

LA PROTECCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO URBANÍSTICO; MULTA, DEMOLICIÓN Y CLAUSURA EN LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES.

*Fernando Ochoa Tobar**

RESUMEN

En el presente trabajo el autor analiza las distintas formas de protección del orden jurídico urbanístico consagradas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Sobre esta base, distingue entre sanciones y lo que denomina medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, procurando destacar las diferencias entre unas y otras instituciones, especialmente su declaración, efectos. Pero junto con ellas se hace referencia a otras formas de protección como las normas de responsabilidad y el delito del art. 138 de la mencionada ley y en particular se ocupa del control previo de las actuaciones y las excepciones al régimen general. Termina concluyendo que debe fortalecerse el control previo y delimitarse claramente las medidas de restablecimiento para lograr los objetivos del Derecho Urbanístico y la Planificación territorial, por sobre la proliferación de sanciones, sino más bien cuidando la eficacia de las ya existentes.

PALABRAS CLAVE: Derecho Urbanístico - Sanción - Multa - Demolición - Clausura.

ABSTRACT

In this article the autor examines the different ways to protect the legal-urban order established in Chilean Urban Law. About this topic, he differences between sanction and the measures to restore the urban legality, specially their differences, decree and effects. But there are another ways to protect the urban-legal order as liability norms and the crime embodied in the article 138 of this Law and in particular deals with the prior control of the proceedings and the exceptions. He concluded that the prior control should be strengthened and defined clearly the measures to restore the urban legality to obtain the objectives of the Urban Law and Land-Planning, over the proliferation of sanctions, but rather watching the effectiveness of existing ones.

KEYWORDS: Urban Law - Sanction - Fine - Demolition - Close down.

I. De la planificación a la ejecución. Generalidades.

Para lograr una planificación urbana armónica, que prevenga y corrija los problemas que se producen con el desarrollo de los centros urbanos, y además, un

* Egresado de Derecho de la Universidad de Concepción.

ejercicio del derecho de propiedad sobre inmuebles acorde con él, las normas del derecho urbanístico coordinan esfuerzos entre el Estado (representado por ciertos órganos administrativos) y los particulares en cuanto entran en su ámbito regulatorio. Coordinación en la que se intenta hacer converger la función social de la propiedad, el bien común y el interés particular de una manera pacífica y que propenda a alcanzar fines sociales, económicos, ambientales, y en fin, cualesquiera otros que impliquen la utilización del recurso suelo.

Así, Carceller señala como temas del Derecho Urbanístico; primero, la organización administrativa; en segundo término, el régimen del suelo; un tercero que es la gestión urbanística; y finalmente la disciplina urbanística que contempla la intervención preventiva del uso del suelo y la edificación, las medidas de protección de la legalidad urbanística, infracción y sanciones y el resarcimiento de daños e indemnizaciones de perjuicios¹.

Entre nosotros, esta organización administrativa se traduce en la creación de órganos a los cuales se les han asignado competencias para actuar en las materias urbanísticas que la ley señala.

Y para poner en movimiento esas competencias se les entrega potestades que pueden ejercer imponiéndose a los administrados, por sobre sus voluntades, permitiéndoles realizar los objetivos trazados por el legislador y contenidos en la ley, sin el obstáculo de los intereses particulares que no necesariamente se avendrían al crecimiento armónico de las ciudades, la utilización racional del suelo o el respeto de los derechos de terceros.

Pero, una vez que las normas urbanísticas abstractas se concretan en un instrumento de planificación territorial surge el problema de su ejecución, la que debe ser una transformación física acorde con la norma.

Ahora, en la tarea de convertir aquello que los órganos competentes han estimado como la más adecuada orientación del desarrollo de los centros urbanos en algo real, estas competencias y prerrogativas que la ley les entrega les permiten intervenir como ejecutores y no meros planificadores. Pero además, ellas se ejercerán junto con la actividad que desarrollan los particulares, que también participan de su ejecución.

Será en la ejecución del plan que los particulares, buscando satisfacer sus necesidades y amparados por el dominio del que son titulares, ejecutarán actos que tienen relevancia para el Derecho Urbanístico y que por lo tanto, no pueden quedar entregados a su solo arbitrio, sino que ameritan un control, un procedimiento y un seguimiento para armonizarlos con aquello que la administración ha proyectado.

En efecto, no siempre el particular se ceñirá estrictamente a la normativa urbanística, y puede ocurrir que el constructor o urbanizador deliberadamente intente sustraerse al sistema de cargas y deberes que ésta le impone, o que habiendo cumplido cabalmente sus mandatos en un comienzo, con posterioridad construya, demuela o urbanice, pero esta vez al margen de la legalidad.

¹ CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *Instituciones de Derecho Urbanístico* (4ª edición, Madrid, Editorial Montecorvo, 1989), p.24.

Y es cuando el control y seguimiento de estos órganos fracasa, que se hace necesario que aquella actividad que infringe la normativa aplicable sea enmendada, y se restaure la legalidad urbanística, encauzando esa conducta nuevamente al ideal que pretende realizar el plan.

En estos casos la coordinación se manifiesta como la necesidad de devolver la armonía al espacio físico, perturbada por determinadas actuaciones ilegales. Mientras que en otros casos, el órgano competente deberá exteriorizar una potestad diferente; la potestad de sancionar. Sin embargo, en estas materias el límite suele ser en extremo difuso, y una adecuada distinción puede redundar en una protección más eficaz de los administrados.

Una de las dificultades que se presentarán para la administración consistirá en determinar las sanciones que sea procedente imponer a los responsables y los actos que sea necesario ejecutar para restaurar la legalidad, y armonizarlos de tal manera que ambas medidas tiendan no sólo a crear una situación desfavorable al infractor, sino también a restituir la realidad a aquello que fue proyectado en el plan y al mismo tiempo a la legalidad. Sin duda que habrá importantes consideraciones técnicas que deberán ser ponderadas por la autoridad a la hora de decidir, constituyéndose en un primer factor al momento de elegir unas u otras.

Otras veces, frente a la actuación ya consumada, las sanciones y la posibilidad de restaurar la legalidad urbanística lejos de cumplir sus fines, resultan de escasa utilidad frente a la necesidad de proteger otros bienes jurídicos. Surge así una tercera opción; la regularización.

Pero, los problemas que pueden presentarse en la práctica son acentuados por el escaso desarrollo legislativo en materia urbanística que ha provocado que las normas originales no hayan variado sustancialmente con el correr de los años y por un lento desarrollo doctrinario que saque a la luz estas situaciones.

Para contribuir a su esclarecimiento, proponemos esta vez un análisis desde la perspectiva del derecho administrativo. Estimamos que la aplicación de teorías como la del acto administrativo y del derecho administrativo sancionador son de gran utilidad a la hora de precisar el alcance de estas instituciones y evitar sus colisiones, procurando a la vez una mayor protección de los administrados sin perder de vista el fin esencial de promover el bien común.

De estas instituciones, su regulación y dicha interpretación trataremos en el presente trabajo.

