contado con los permisos respectivos. Dichas excepciones establecen la posibilidad de aumentar el volumen en caso de necesidad de mitigar los impactos ambientales adversos que pro-

vocase su actividad productiva, como asimismo, aquellas obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras e instalaciones. Pero el inciso segundo de la letra a) del artículo 59 bis, establece otra excepción del todo importante en orden a que señala: «*Si producto de un caso fortuito o fuerza mayor las construcciones existentes experimentasen daños que las dejen inutilizables, podrá autorizarse su reconstrucción hasta completar el volumen de la edificación que existía previamente, siempre que ésta hubiere contado con los permisos respectivos*». Una última excepción a la limitación de aumento de volumen, establece la ya citada letra a) del artículo 59 bis, y se trata de la posibilidad de que, en caso que en el inmueble existan viviendas, estas podrán aumentarse de volumen o reconstruirse hasta dos pisos, en los términos de la letra b) del mismo precepto legal.

Un segundo efecto es el establecido en la letra anteriormente señalada, que autoriza al propietario del inmueble afecto a declaratoria de utilidad pública a edificar una vivienda de hasta dos pisos de altura en los lotes recepcionados a la fecha de la declaratoria, conforme a las reglas que establezca la Ley General. Por último, la letra c) del latamente citado artículo 59 bis, permite que las respectivas direcciones de obras municipales autoricen otras construcciones o alteraciones, en los términos y limitaciones establecidas en el artículo 121 de la Ley General, esto es, que renuncie a toda indemnización o pago por dichas edificaciones al momento en que se lleve a cabo la respectiva expropiación.

No obstante las facultades antes descritas, que la ley otorga a los propietarios de bienes afectos a declaratoria de utilidad pública, Figueroa Valdés hace hincapié en la grave vulneración al derecho de propiedad asegurado constitucionalmente, ya que genera dicho tipo de declaratorias, en tanto establece un gravamen de larga duración sobre la base de una planificación territorial que no hace el legislador, sino, las autoridades urbanas. Es decir, una proyección ideal a futuro, sin considerar fechas ni plazos concretos de ejecución, ni la existencia o no de recursos para financiarlos, transformando además en absolutamente incierto tanto el momento de la expropiación como el derecho a ser debidamente indemnizado⁷⁰.

De lo expuesto, es posible concluir que los efectos de una declaratoria de utilidad pública sobre cualquier inmueble, serían menos intensos que los efectos que se provocarían en los inmuebles que se encontrarían en las AVN propuestas en la imagen objetivo del proceso de actualización del plan regulador comunal de Lo Barnechea. Esto porque, como se evidenció en el apartado número 4 de este trabajo, la posibilidad de realizar edifica-

⁷⁰ FIGUEROA VALDÉS (2020), p. 42.

ciones y/o construcciones en zonas declaradas como áreas verdes es limitadísima, de acuerdo a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 2.1.31 de la Ley General. Dicha norma establece que solo se podrá autorizar la construcción de edificios de uso público o con destinos complementarios al área verde, en no más del 20% del predio destinado a uso de área verde por el respectivo instrumento planificador. Vale decir, no podría autorizarse la edificación de vivienda de hasta dos pisos, como lo autoriza la ley en caso de que un inmueble sea afecto a declaración de utilidad pública. Por otro lado, los propietarios tampoco tendrían la posibilidad de solicitar al Servicio de Impuestos Internos la suspensión del impuesto territorial, dispuesto en el artículo 99 de la Ley General, para los casos de predios afectos a declaratoria de utilidad pública.

Pero, en lo que resulta aún más gravoso para los propietarios de los inmuebles, cuyo uso es área verde, es el hecho que, en caso de que en dichos predios exista algún tipo de edificación y/o construcción, estas no podrían ser reconstruidas en la eventualidad de un terremoto u otro desastre (caso fortuito y/o fuerza mayor) que provoque su destrucción, lo que marca otra diferencia con la normativa que rige la declaratoria de utilidad pública que sí autoriza aquello expresamente. Incluso es más, si a la zona propuesta como AVN se le declarase como «zona no edificable» en los términos del artículo 60 de la Ley General, aun así los propietarios estarían en una situación más ventajosa, pues podrían desarrollar actividades transitorias (si bien no podría subdividir), cuestión que tampoco se permite si la zona se establece como área verde.