II. La Protección del Orden Jurídico Urbanístico.

1. El control previo de la actuación.

Uno de los propósitos del legislador al diseñar un ideal de centro urbano y luego entregar sus elementos en la ley para que sean utilizados al elaborar los instrumentos de planificación territorial, es que al definirlos previamente, los particulares sepan con claridad cuales son sus deberes y cargas, de manera que puedan ajustar sus proyectos desde un principio a esas normas. Esto obedece a los

principios de legalidad y seguridad jurídica, y se traduce, por ejemplo en la naturaleza reglada del permiso de construcción y la estabilidad de los anteproyectos aprobados.

Así, desde un comienzo el proyecto deberá cumplir íntegramente con las normas urbanísticas que les sean aplicables, entendiéndose por tales no sólo la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sino también su Ordenanza, de los instrumentos de planificación y de la legislación sectorial correspondiente, no siendo la intención del legislador, ni del planificador que por la vía de la completa libertad de ejecución se favorezcan crecimientos inorgánicos que se deban corregir a posteriori por medio de órdenes de ejecución o de las medidas de restablecimiento.

En efecto, frente al riesgo de una ilegalidad urbanística se ha optado por la prevención, sometiendo la gran mayoría de los actos trascendentes a un sistema de permisos a cargo de la Dirección de Obras Municipales. Prueba de lo anterior es que igual sistema rige para las modificaciones de los proyectos aprobados y esta segunda revisión que comporta la Recepción Definitiva.

Por tanto, no pareciera ser el objetivo del legislador a través de este sistema de cargas y deberes y de su control, desincentivar la ejecución de actos sobre inmuebles, por el contrario, desea que se ejecuten, sólo que de manera armónica, lo que se traduce en el cumplimiento estricto de las normas urbanísticas, sin perjuicio de que ellas puedan ser utilizadas por el planificador justamente para desincentivar (o incluso impedir) determinados usos del suelo en favor de otros atendida la función social de la propiedad y siempre en busca del bien común o la protección del medio ambiente.

2. La Sanción y la Restauración de la Legalidad Urbanística.

Frente al incumplimiento de las normas urbanísticas se presenta el problema de la reacción del Derecho ante él.

Esto es relevante porque, si consideramos que este incumplimiento consiste en una disconformidad entre la modificación física que implica el acto infractor, con lo prescrito por la normativa urbanística, para que la medida que se adopte cumpla con el objetivo de restablecer el imperio del derecho, normalmente tendrá que comprender una nueva modificación de la realidad, esta vez para hacer coincidir aquello que se ejecutó con lo que según el Plan o el Permiso debía ejecutarse. Y esta segunda modificación frecuentemente producirá efectos económicos y sociales, no sólo para el infractor, sino también para su familia y para quiénes vivan próximos al inmueble, o incluso perjuicios al medio ambiente y a las condiciones sanitarias.

En otros casos esta disconformidad puede no ser susceptible de ser corregida, o en caso de que técnicamente esto sea posible, el resultado final sea insatisfactorio o aún más perjudicial que la trasgresión. Pero tampoco se podrá obviar la actuación ilegal.

Dentro de nuestra norma urbanística esencial, que es la Ley General de Urbanismo y Construcciones, encontramos diversas medidas que tienden a objetos

diferentes. Así, se consagran normas de responsabilidad, la multa, la paralización de las obras, la demolición, la clausura, la inhabilitación y el delito del art. 138².

Estimamos que ellas responden de una manera más o menos intensa a la idea de sanción administrativa o bien de restablecimiento de la legalidad urbanística (también llamada autotutela restitutoria). Por tanto, un correcto análisis de las mismas debe hacerse desde la perspectiva del derecho administrativo, particularmente sobre su real carácter sancionatorio, por las consecuencias que de él se derivan.

Tratándose del delito del art. 138, que constituye un ilícito penal³, y las normas de responsabilidad administrativa a que alude el art. 22, por sus características hemos optado por no analizarlas en el presente trabajo, no desconociendo su importancia.

Respecto de las demás, la ley las trata de manera dispersa en su articulado, dejando incluso algunas situaciones y su detalle a la Ordenanza General. De ellas, sólo la multa y algunas normas de responsabilidad se tratan en el Capítulo IV, titulado "De las sanciones".

Conviene en todo caso, y antes de entrar en detalles distinguir entre las Sanciones Administrativas y el Restablecimiento de la Legalidad.

"Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa"⁴.

Así, "las sanciones administrativas son siempre, en cualquiera de sus formas, de naturaleza constitutiva y de contenido aflictivo. Instituyen al infractor en una posición jurídica nueva o distinta y, además, desfavorable respecto a la que aquél disfrutaba antes de cometer la infracción. Esa nueva situación consiste, típica y principalmente, en la imposición de una obligación de pago, y/o en la pérdida (total o parcial, definitiva o temporal), de una situación subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo, acordadas en el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora y siempre con un fin punitivo. Por el contrario, las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un incumplimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado o incumplido, y su contenido, limitado por eso mismo a restablecer la situación indebidamente alterada, carece de todo contenido aflictivo, sin añadir ni quitar nada a la posición jurídica del infractor. Y son por ello también independientes y compatibles, en su caso, con la imposición de la sanción que proceda. El fundamento último de una y otra decisión es, pues, bien distinto: en uno, represor del incumplimiento; en el otro, reparador de éste (rectius de su resultado). En otras palabras, las sanciones

² Por cierto, instituciones como la multa y la clausura podemos encontrarlas también en otros cuerpos normativos, y no siempre vinculadas a la protección del orden jurídico urbanístico. Sobre el particular volveremos más adelante al tratar de las excepciones al régimen general.

³ Véase; ROSALES QUINTANA, Pedro, *El derecho penal y la vivienda y, en especial, el delito de "lotes irregulares"* (Memoria de Prueba Universidad de Concepción, Concepción, sin editar, 1975).

⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Cursos de derecho administrativo*, (9ª edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2002), I, p. 163.

administrativas castigan la perturbación, infligiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción; las medidas reparatorias la remedian, restituyendo las cosas a su estado anterior⁵.

Por otro lado, "para que entre en juego la sanción es necesario que concurra una infracción urbanística, entendida como conducta típica, antijurídica y culpable, con pleno juego de las garantías constitucionales de los artículos 24 y 25 CE (la presente alusión es a la normativa española), en la modalización de las mismas que, para el ámbito administrativo sancionador, ha realizado la jurisprudencia constitucional. Para que opere, en cambio, la reintegración de la legalidad urbanística basta la constatación de la mera ilegalidad -que es sólo uno de los elementos configuradores de la infracción, esto es, la contradicción entre la realidad y las exigencias del orden jurídico, sin que deba concurrir el conjunto de requisitos justificadores de la imposición de una sanción personal, singularmente la tipicidad y la culpabilidad"⁶.

El Tribunal Constitucional entiende que dichas sanciones son manifestaciones del ius puniendi del Estado, y por tanto, se les aplican los principios que inspiran el orden penal consagrados en los inc. 6, 7 y 8 del art. 19 n.º3 de la Constitución Política de la República.

La multa está tratada en el art. 20 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y tiene sin lugar a dudas un carácter sancionatorio. "La multa sanción...supone una decisión administrativa que, a consecuencia de la realización de un ilícito, obliga al sujeto sancionado al pago, mediato o inmediato...de una cantidad de dinero"⁸.

La ley utiliza una cláusula amplia para determinar su procedencia, pues, según el citado artículo, toda infracción a las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su Ordenanza o los instrumentos de planificación territorial será sancionada con multa.

Según Nieto, infracción es el incumplimiento de un deber desconectado en principio de sus eventuales consecuencias⁹, es decir, "a la hora de determinar si existe infracción resultan indiferentes las consecuencias dañosas del riesgo creado"¹⁰. Por tanto, cualquier incumplimiento de los deberes y cargas que imponen las aludidas

⁵ CASINO RUBIO, Miguel, *La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 283 (2000) pp. 569-574.

⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 2055 (2008) 62, pp. 367-399.

⁷ Citando al Tribunal Constitucional Español en Sentencia de 12 de Marzo de 2003; "El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado", en cambio, "el carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparatoria, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente". BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Realidad y constitucionalidad en el derecho administrativo sancionador (segunda parte)*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 40(2006) pp. 9-69.

⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Multas Administrativas*, en *Revista de Administración Pública* 79 (1976) pp. 9-65.

⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1994) p. 37.

¹⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, cit. (n.º9) p. 37.

fuentes, y que no tengan sanción diversa o sea constitutiva de delito, es sancionable con multa. Se trata entonces de la regla general.

Y si bien la Ordenanza General pareciera hacer un intento de reducir esta amplitud, la enumeración del art. 1.3.2 es meramente a modo de ejemplo, ejemplos que sólo son aplicables a las acciones que transgreden las normas de la Ordenanza General.

Esta amplitud presenta ciertas dificultades.

Considerando que el sistema del derecho urbanístico se estructura respecto de los particulares en base a deberes y cargas, y que tal como se redacta el art. 20, todo acto que infrinja estos deberes que pesan sobre el administrado y que emanen de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su Ordenanza o los Instrumentos de Planificación Territorial serán sancionados con multa (salvo que tenga señalada una sanción diversa), quiénes actúen dentro del campo de este derecho están constantemente expuestos a incurrir en una de estas figuras y ser multado, pues cualquier infracción a un deber o carga es potencialmente sancionable con esta medida. Esto se traduce en que el efecto disuasivo de la sanción exige de los responsables un cabal conocimiento de las normas urbanísticas aplicables al proyecto y un estricto cumplimiento de las mismas.

Pero la amplia remisión las disposiciones de los cuerpos normativos ya señalados que hace el art. 20 plantea una interrogante ¿Cumple con el principio de tipicidad?

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que *"evidentemente la conducta debe estar descrita en su esencia en la ley, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de este mismo Tribunal y la doctrina referida en los razonamientos precedentes, en estricta armonía con lo ordenado imperativamente en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de tipicidad, el que como se ha indicado resulta plenamente aplicable en materia sancionatoria administrativa"*¹¹.

Pero con respecto a la aplicación del principio de tipicidad al Derecho Administrativo Sancionador hay que hacer algunas precisiones.

En primer término, "la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas pero no tanto como para permitirle que cree figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma"¹², y además, "los tipos sancionadores administrativos...no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción"¹³ y por tanto el tipo en esta materia comprendería, según Nieto, la descripción de la infracción y luego la conminación de la sanción. En consecuencia, bastaría la fórmula general del art. 20 para satisfacer la exigencia de tipificación, puesto que ella deberá entenderse completa con la descripción de los deberes precisados en las restantes disposiciones del ordenamiento urbanístico.

¹¹ Sentencia Rol N° 480-2006, del Tribunal Constitucional, de 27 de julio de 2006, considerando N°14.

¹² NIETO GARCÍA, Alejandro, cit. (n°9) p. 297.

¹³ NIETO GARCÍA, Alejandro, cit. (n°9) p. 298

Aún así, es criticable la remisión a las disposiciones de los Instrumentos de Planificación Territorial, pues si bien respecto de ellos tradicionalmente ha tenido aplicación el principio de "igualdad o justa distribución de las cargas y beneficios", que implica que el plan debe velar por una equitativa distribución de los mismos, dichos instrumentos son llamados a regular situaciones desiguales, y como tales, bien puede optarse en su elaboración por incorporar algunas de las figuras que entregan las disposiciones legales y reglamentarias y, por el contrario, no incluir otras. Como sabiamente ha escrito un autor, esto da a la normativa urbanística un carácter imperiosamente desigualitario¹⁴, y precisamente por esta desigualdad existirán administrados sobre cuyos actos pesan más cargas que sobre otros, y por ende, el riesgo de incurrir en una infracción sancionada con multa es también mayor. En este caso, la igualdad ante la ley cede algo de terreno en favor del bien común entendido en el sentido de desarrollo urbano deseable.

Otro tanto ocurre en relación a la remisión a la Ordenanza General que jurídicamente es un reglamento¹⁵. En general la doctrina nacional es reticente a la llamada colaboración reglamentaria.

La multa, por ser una sanción, no importa una medida de restauración de la legalidad quebrantada. Esto es lógico, pues el solo pago de una suma de dinero no altera la realidad, ni impide que se dé a una obra un uso ilegal. Pero, su amenaza sí puede tener un efecto disuasivo. Por lo mismo, la imposición de la multa es plenamente compatible con cualquiera de las medidas de restablecimiento que trataremos, sin que su aplicación conjunta contravenga el principio de no n b i s i n í d e m ¹⁶ que se ha entendido aplicable al Derecho Administrativo Sancionador. La multa por su calidad de pena es de derecho estricto, y por ende, de interpretación restrictiva y sujeta al principio de legalidad.

Este es por lo demás el razonamiento que hace nuestro legislador en el art. 20 al decir que todo lo anterior es sin perjuicio de la paralización o demolición de la obra, según procediere. A mayor abundamiento, los arts. 122 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones reiteran sucesivamente idéntico principio.

¹⁴ LETELIER WARTENBERG, Raúl, *Propiedad y potestades urbanísticas en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 4(2001) 1, pp. 79-91.

¹⁵ En nuestro Ordenamiento Jurídico, similar remisión formula el legislador en el art. 15 inc. 1° de la Ley 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, y que se refiere a quienes *incurren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia*, los que podrán ser objeto de las sanciones contenidas en su Título IV. Sobre esta norma, el profesor Vergara Blanco señala que "ratifica entonces este art. 15 inc. 1° LSEC, lo ya señalado, en cuanto al rango de ley que debe tener la norma que describe el hecho punible y la que determine la sanción correspondiente, salvo su remisión al reglamento, la que no puede ser considerada legítima para estos efectos, ya que un reglamento no puede tipificar conductas sancionables por infringir el principio de legalidad de rango constitucional". Tal objeción podría también hacerse al comentado art. 20, pues hemos de recordar que si bien la Ley General de Urbanismo y Construcciones es un Decreto con Fuerza de ley, la Ordenanza General es sólo un Decreto Supremo. El profesor Vergara Blanco sostiene que este art. 15 sería "en parte la inconstitucional (en cuanto acepta la tipicidad por vía reglamentaria)". VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico* (1° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 317 ss. Véase también NIETO GARCÍA, Alejandro, cit. (n°8).

¹⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro, cit. (n°15), p. 324.

Lo anterior, no obsta a su aplicación independiente, pese a que es excepcional la posibilidad de que llegándose a los extremos de tener que aplicar una medida de restauración no exista una infracción sancionable con multa, y por la redacción del art. 20 parecería ser la intención del legislador es que no quede infracción sin sancionar.