2. Afectación a la esencia del derecho de propiedad

El análisis de la situación normativa en la que se encontrarían los propietarios de los predios en el evento que se establezca las denominadas AVN de la propuesta imagen objetivo del plan regulador comunal de Lo Barnechea, nos revela que el derecho de propiedad del que son titulares sería afectado en su esencia, toda vez que los propietarios en la práctica no podrían desarrollar ninguna edificación y/o construcción en los predios, salvo que sean para uso público o con destinos complementarios al área verde y con una extensión de uso del 20% de su superficie. Esto a todas luces constituye una limitación del todo intensa y que, en la práctica, se traduce en prácticamente nulas posibilidades de usar los respectivos terrenos, más allá de su uso como área verde.

Lo anterior, queda aún más en evidencia si se analiza que, incluso si los respectivos predios fueran afectos a declaración de utilidad pública, los propietarios tendrían limitaciones menores a la hora de edificar y/o cons-

truir. En ese sentido, si se atiende a los criterios que ha establecido nuestra jurisprudencia, en particular el Tribunal Constitucional, para definir la legitimidad de las limitaciones al dominio, criterios que se enunciaron anteriormente, es posible señalar que la propuesta de AVN afecta gravemente los derechos de los propietarios.

En primer lugar, uno de los criterios radicaba en que las limitaciones sean medidas y razonables, de modo que no ocasionen daños innecesarios o impongan un gravamen de magnitud considerable. A la luz del análisis propio de la normativa propuesta y la comparación que se hizo con las normas que tratan la declaratoria de utilidad pública, queda de manifiesto que es desmesurada e imponen un gravamen considerable, en especial porque los propietarios prácticamente no podrán darles ningún uso a sus terrenos.

En un análisis que realiza Figueroa Valdés sobre el proyecto que dio origen a la Ley 20.791 que modificó la Ley General en materia de afectación de utilidad pública de los planos reguladores, señala que, al prohibirse aumentar los volúmenes de las construcciones existentes a la fecha de aprobación del respectivo plan regulador, significa en la realidad afectar la esencia del derecho de propiedad para el particular afectado por la declaratoria de utilidad pública, ya que uno de los atributos esenciales del dominio, como es el derecho del propietario a edificar en la forma y tiempo que estime conveniente a su interés, queda claramente conculcado. Esto también afecta al derecho a disponer libremente del inmueble afecto a la declaratoria, ya que en la realidad queda fuera del comercio humano y podría existir interés de un tercero en adquirirlo con dicho gravamen o ser recibido en garantía por una institución bancaria o crediticia⁷¹. A pesar de que se refiere a una observación respecto a las afectaciones de utilidad pública, igualmente tiene plena aplicación al caso materia del presente estudio, en tanto aborda los efectos de la limitación del *ius edificandi*, cuestión que ocurre en el caso de que las áreas verdes analizadas sean declaradas como áreas verdes privadas.

Otros de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional es que la medida sea razonable. Si se atiende a la justificación que la misma municipalidad da, en orden a que el establecimiento de las AVN sirva igualmente «*como forma de restricción al desarrollo urbano, reducción de la vulnerabilidad y gestión de riesgos*»⁷², no parece razonable que la regulación propuesta utilice el establecimiento de un área verde, cuyo objeto es pre-

⁷¹ FIGUEROA VALDÉS (2014), p. 48.

⁷² Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

cisamente el desarrollo de dichos espacios públicos para otros fines que no sean esos, como lo es frenar el desarrollo urbano.

En la especie la imagen objetivo del proceso de actualización del plan regulador comunal de Lo Barnechea estableció las directrices aplicables para cada zona y en particular las que corresponden a los territorios en análisis. En concreto se determinó que el área en análisis se caracteriza por la existencia de procesos de laderas consistentes en caída de rocas y deslizamientos, lo cual genera la necesidad de establecer áreas dentro del instrumento de planificación territorial que permitan enfrentar la mayor exposición a riesgos. Ello justifica la incorporación de áreas verdes o zonas especiales tal como ocurrió en la especie. Lo anterior no constituye una afectación al principio de equidad ni a la igual repartición de las cargas públicas, por cuanto el establecimiento de un AVN es una medida que se puede adoptar en todos aquellos casos en los cuales la zona o área de que se trate reúna las características de riesgo anteriormente referidas⁷³.