Frente a la amplitud de la norma sancionatoria, el legislador ha tenido mayores aprensiones al momento de concebir las medidas de restablecimiento, estableciendo circunstancias concretas que suponen una gravedad suficiente como para justificar que las autoridades administrativas (con la intervención de los tribunales en la medida de que los actos administrativos que las imponen siempre pueden ser llevados a la sede jurisdiccional) pongan en movimiento sus competencias y atribuciones, esta vez para que se restituya el imperio del derecho, conjuntamente con la realidad física proyectada por el Instrumento de Planificación. Y esta gravedad que encierran sus supuestos de aplicación, podemos verla reflejada en las propias medidas.

Es importante tener esto presente, pues la noción de restablecimiento tiene en el Derecho Urbanístico efectos que pueden ser tan drásticos que inducen (y de hecho así ha sucedido¹⁷) a confundirlos con sanciones¹⁸.

El término "Restauración de la Legalidad Urbanística" es reconocido por la legislación española y ampliamente empleado por la doctrina de ese país. Entre nosotros es excepcional.

Por una parte, la expresión "Restablecimiento", encierra un aspecto esencialmente jurídico (que bien podríamos llamar "Formal"¹⁹) que importa ajustar a derecho lo ejecutado en contravención a la norma, tal sería el caso de la exigencia de subsanar las observaciones formuladas por el Director de Obras en el caso del art. 147. En un segundo aspecto (que podemos calificar de "material"), el restablecimiento incide en la realidad, pues cuando el acto no se encuadra dentro de lo que el Instrumento de Planificación ha proyectado, éste se desliga de sus exigencias, de la función social de la propiedad y afecta el desarrollo de los centros urbanos. En todo caso, esta modificación física es variable según lo determine la ley, la que en todo caso, ha entregado a la prudencia o discreción de determinadas autoridades su concreción. Esta es una característica distintiva del Derecho Urbanístico.

En ambos sentidos, quién transgrede la legalidad urbanística se pone en una situación más favorable que el resto de las personas que sí la han observado y que para poder actuar han debido limitar el goce de su propiedad.

¹⁷ Véase: CASINO RUBIO, Miguel, cit. (n°5) pp. 569-574 y REBOLLO PUIG, Manuel, *El contenido de las sanciones*, en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo* 18 (2001) pp. 151-206.

¹⁸ FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción* (1ª edición, Santiago, LexisNexis, 2006), p. 306.

¹⁹ En tal sentido, para hacer esta clasificación tomamos la terminología empleada en CORELLA MONEDERO, José Mario, *Protección de la legalidad urbanística*, ahora, en, INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (editor), *Manual de Urbanismo* (1ª edición, Madrid, 2001) p. 747. El autor, además cita interesante sentencia del Tribunal Supremo Español, al tenor de la cual: "un acto de edificación o uso del suelo de carácter irregular debe dar origen a formas diferentes de reacción administrativa: de un lado, la encaminada a restablecer la legalidad urbanística, que concluiría con la demolición de las obras si el interesado no solicita la licencia dentro del plazo que al efecto se le habrá de otorgar (dos meses) o si las obras no resultan legalizables; de otro parte, la inacción del oportuno expediente sancionador".

Es importante también tener en cuenta que entre nosotros la idea de "Legalidad Urbanística" u "Orden Jurídico Urbanístico" es amplia, porque comprende normas de distinto rango²⁰ y, como ya lo adelantáramos, la restricción de la procedencia de estas medidas es más aparente que real. Así por ejemplo, la inclusión de una enumeración en el art. 148 de causales que hacen procedente la demolición, en realidad, nada restringe pues el numeral 1º es lo suficiente amplio como para comprender una amplia gama de situaciones. Con idéntico efecto se puede interpretar el art. 161, esta vez tratándose de la clausura decretada por el Alcalde.

Dentro de las medidas de Restablecimiento, trataremos primero de la paralización de obras.

Mediante ella no se impone una sanción, ni se restablece propiamente la legalidad quebrantada, pues lo que se persigue es precisamente evitar que se concrete una infracción que hace procedente la sanción o el acto ajeno a la legalidad que amenaza concretarse. Es por ello que, habiendo sido ordenada por el Director de Obras Municipales, éste fija un plazo **p r u d e n c i a l** para que se subsanen las observaciones formuladas. De este modo se evita llegar a la aplicación de medidas más drásticas.

Pero es cuando las observaciones no se subsanan y la paralización fracasa que se hace necesario recurrir a las sanciones o a otras medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, porque todo demuestra que no hay una real intención o posibilidad de evitar que la trasgresión se produzca.

Se puede señalar como características que procede contra actuaciones materiales, es decir, que es necesario que se haya dado inicio a las obras (pues son ellas las que se paralizan, si no se inician, mal podría hacerse) y por otro lado tienen un carácter cautelar²¹. En similares términos se consagra esta medida en el Art. 157 de la ley, pero esta vez como atribución del Secretario Regional de Vivienda y Urbanismo.

La más drástica de las medidas de restitución o restablecimiento es la demolición. Sin embargo, la misma figura tiene diversas connotaciones, porque no siempre tendrá un carácter perjudicial para el particular, pues puede ser él mismo quien necesite demoler lo existente para construir algo nuevo o aprovechar el suelo en una forma distinta y para lo cual deberá requerir la autorización de los órganos competentes²².

Las causales de demolición, en los casos en que puede ser decretada por el Alcalde, están enumeradas en el art. 148, enumeración que no es de **n u m e r u s c l a u s u s**.

En su enunciado señala que el Alcalde, a petición del Director de Obras, podrá ordenar la demolición, total o parcial, a costa del propietario, de cualquier obra en los casos que enumera. De entender esta medida como sanción, dicho artículo estaría

²⁰ Incluso de distinta naturaleza, como sanitarias, ambientales, del derecho eléctrico, etc.

²¹ CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, cit. (n.1) p. 454

²² En tal sentido arts. 116 y siguientes de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

presumiendo la culpabilidad del propietario, aunque el no haya ejecutado la obra. Tal conclusión violaría el principio de presunción de inocencia.

Por el contrario, de entenderla como medida de restablecimiento no se presenta este conflicto, y la autoridad se estaría limitando a declarar lo que es legal y ordenar su acatamiento. En este sentido, la demolición pone término a una situación de hecho más favorable, obtenida fuera de la legalidad.

Basta con leer la causal del numeral 1º para apreciar que las situaciones que pueden verse afectadas por esta figura son muchas. No obstante, se dan algunas restricciones, pues es necesario que se haya ejecutado a lo menos una parte de la obra en disconformidad a la normativa urbanística, no bastando únicamente el riesgo de que ello vaya a ocurrir en el futuro, por mucha certeza que exista de que así sucederá.

Tratándose de las obras que se hayan terminado de ejecutar, surge la duda de si es procedente la demolición, pues la disposición en comento emplea la expresión *que se ejecuten*. Se ha entendido que la demolición es plenamente procedente respecto de obras cuya ejecución haya concluido²³.

Por otro lado, se exige que las obras se ejecuten en disconformidad a las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su Ordenanza General o a la Ordenanza Local respectiva.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disconformidad significa "diferencia de unas cosas con otras en cuanto a su esencia, forma o fin". Pensamos que frente a los drásticos efectos de la demolición, esta diferencia debe ser grave y trascendente, pues de lo contrario, bien puede recurrirse a otras medidas como la clausura, o previamente a recurrir a la demolición, ordenar la paralización de las obras y formular todas las observaciones que sean necesarias.

También de una manera amplia está redactado el numeral 3º que se refiere a las obras que no ofrezcan las debidas garantías de salubridad y seguridad, o que amenacen ruina.

En cambio, se recurre a fórmulas más precisas en los numerales 2º y 4º. El primero de los cuales se refiere a las obras que se ejecuten fuera de la línea de cierre o en bienes de uso público, sin la autorización correspondiente. En este caso se trata de impedir la construcción en terrenos ajenos, sólo que aquí, estos terrenos son bienes nacionales de uso público. La autotutela se funda en la atribución del Alcalde de administrar estos bienes, lo que comprende defenderlos de inmisiones no autorizadas.

El numeral 4º, se refiere a obras que se ejecutan de conformidad a las autorizaciones señaladas en los artículos 121, 122 y 123, y que no se hubieren demolido al vencimiento de los plazos estipulados. Esta situación se refiere a las normas relativas a los permisos especiales de edificación. Tratándose de ellos, la ley

²³ En Sentencia Rol n° 149-1996 la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió: "*De este modo, el decreto en cuestión se ha dictado en conformidad a las disposiciones que regulan la materia y en un caso especialmente previsto en la normativa antes señalada, por lo que en su dictación no se ha cometido una arbitrariedad o ilegal que sea menester corregir por esta vía excepcional. No es posible aceptar el argumento de los recurrentes, en cuanto a que la demolición sólo se puede decretar en aquellos casos en que las obras objetadas se encuentren sólo en la etapa de ejecución y no cuando éstas ya se encontraban terminadas, situación esta última en que sólo es procedente regularizar lo construido, ya que esta norma es posible tomarla en consideración en el evento de que las obras ejecutadas no contravengan las normas sobre construcciones, lo que en el presente caso no ocurre*".

faculta a la Dirección de Obras Municipales para otorgar permisos a determinadas obras que no se ajustan a la normativa urbanística, pero a los cuales se les permite excepcionalmente su ejecución a condición de que se les fije un plazo para que se ajusten a ellas, lo que se traduce en la demolición voluntaria de lo construido contra norma, por tanto son esencialmente transitorias. En caso de no cumplirse con la demolición voluntaria, la municipalidad queda facultada para disponerla, esta vez como medida de restauración²⁴ ante el incumplimiento de una carga, y limitándose a hacer uso de la autotutela administrativa. De estimarse esta demolición como sancionatoria el cumplimiento de la carga tendría efecto idéntico al de la sanción, la que no tendría un real contenido aflictivo.

Otra cuestión relativa a la demolición dice relación con la declaración misma.

El art. 148 en su inc. 1º dice que el Alcalde podrá ordenar la demolición total o parcial, a costa del propietario, en los casos ya mencionados. Se ha señalado en repetidas ocasiones por la Contraloría General de la República que la declaración de esta medida es una atribución facultativa del Alcalde.

Esto, sin embargo, no significa que frente a una conducta no ajustada a derecho el Alcalde pueda permitir que se prolongue sin consecuencias en el tiempo, haciendo subsistir la ilegalidad. Pensamos que al interpretar esta atribución del Alcalde hay que tener presente el contexto de las normas sancionatorias y de las medidas de restablecimiento.

En efecto, tratándose de la multa y constatada la infracción, es obligatorio imponerlas, dejándose un margen de decisión que está dado por el monto de la misma (en este punto el art. 20 dice expresamente se rá sancionada). Tratándose de las medidas de restablecimiento, si bien los arts. 146, 148, 157 y 161 utilizan en su redacción la misma fórmula verbal podrá, la amplitud de los casos e hipótesis que contienen, en realidad reflejan que el legislador busca eliminar la posibilidad de conductas ilegales que escapen a las medidas de restauración²⁵.

Por lo demás, tanto la Ley General de Urbanismo y Construcciones como la Ley Orgánica de Municipales le encomiendan a las Municipalidades el resguardo del orden

²⁴ En Sentencia Rol n° 2458-03 de la Corte Suprema se resolvió: *"Que, al contrario de lo sostenido por la recurrente, en el caso de que se trata concurren todos los presupuestos contemplados en la norma legal precitada, por cuanto la recepción de la obra extendida por un plazo de cinco años, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 inciso 2º se encontraba vencida, lo que, en otras palabras, significa que ya no contaba con recepción, sin perjuicio de lo cual, continuaba en funcionamiento; y, por otra parte, según se dejó recién apuntado, la construcción se hallaba emplazada dentro de un terreno en el que la actual normativa urbanística tiene vedado el uso a que está dedicado el inmueble; circunstancia esta que impedía a la autoridad municipal otorgar un nuevo permiso, pues de hacerlo, habría incurrido esta vez sí - en una manifiesta trasgresión de la ley".*

²⁵ En Dictamen n° 34326/2004 de la Contraloría General de la República se sostuvo que: *"Por consiguiente, el municipio debe adoptar, dentro del marco normativo descrito precedentemente, las medidas necesarias para solucionar la situación en estudio porque, aún si en la especie no se trata de una obra en desarrollo respecto de la cual pueda ordenarse su paralización, nada obsta para que se denuncien sus irregularidades al Tribunal correspondiente con el objeto de que se apliquen las sanciones que procedan, incluida la clausura si las construcciones no se regularizaran oportunamente. Además, si el Director de Obras estima que procede la demolición de las instalaciones y la solicita al Alcalde, esta autoridad -en uso de sus atribuciones facultativas al respecto- podrá ordenarla si, ponderando los antecedentes de hecho y de derecho, decide que está ajustada a las circunstancias (Aplica dictámenes 25.345 de 1989 y 45.994 de 2002, entre otros)".*

urbanístico y no es admisible que se sustraiga a este deber²⁶. Así, la autoridad competente podrá recurrir a una medida u otra y siempre podrá sancionarlas en tanto constituyan infracciones²⁷.

Esta atribución que asiste al Alcalde adquiere especial importancia cuando la ejecución de la medida de demolición encierra mayores perjuicios que la permanencia de la obra, caso en el cual puede optarse por otra.

La demolición puede ser total o parcial. Esto significa que, por ejemplo, sólo aquella parte que se ejecute fuera de línea de cierre estará afecta a demolición y no así el resto. En esta materia, se habla en la doctrina española del principio de la *menor demolición* que es "la lógica adaptación de las medidas ejecutivas de una demolición debidamente acordada a lo estrictamente necesario para restablecer la legalidad infringida"²⁸, después de todo, no puede desconocerse que esta medida resulta agresiva al dominio y por lo tanto la autoridad que la decreta debe preocuparse de moderar sus efectos²⁹. Además, si bien esta atribución se entiende discrecional, debe excluirse un ejercicio arbitrario, porque aún la discrecionalidad es dentro de la ley.