En cuanto a las normas legales invocadas para justificar la decisión antes descrita, la respuesta legal hace referencia al artículo 2.I.20 de la Ley General al señalar que el terreno de las AVN «presentan limitaciones o condicionantes a la urbanización por estar emplazadas en sectores que superan pendientes de 20%»⁷⁴.

3. Eventual desviación de poder en el establecimiento de áreas verdes nuevas

El establecimiento de áreas verdes nuevas en el instrumento planificador de Lo Barnechea, no solamente puede suponer regulaciones expropiatorias, sino también una eventual desviación de poder. En el resumen ejecutivo de la imagen objetivo, la Municipalidad de Lo Barnechea señala que la alternativa sugerida para dicho proceso «*incorpora mayores limitaciones o condicionamientos a la ocupación de suelos como mecanismo para implementar la gestión de riesgo*»⁷⁵. Para tales efectos, define tres líneas de acción: i) restricción al desarrollo urbano, ii) desarrollo controlado y iii) habilitación condicionada.

En lo que respecta a la restricción al desarrollo urbano, el documento señala que aquello se logrará «*mediante la definición de zonas no edificables y áreas verdes en aquellas zonas no urbanizadas con muy alta y alta exposición*

⁷³ Barros Errázuriz Abogados (2022), p. 4.

⁷⁴ Barros Errázuriz Abogados (2022), p. 2.

⁷⁵ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

*a amenazas de origen físico natural o antrópico, y en las zonas urbanizadas que tienen una muy alta exposición a inundaciones y remoción en masa por flujo de barro y detritos*⁷⁶. De esta forma, queda de manifiesto que la propuesta de establecimiento de áreas verdes busca restringir el desarrollo urbano en zonas expuestas a riesgos naturales en la comuna de Lo Barnechea, lo que hace que cobre importancia analizar si aquella decisión pudiera implicar una desviación de poder de la Administración.

Vergara Blanco, ha señalado que:

Si al analizar las motivaciones del acto administrativo se descubre que con ellas no se cumple el fin para el cual se estableció la potestad, habrá una «desviación de poder». Pero solo podrá descubrirse una desviación de poder en caso de que se halla hurgado en los motivos. Sin recabarse los motivos, no hay forma de entrar al fondo del asunto, ni posibilidad de enjuiciar legítima y certeramente si la potestad se ha ejercido en función del interés público que justificó su establecimiento⁷⁷.

En el mismo sentido, Lledó Veloso y Pardo Donoso, han señalado que la desviación de poder es:

El vicio del acto administrativo discrecional o reglado, consistente en el ejercicio de una potestad pública administrativa con infracción de las finalidades establecidas para dicho acto por la norma reguladora de dicha potestad y el ordenamiento jurídico, mirado este en sentido amplio, considerado para determinar las finalidades, tanto las normas positivas como los principios generales del derecho público, sean estas públicas o privadas, y no necesariamente inconvenientes.

En relación a lo mismo, la Corte Suprema ha señalado que dicho concepto consiste en que:

*El fin del acto, que es uno de sus elementos constitutivos, es distinto del fin general de interés público que debe ser el de toda actividad pública, o el fin particular establecido para determinados actos por la norma respectiva; fin que puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto*⁷⁸.

⁷⁶ Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

⁷⁷ LLEDÓ VELOSO Y PARDO DONOSO (2013), p. 47. Citado en ROMERO MUNIZAGA (2017), p. 268.

⁷⁸ Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, rol número 24.615-2014.

En un principio, la propuesta de establecimiento de áreas verdes privadas en el instrumento planificador de Lo Barnechea, podría ser considerada una decisión motivada. Aquello, porque, como se expuso anteriormente, tanto al momento de dar respuestas a las observaciones planteadas por los vecinos como también en la respuesta legal a las observaciones 321 y 322 del sector 14 realizadas durante el proceso de formulación de observaciones para la elaboración de la imagen objetivo⁷⁹, la municipalidad fundamenta su decisión de establecimiento de las mentadas áreas en la existencia de riesgos para el desarrollo urbano en la respectiva zona. Vale decir, lo hace en pos de un interés público. Esto lo fundamenta el Concejo Municipal de Lo Barnechea al señalar que:

Se deben precisar los criterios considerados para establecer áreas verdes nuevas en la propuesta de imagen objetivo: a) existencia de Áreas de Riesgo; b) existencia de Pendientes Superiores a 27,1%; c) presencia de Especies de Alto Valor Natural y Paisajístico; y d) baja Accesibilidad, lo que repercute en las medidas adoptadas, el criterio que sigan siendo privadas. Para la definición de las áreas verdes nuevas se tuvo en consideración el grado de consolidación o urbanización del territorio, sus pendientes, nivel de exposición a los riesgos, valor natural y paisajístico y borde de contacto urbano-rural⁸⁰.

El análisis en comento, cumple con uno de los requisitos que nos señala Vergara Blanco para determinar si hay una desviación de poder —«hurgar en los motivos»— y nos revela que la autoridad, para proponer y eventualmente tener por establecidas las mentadas áreas verdes, lo hace teniendo un fin distinto al fin para el que fue establecida la norma que la autoriza a aquello. En efecto, el legislador, al momento de dictar la norma que permite establecer áreas verdes, ya sean de propiedad pública o privada, lo hizo con el fin de que estas se desarrollen como tales y no como una forma de prevenir riesgos. Aquello, es posible sostenerlo a partir del hecho que nuestro ordenamiento jurídico establece explícitamente la posibilidad de que el planificador urbano determine «áreas de riesgos» definidas en el artículo 2.1.17 de la Ley General, además de «áreas de protección de recursos de valor natural» definidas en el artículo 2.1.18 de la misma ordenanza. De esta forma, ambas se encuentran reguladas de forma diferenciada a las áreas verdes.

Así las cosas, es claro que la intensión del legislador en ningún caso ha sido que las zonas de áreas verdes se establezcan para prevenir riesgos en

⁷⁹ Barros Errázuriz Abogados (2022), p. 4.

⁸⁰ Concejo Municipal Lo Barnechea, *Acta sesión de concejo 23 de diciembre de 2021*.

las zonas expuestas a estos o para proteger recursos de valor natural en las zonas donde haya este tipo de elementos, toda vez que, como se dijo, para tales efectos la legislación prevé zonas especiales y acordes a dichas necesidades. Por consiguiente, llama la atención el por qué se propone establecer la zona como área verde y no como áreas de riesgos. Aquello, pues aquella zonificación sería más acorde a la fundamentación dada por el municipio, en el sentido de que existen riesgos, procesos de ladera, porcentaje de pendiente superiores al 20%, etcétera.

Dado lo anterior, y particularmente el hecho de que en la respuesta legal a las observaciones 321 y 322 elaborada por el estudio Barros Errázuriz a solicitud del municipio y que se cita en varias ocasiones en este trabajo, se reconoce que las áreas verdes privadas propuestas no se materializarán nunca y que tampoco estarán afectas a declaratoria de utilidad pública; por lo tanto, su respectivo desarrollo dependerá de su propietario, ya que la decisión de su establecimiento puede constituir una desviación de poder. Todo ello, máxime si se considera que igualmente puede constituir una manifestación de desviación de poder cuando se sustituye un fin de interés público por uno diverso del fin atribuido por la ley⁸¹, es una cuestión que ocurriría en la especie al utilizar el establecimiento de área verde para un fin distinto al que le otorgó la ley, que es el desarrollo como tal y no la limitación del desarrollo urbano en razón de que la zona está expuesta a riesgos naturales y/o en ella existen recursos de valor natural.

De esta manera, queda abierta la interrogante de por qué se propuso, en la imagen objetivo, establecer una zona de área verde en los terrenos en comento con el fin de impedir su desarrollo urbano, en vez de establecer un área de riesgo. Una posible respuesta a aquello podría ser que el establecimiento de áreas de riesgo en vez de áreas verdes, no permitiría cumplir a cabalidad el objetivo del municipio, el que es limitar el desarrollo urbano toda vez que el inciso quinto del artículo 2.1.17 de la Ley General permite el desarrollo de proyectos en dicho tipo de zona en la medida que se realicen obras para mitigar los riesgos. El citado inciso, señala:

Para autorizar proyectos a emplazarse en áreas de riesgo, se requerirá que se acompañe a la respectiva solicitud de permiso de edificación un estudio fundado, elaborado por profesional especialista y aprobado por el organismo competente, que determine las acciones que deberán ejecutarse para su utilización, incluida la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente conforme a la Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuando corresponda. Este tipo de proyectos podrá recibirse

⁸¹ ROMERO MUNIZAGA (2017), p. 275.

parcial o totalmente en la medida que se hubieren ejecutado las acciones indicadas en el referido estudio. En estas áreas, el plan regulador establecerá las normas urbanísticas aplicables a los proyectos una vez que cumplan con los requisitos establecidos en este inciso.