Igual atribución se le entrega al Secretario Regional de Vivienda y Urbanismo, pero restringida a las obras que se ejecuten en contravención a los planes reguladores o sin haber obtenido el correspondiente permiso municipal y con el sólo informe del Director de Obras respectivo.

Según Roxin "las infracciones de las reglamentaciones estatales, que no protegen bienes ya existentes, sino que se dictan solamente al servicio de las misiones públicas de orden y bienestar, en cuanto a disobediencias éticamente incoloras, o sea en cuanto a contravenciones, deben castigarse con sanciones no criminales"³⁰, para otro autor "se afirma que la contravención se configura por una situación de hecho en cuyo mérito una persona aparece en contradicción con lo dispuesto en una norma de policía; que consiste en la violación de una disposición que tiene por objeto la

²⁶ Así, "Queda obligada al ejercicio íntegro de la competencia en disciplina urbanística, y no sólo al ejercicio aislado de una u otra potestad", ORTIZ MALLOL, José, *Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran*, en *Reflexiones* 3 (2007) 3, pp. 3-23.

²⁷ En Sentencia Rol n° 2458-03 de la Corte Suprema, pese a no compartir su calificación de la naturaleza jurídica de las medidas, acertadamente resolvió que: "habiendo los precitados artículos 122 inciso 2° y 148 n°4, radicado en la Autoridad Municipal la facultad discrecional de elegir el arbitrio correctivo adecuado para sancionar una contravención normativa como la referida en estos antecedentes, no ha podido dicha autoridad infringir las mencionadas disposiciones legales ni otra norma jurídica cualquiera, al optar por una de las sanciones entre aquellas que el mismo ordenamiento le permitía elegir, en el caso concreto, la clausura del inmueble de propiedad de la recurrente".

²⁸ RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, cit. (n°6) pp. 367-399.

²⁹ En Sentencia Rol n°. 2458-03 de la Corte Suprema se resolvió: "Que, en las condiciones expuestas, no tiene cabida la posibilidad de una demolición parcial de la obra, circunscrita a aquella parte del inmueble que excede de la línea de edificación, como se plantea en el recurso, sino que lo procedente es la demolición de la totalidad de la misma, desde que funciona al margen de la ley, por no contar con la autorización necesaria para ello. Resulta de toda lógica, entonces, que las autoridades municipales hayan declarado la inhabilidad del inmueble en su conjunto y como consecuencia necesaria de ello, su demolición completa".

³⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General* (1ª edición, traducción castellana de D. Luzon Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997) I, p. 53.

protección de la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas; que es una situación que proviene de contravenir una manda de la Ley³¹.

Surge entonces la interrogante de si la expresión "contravención" fue tomada en este sentido, y por tanto, la demolición ordenada por el Secretario Regional de Vivienda y Urbanismo es sancionatoria.

Sobre el particular, somos de la opinión de que el precepto alude a un obrar contra norma, y no a una contravención que amerite la imposición de una sanción, prueba de ello es que los supuestos de acción son en lo fundamental aquellos contenidos en los arts. 146 y 148 que consagran medidas de restablecimiento, no es lógico entregar potestad sancionatoria a un órgano y no a otro ante las mismas conductas. En efecto, esta medida tampoco es constitutiva de una situación jurídica de contenido aflictivo, consecuencia propia de las sanciones, conservando además el procedimiento de reclamación del art. 155, no entregando competencia para conocer de ella al Juez de Policía Local como ocurre con las infracciones según el art. 21.

Otra medida es la clausura. Por medio de ella la autoridad competente, ya sea durante la ejecución de la obra y con carácter preventivo, prohíbe el ingreso y prosecución en la ejecución de la misma o una vez ejecutada impide el ingreso, funcionamiento o explotación de establecimientos o locales comerciales o industriales.

Cuando la clausura opera durante la ejecución de la obra, ella debe haber sido precedida por la orden de paralización y por la fijación de observaciones del Director de Obras Municipales. Si éste no la ordena y no formula observaciones, no procederá, pues es la reacción frente al incumplimiento de lo resuelto por el Director de Obras. Ante esta situación, el Juez de Policía Local, que es la autoridad llamada a declararla, está obligado a fijar un último plazo para regularizar la infracción, vencido el cual se ordena la clausura³².

Esta especie de clausura sólo puede ser alzada para dar cumplimiento a las observaciones y una vez subsanadas se puede continuar con la ejecución de la obra. De tal manera que no tiene una duración definida, sino que estará determinada por el interés del particular en terminar la obra, para lo cual necesariamente deberá subsanar las observaciones. Por consiguiente, mientras no lo haga la clausura continuará. Otro límite está dado por la caducidad del permiso, salvo cuando la causa de la paralización que precedió a la clausura haya sido precisamente la falta del mismo. Y todo esto, claro está, sin perjuicio de la demolición cuando hubiere lugar a ella.

Tratándose de la clausura ordenada por el Alcalde, según el art. 161 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, procederá respecto de establecimientos o locales comerciales o industriales que contravengan las disposiciones de dicha Ley, la Ordenanza General o las Ordenanzas Locales. Cabe hacer presente que el citado artículo reitera en su redacción la expresión "podrá", con lo que hacemos extensiva la

³¹ CORTÁZAR, María Graciela, *Los delitos veniales: estudio sobre derecho contravenional* (1ª edición, Bahía Blanca, Editorial EDIUNS, 2002) p. 53.

³² En tal sentido art. 147 inc.1 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

interpretación que el órgano Contralor hace del art. 148, en orden a que la Ley entrega una atribución facultativa al Alcalde para su declaración³³.

El art. 161 parte del supuesto de que ya ha concluido la ejecución y se ha obtenido la recepción definitiva de las mismas, pues se refiere a establecimientos o locales y no a obras como en el caso del art. 147. Debe además tenerse presente que esta disposición está ubicada en el párrafo titulado "De la seguridad, conservación y reparación de los edificios".

Sin embargo, se ha admitido que se aplique la clausura conjuntamente con la inhabilidad de las obras que es la sanción para el uso de establecimientos sin obtener previamente su recepción definitiva, e incluso antes de la recepción y sin mediar la declaración de inhabilidad. Por tanto, podría entenderse que se refiere a las obras que se exploten o funcionen en las formas a que alude dicha norma, sea antes o después de su recepción definitiva, pero siempre que el avance material de ellas sea suficiente como para considerarlas local³⁴. No es necesario que estén terminadas en sus más mínimos detalles, pues las obras que se reciben son aquellas que han sido terminadas^{35,36}.

La norma no hace alusión ni a plazos ni a oportunidades. Entendemos entonces que en este caso la clausura es permanente, sin perjuicio de que la misma autoridad disponga su alzamiento.