En consecuencia, si se estableciesen las zonas propuestas como AVN en la imagen objetivo como zonas de riesgo, bien podrían los propietarios realizar las obras y acciones necesarias para mitigar o eliminar los riesgos señalados, con lo que podrían así realizar construcciones, cuestión que no ocurriría en las áreas verdes donde la posibilidad de edificar es muy limitada, tal como se analizó precedentemente.

VI. CONCLUSIONES

La potestad de planificación urbanística del Estado siempre afectará el derecho de propiedad de terceros, en tanto la propiedad urbana no solamente se basa en beneficio de su titular, sino también para la comunidad. Aquello, porque la denominada «función social de la propiedad» se manifiesta de forma clara en el ámbito de la propiedad urbana, lo que permite que sea el Estado quien determine el uso de esa propiedad. En razón de lo anterior, el Estado puede establecer limitaciones al derecho de propiedad como la zonificación. Esta potestad, en nuestro país, se materializa en la elaboración y/o modificación de los planes reguladores comunales por parte de los respectivos municipios. En el ejercicio de dicha facultad, la Municipalidad de Lo Barnechea comenzó un proceso de actualización y/o modificación de su plan regulador comunal, en cuyo proceso de elaboración de imagen objetivo se propone el establecimiento de áreas verdes nuevas, en terrenos de propiedad privada existentes en la comuna. En las líneas precedentes, se expuso un análisis de dichas propuestas, lo que constituye el objetivo principal de este trabajo.

En primer orden, se abordó la fundamentación esgrimida por el Municipio para proponer el establecimiento de las AVN. Así, fue posible observar, a partir de sesiones del Concejo Municipal de Lo Barnechea como asimismo desde las respuestas elaboradas por la misma Municipalidad a vecinos que, en el marco del proceso participativo, hicieron observaciones a dicha propuesta, que las principales motivaciones y razones tenidas en cuenta por el Municipio para la propuesta de áreas verdes nuevas, fueron la existencia de área de riesgo, de pendientes superiores a 25%, de especies de alto valor natural y paisajístico, y baja accesibilidad en el territorio en que se establecerían las áreas verdes. Pero, en el resumen ejecutivo de la imagen objetivo, el ente edilicio igualmente reconoce que el estable-

cimiento de las AVN no solamente busca la reducción de riesgos, sino también busca impedir el desarrollo urbano⁸².

En virtud de lo expuesto, este trabajo igualmente se abocó a analizar la normativa aplicable a las áreas verdes y sus consecuentes efectos. En ese sentido, quedó de manifiesto lo restrictiva que es la regulación de dichas áreas, toda vez que no permite ningún tipo de construcción, salvo que sea una edificación de uso público o de destino complementario a la respectiva área verde y que solamente puede ser realizado en un 20% de la superficie total del predio, en cuyo porcentaje debe incluirse la vialidad interna si es que esta fuese necesaria para tales usos.

Pero lo restrictiva que es la regulación de las áreas verdes en nuestro ordenamiento jurídico queda aún más de manifiesto si se compara con la normativa aplicable a los predios afectos a utilidad pública, en cuyo caso los propietarios tienen la posibilidad de realizar construcciones de hasta dos pisos. Vale decir, es menos restrictiva en cuanto a la posibilidad de edificar; además, si una edificación existente en una propiedad afecta a la utilidad pública, es destruida o seriamente dañada por un terremoto u otro desastre natural, la normativa aplicable a dichos predios permite su reconstrucción, cuestión que no ocurre para las viviendas existentes en una zona de área verde en caso de que sea destruida o gravemente dañada.