Respecto a la naturaleza jurídica de la clausura podemos encontrar opiniones diversas. Un autor español ha estimado que, "naturalmente, para ordenar el cierre de un establecimiento que funciona sin la correspondiente autorización administrativa, la Administración no necesita echar mano de su potestad sancionadora. Sobre con que simplemente ponga en marcha sus prerrogativas de autotutela ejecutiva y, en su virtud, concrete (actualizando con carácter meramente declarativo) la prohibición normativa del ejercicio de la actividad sin previa autorización administrativa" y se agrega que "como quiera, en efecto, que el local carecía de la preceptiva licencia de apertura es obvio que su propietario no disfrutaba de ninguna situación subjetiva favorable susceptible de ser abatida o reprimida mediante la orden de clausura, que es,

³³ En Dictamen n° 33348/2001 de la Contraloría General de la República se estimó que: "Es conveniente acotar que la expresión 'podrá' que emplea el legislador en el citado artículo tiene por objeto habilitar a la autoridad para disponer la clausura correspondiente si se dan las circunstancias enunciadas en esas normas. Atribuir a la autoridad edilicia la facultad de dejar de aplicar la referida sanción a su discreción, importaría vulnerar el principio de juridicidad (consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política del Estado y en el artículo 2° de la Ley n° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) de conformidad con el cual los órganos de ésta deben someter sus actuaciones a la Constitución y a las leyes, sin que tengan más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico".

³⁴ Según la Ordenanza General, local es un recinto cubierto, total o parcialmente cerrado o establecimiento y en ambos casos destinados al comercio o industria (art. 1.1.2)

³⁵ Salvo, claro está, el caso de la recepción parcial.

³⁶ A modo de ejemplo podemos citar las Sentencias Rol n°. 6190-1999 de la Corte de Apelaciones de Santiago que reconoce aplicación sucesiva, Sentencia Rol n°.15-1993 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que aceptó la aplicación de la clausura por el Alcalde a las oficinas administrativas de un cementerio que no contaba con recepción definitiva, en términos similares voto de minoría de la Sentencia Rol n°. 957-99 de la Corte de Apelaciones de Temuco y Sentencia Rol n°. 1963-00 de la Corte Suprema acogiódolo, así como Sentencia Rol n°. 5.410-2000 de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmada por la Corte Suprema, por otro lado Rol n°. 3841-2001 y 3921-2001 de la Corte Suprema según las cuales la inhabilidad implica una clausura virtual.

por eso mismo, una decisión administrativa huérfana de cualquier contenido aflictivo³⁷.

Otros autores en cambio se inclinan por considerarla una sanción, por ejemplo; Garrido Falla³⁸ y Cassagne³⁹.

Finalmente están los que distinguen porque "si no había licencia, el cierre no es una sanción (pues como vengo diciendo no se trata de castigar sí no de reponer el estado de cosas a la situación que legalmente le corresponde), pero sí existía licencia, entonces en el cierre, por incumplimiento de la misma, prima la componente represiva y sí se trata de una sanción"⁴⁰.

Entre nosotros, se ha aceptado situarla dentro de las medidas de restablecimiento del orden jurídico urbanístico, atribuyéndosele en alguna ocasión una naturaleza cautelar⁴¹. Sin embargo, en otros cuerpos legales expresamente se le atribuye carácter sancionatorio⁴². El art. 161 exige que estos recintos "contravinieren" los aludidos cuerpos normativos, por lo que podría pensarse que es sancionatoria fudado en el concepto de contravención ya tratado.

Creemos que para determinar la naturaleza jurídica de las formas de clausura consagradas en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, hay que hacer algunas precisiones.

Así, tratándose de la medida consagrada en el art. 147, ella indudablemente queda comprendida dentro de la idea de restauración y con un carácter cautelar, de manera muy similar a la paralización de obras a la que está estrechamente vinculada, pues no crea una situación jurídica nueva de contenido aflictivo, sino que se limita a declarar lo que en derecho corresponde y así evitar que la infracción se concrete (sin perjuicio que no subsanar las observaciones se sanciona como infracción) y el infractor obtenga un beneficio indebido.

Tratándose del art. 161 el supuesto es diferente, porque claramente no es cautelar, y además se exige un grado de ejecución de la obra suficiente como para ser considerada local o establecimiento, y no se hace alusión alguna a la posibilidad de formular observaciones o al otorgamiento de plazos para subsanar. ¿Pero basta para atribuirle la naturaleza de sanción? En este punto pensamos que cuando se aplica antes de la recepción definitiva de las obras es una medida restitutoria, y una vez que ella se ha obtenido, como las construcciones, tienen que ser concordantes con la normativa urbanística y su contravención genera ilegalmente una situación más favorable pero que sólo existe de facto, la clausura decretada por el Alcalde sigue teniendo un carácter restitutorio, sin perjuicio de que pueda pensarse en hipótesis en que teóricamente pudiera tener un efecto similar al de las sanciones.

³⁷ CASINO RUBIO, Miguel, cit. (n°5) pp. 569-574.

³⁸ GARRIDO FALLA, Fernando, *Los medios de la policía y la teoría las sanciones administrativas*, en *Revista de Administración Pública* 28 (1959) pp. 11-50.

³⁹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo* (7ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002), II, p. 459.

⁴⁰ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, cit. (n°7) pp. 9-69.

⁴¹ ALCALINO VARGAS, Jorge, *Efectos de las normas de excepción sobre la planificación urbana comunal y sobre los conflictos urbanos* (Tesis de Magister Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, sin editar, 2008) p. 17.

⁴² Ejemplos de aquello son los arts. 25 y 26 de la L. N°18129, arts. 16 y 16 A de la L. N°19613, art. 8 del Decreto 223 de 24 de Marzo de 1955 del Ministerio de Economía, etc.

3. Las normas sobre regularización. Alcance de su carácter de excepciones.

Los preceptos citados anteriormente y las instituciones que consagran, articulan el régimen general dentro del derecho urbanístico chileno, en cuanto a las sanciones y medidas de restablecimiento de la legalidad aplicables a las actuaciones que repercuten en la ejecución de la planificación. Pero como es frecuente dentro del derecho, este régimen general admite excepciones.

La existencia de dichas excepciones se manifiesta en dos aspectos. Por una parte, las normas de que hemos tratado a lo largo de este trabajo se encuentran complementadas por disposiciones contenidas en otros cuerpos normativos, los cuales no necesariamente tienen una vocación regulatoria del uso del suelo. Tal es el caso del Código Sanitario y la Ley General de Servicios Eléctricos, que recogen la institución de la clausura, pero con distinta técnica. Así, en el primero, es la reacción a la no ejecución en la obra de la infraestructura sanitaria exigida, mientras que en el segundo es una de las posibles "sanciones" a infracciones bastante heterogéneas, y que no atentan contra la ejecución del plan, pero que a fin de cuentas repercutirá en ella, por la vía de los efectos inherentes a la clausura. Por su número, su análisis detallado escapa a la brevedad de este trabajo. Sólo diremos que, como lo señala el art. 20, las sanciones contenidas en leyes especiales se aplican con preferencia a la multa. Lo mismo debe entenderse respecto de las medidas de restablecimiento, por aplicación del principio de especialidad⁴³.

Un segundo aspecto, y sobre el cual nos referiremos especialmente, dice relación con las normas de regularización. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, regularizar significa "legalizar, adecuar a derecho una situación de hecho o irregular". Por tanto, en estos casos la excepción se refiere a que habiéndose configurado los supuestos de hecho que desencadenarían la actuación de la administración para sancionar o para ejercer la autotutela, pese a ello, no se aplicarán sanciones ni ordenarán medidas de restablecimiento.

Dentro de lo que genéricamente podemos llamar "normas de regularización", es menester hacer algunas distinciones, pues ellas buscan adecuar a derecho situaciones distintas, produciendo también diversos efectos. Sin embargo, tienen en común que establecen procedimientos que permiten ajustar a derecho determinadas situaciones irregulares, con el propósito de darles certeza y estabilidad.