El carácter restrictivo de las normas urbanísticas aplicables a las áreas verdes, permiten sostener que existe un alto riesgo de que el establecimiento de dicho tipo de áreas, en predios de propiedad privada, puedan constituir expropiaciones regulatorias. Aquello, porque, si bien los propietarios continúan como titulares del respectivo derecho de propiedad, lo cierto es que en la práctica no pueden edificar y darle a su predio ningún otro uso más que el impuesto por la autoridad administrativa al momento de establecer la regulación para la zona. Esto se verifica, en mayor medida, si se atiende a la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de nuestro país en relación a las afectaciones al derecho de propiedad producidas por decisiones y/o actos administrativos, como ocurre en la especie y cuyas sentencias fueron analizadas en líneas precedentes.

No obstante, la propuesta del establecimiento de nuevas áreas verdes en predios privados de la comuna de Lo Barnechea, no solamente podrían constituir regulaciones expropiatorias, sino también desviación de poder de la Administración, en tanto, como se observó, las motivaciones esgrimidas por el municipio para el establecimiento de las áreas verdes

⁸² Municipalidad de Lo Barnechea (sitio web), *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*.

propuestas están lejos del desarrollo de estas como tales, obedeciendo más bien a la búsqueda de otros objetivos, como lo es el impedir el desarrollo urbano, gestión de riesgos y/o preservación de áreas de protección de recursos de valor natural. Lo que la Municipalidad de Lo Barnechea hace, al momento de proponer establecer las AVN, es aplicar la normativa de aquellas zonas, a un fin distinto al dado por el legislador, aun cuando esto sea en búsqueda de un interés público o de la comunidad.

Sin embargo, la aplicación de la normativa relativa a las áreas verdes, con fines distintos al desarrollo de estas, no es lo único que demuestra que podría incurrirse en una desviación de poder. También lo deja de manifiesto el hecho de que la Administración no aplique la normativa idónea para los fines que se propone, toda vez que la gestión y/o prevención de riesgos, así como la preservación de recursos de valor natural, tienen una regulación especial en nuestra legislación urbanística, normas que en todo caso son menos restrictivas en relación a la posibilidad de edificar y que a la normativa correspondiente a áreas verdes, lo que permitiría explicar el porqué del camino tomado por el municipio en la ejecución de la modificación a su plan regulador comunal que actualmente lleva a cabo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aldunate Lizana, Eduardo (2006): «Limitación y expropiación. Silla y Caridbis de la dogmática constitucional de la propiedad», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, N° 2: pp. 285-303.
- Biblioteca del Congreso Nacional Chile (sitio web), *Historia de la Ley 21.078*. Disponible en: <https://tipg.link/O9Mx> [fecha de consulta: 29.6.2022].
- Cea, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC).
- Centro UC Políticas Públicas (sitio web), *Desafíos en la accesibilidad a áreas verdes en la ciudad y posibles vías de solución, en el marco de la ley de aportes*. Disponible en: <https://tipg.link/O9N8> [fecha de consulta: 23.7.2022].
- Cordero Quinzacara, Eduardo (2015): «Declaración de utilidad pública y planes reguladores. Un problema sobre el contenido y las facultades del derecho de propiedad sobre el suelo», en: *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), N° 44: pp. 309-335.
- Cordero Vega, Luis (2012): «Las Vacas Locas y la responsabilidad del Estado por acto lícito», en: *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://tipg.link/Oe1R> [fecha de consulta: 23.7.2022].

- . (2016): «Entre la expropiación y la responsabilidad del Estado», en: *El Mercurio Legal*. Disponible en: <https://tipg.link/OeIV> [fecha de consulta: 23.7.2022].
- Delaveau, Rodrigo (2006): «La regulación expropiatoria en la jurisprudencia nortamericana», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33. N° 3: pp. 411-438.
- Espinosa, Sergio (2018): «Estudio OCUC revela que la mayoría de las áreas verdes en las ciudades chilenas son privadas», en: *El Mercurio*. Disponible en: <https://tipg.link/O9Nj> [fecha de consulta: 23.7.2022].
- Figuroa Valdés, Juan (2020): *Urbanismo y construcción* (Santiago, DER, tercera edición actualizada y completada).
- García, José Francisco (2011): «El Tribunal Constitucional y el uso de “test”: Una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial de la regulación económica», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 1: pp. 101-138.
- García de Enterría, Eduardo y Parejo, Luciano (1981): *Lecciones de Derecho Urbanístico* (Madrid, Civitas).
- González Carvajal, Paola (2006): «Comentarios del Caso Palacio Pereira», en: *Revista de Derecho Ambiental*, N°2: pp. 198-212.
- Lledó Veloso, José y Pardo Donoso, José (2013): *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos* (Santiago, Legal Publishing y Thomson Reuters).
- Matute, Claudio (2020): *Expropiaciones regulatorias. Aplicabilidad al caso chileno* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- Mohor, Salvador (1989): «Taxonomía de las limitaciones al dominio y derecho de indemnización», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 1: pp. 283-308.
- Municipalidad de Lo Barnechea (2021a): *Resumen Objetivo y Alternativa de Estructuración del Territorio. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*. Disponible en: <https://tipg.link/O9OM> [fecha de consulta: 6.6.2022].
- Municipalidad de Lo Barnechea (2021b): *Informe síntesis de observaciones Consulta pública de imagen objetivo. Actualización Plan Regulador Comunal de Lo Barnechea*. Disponible en: <https://tipg.link/O9OY> [fecha de consulta: 6.6.2022].
- Municipalidad de Lo Barnechea (2021c): *Acta Concejo Municipal de 23 de diciembre de 2021*. Disponible en: <https://tipg.link/OeoY> [fecha de consulta: 6.6.2022].
- Municipalidad de Lo Barnechea (2021d): *Anexo 1: Documento Respuesta Oficina Abogados Barros Errázuriz*. Disponible en: <https://tipg.link/OeoS> [fecha de consulta: 6.6.2022].

- Poklepovic, Iván (1997): *La afectación del derecho de propiedad por la planificación urbana*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Rajevic, Enrique (1996): «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad urbana», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 23, N° 1: pp. 23-97.
- Ríos Álvarez, Lautaro (1985): *El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico* (Madrid, Universidad Complutense de Madrid y Ministerio para las Administraciones Públicas).
- Romero Munizaga, Pablo (2017): *La desviación de poder como vicio del acto administrativo* (Santiago, Ius Civile).
- Subdere (sitio web), *Lo Barnechea*. Disponible en: <https://tipg.link/Oeio> [fecha de consulta: 23.7.2022].

Normas citadas

- Constitución Política de la República, Chile (11.8.1980).
- Decreto con Fuerza de Ley 458, Chile (13.4.1976), aprueba nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- Decreto 47 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Chile (5.6.1992), fija nuevo texto de la Ordenanza General de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- Lei de Organización i atribuciones de las municipalidades, Chile (8.II.1954).
- Ley 17.997, Chile (19.5.1981), Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- Ley 19.939, Chile (13.2.2004), modifica el artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, con el objeto de establecer la caducidad de la declaratoria de utilidad pública contenida en los planes reguladores.
- Ley 20.331, Chile (12.2.2009), prorroga declaratoria de utilidad pública prevista en el artículo 59 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- Ley 20.771, Chile (29.10.2014), modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones en materia de afectaciones de utilidad pública de los planes reguladores.
- Transformación de la ciudad de Valparaíso, Chile (11.12.1876).

Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de septiembre de 1995.
- Corte Suprema, 7 de agosto de 1984, rol número 16.743-1984.

Corte Suprema, 30 de diciembre de 2004, rol número 381-2004.
Corte Suprema, 20 de noviembre de 2012, rol número 9.924-2010.
Corte Suprema, 29 de diciembre de 2014, rol número 24.615-2014.
Corte Suprema, 30 de noviembre de 2016, rol número 31.481-2016.
Tribunal Constitucional de Chile, 2 de diciembre de 1996, rol número 245-246.
Tribunal Constitucional de Chile, 6 de marzo de 2007, rol número 505-2006.

SOBRE EL AUTOR

ÁLVARO DELGADO MARTÍNEZ es abogado. Licenciado en Historia y magíster en Derecho, con mención en Derecho Regulatorio por la Pontificia Universidad Católica de Chile. También es profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago, Chile. Su correo electrónico es a.delgado@udd.cl.  <https://orcid.org/0009-0008-7971-0027>.