⁴³ También se han dictado leyes que han eximido de ciertas exigencias urbanísticas a las edificaciones en que se desarrollan actividades productivas. Este es el caso de la L. N°19744 que flexibilizó los congelamientos, permitiendo el aumento de obras en terrenos donde normalmente no se podría aumentar el volumen de construcciones existentes para el respectivo uso del suelo, cuando tenga por objeto mitigar impactos ambientales adversos que provoque su actividad productiva, o mejorar la calidad de la arquitectura, estructuras e instalaciones. Conforme al texto original del art. 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, dichos aumentos infringían los instrumentos de planificación y eran disconformes con el uso del suelo señalado en la Ordenanza Local, por tanto, procedía la aplicación de multas y la demolición. También el Regl. de la L. N°19749 liberó a las microempresas familiares de las limitaciones de zonificación comercial e industrial, así como las autorizaciones sanitarias u otras que contemplan las leyes y que afectan al inmueble. Sin dicho precepto, las consecuencias serían las antes mencionadas.

Un primer grupo está integrado por leyes que establecen procedimientos para regularizar situaciones de tenencia irregular, conduciéndolos en definitiva a la adquisición del dominio⁴⁴. Siendo ésta su finalidad, el acogerse a estos procedimientos y posteriormente adquirir la propiedad no produce ningún efecto respecto de las actuaciones que adolezcan de disconformidad con las normas urbanísticas aplicables. Su efecto regularizador no se extiende, por así decirlo, a dichos actos ilegales y por tanto la autoridad está facultada para aplicar sanciones administrativas contra el que incurrió en la infracción (pues las multas están sujetas al principio de personalidad⁴⁵). Por el contrario, las medidas de restablecimiento alcanzarán al que sea propietario de la obra al tiempo en que se ejecuten estas medidas, aunque él no la haya construido. De estimárseles sanciones, sí el que adquirió el dominio por estos procedimientos de regularización no fue quien infringió la norma, como se dirigen contra el propietario, se estaría sancionando a quién no es culpable. Dicha situación violaría los principios del derecho administrativo sancionador.

En contrapartida, no es obstáculo para acogerse a este beneficio la circunstancia de haber sido sancionado u ordenado la aplicación de medidas restitutorias (ni siquiera en actual tramitación) pues la ley no ha dispuesto en general tal requisito para esta categoría de normas. Por ende estimamos que estas leyes no constituyen reales excepciones al régimen de protección analizado.

Pero sí habrá un efecto indirecto, en la medida de que las que pertenecen al segundo grupo sí exigen la calidad de propietario para acogerse a ellas.

En efecto, este segundo grupo comprende normas que buscan ajustar a derecho obras ejecutadas con o sin permiso y que no cuenten con recepción final. Ellas no constituyen una vía para llegar a la propiedad, pues justamente, la calidad de propietario es un requisito para acceder a estos procedimientos. Es el caso de las llamadas leyes del mono.

Un primer aspecto a destacar en esta categoría dice relación con sus requisitos. La generalidad de estas leyes prescriben como condición para acogerse a los procedimientos que establecen, que no existan reclamaciones pendientes por incumplimiento de normas urbanísticas⁴⁶. Por ende, queda fuera de discusión todo posible efecto de la regularización sobre procedimientos pendientes⁴⁷. Sin embargo, en nada obsta la existencia de sanciones o medidas de restitución previamente decretadas y ejecutadas.

⁴⁴ Pueden citarse, a modo de ejemplo el D.L. N°2695 de 21 de julio de 1979, la L. N°19776 de 21 de diciembre de 2001, la L. N°20062 de 29 de octubre de 2005.

⁴⁵ MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro, *Acercas del principio general de intransmisibilidad de las multas en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas*, ahora, en ACADEMIA DE DERECHO UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS (editor), *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo* (1ª edición, Santiago, 2005), pp. 127-154.

⁴⁶ Así algunas se refieren genéricamente a "reclamaciones" pero al hacer alusión a "edificaciones o ampliaciones" se entienden incluidas desde luego el incumplimiento de normas urbanísticas (art. transitorio L. N°19864, art. 13 L. N°19532), otras son más precisas y hacen referencia expresa a reclamaciones por "incumplimiento de normas urbanísticas (art. 2 transitorio n°2 L. N°20251).

⁴⁷ Excepcionalmente el art. 1 transitorio de la L. N°20251 dispone que *podrán acogerse las construcciones que tengan reclamaciones pendientes y éstas se resuelvan con posterioridad a la publicación de esta ley.*

En el caso de las infracciones o contravenciones cometidas y respecto de las cuales no existen reclamaciones pendientes, es posible apreciar claramente el efecto de la regularización. Tratándose de las infracciones el acto administrativo terminal del procedimiento de regularización (que técnicamente contendrá el permiso de contracción y la recepción definitiva) produce el efecto de purgarlas por lo que ya no podrán perseguirse. Y como con el procedimiento de regularización el titular debe ajustarse sólo a ciertas normas que señala la ley, al acogerse a este especial régimen tampoco procederá el ejercicio de la autotutela restitutoria pues estará cumpliendo con las normas que específicamente le son aplicables.

En este sentido, estimamos que hacen excepción al régimen general en cuanto a la aplicación de sanciones, pero en lo concerniente a la procedencia de las medidas de restablecimiento, se sigue la regla general cuando no se cumplen las normas urbanísticas aplicables según el régimen de regularización. El carácter de excepción se refiere más precisamente al régimen de normas a cumplir para obtener los permisos correspondientes.

La tercera clase comprende normas dirigidas a la regularización de loteos⁴⁸. Estas leyes producen un efecto mixto, pues, por una parte, se busca ajustar a derecho los actos que infringen las normas sobre loteos y urbanización (en general los predios resultantes de una operación de loteo no pueden enajenarse sin que previamente se ejecuten íntegramente las obras de urbanización) normas propiamente urbanísticas, y cuya infracción está sancionada con el delito que tipifica el art. 138 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Pero también conducen a la adquisición del dominio, pues los arts. 136 de la Ley y el art. 3.4.6 de la Ordenanza General, prohíben a los Conservadores de Bienes Raíces inscribir los títulos traslativos del dominio de los lotes sin que se acredite la ejecución de las obras de urbanización correspondientes.

En el caso de la L. N°20234, nuevamente la existencia de reclamaciones pendientes obsta para acogerse a este procedimiento. Tratándose de conductas que pudieran revestir el carácter de infracciones a las normas de loteos y urbanizaciones, por el art. 20 y por aplicación del principio de *non bis in idem*⁴⁹, no son sancionadas con multa sino con el delito del art. 138, por tanto no cabe discutir algún efecto del procedimiento sobre ellas. En lo que respecta a este delito, parece dar a entender esta ley que el cumplimiento de las condiciones exigidas para obtener la recepción definitiva de las obras de urbanización dentro de los plazos que señala, extingue la responsabilidad penal⁵⁰, sin embargo, en la historia fidedigna de la ley se dejó constancia expresa de que la responsabilidad penal de los loteadores sigue sin alteración. Finalmente, ningún efecto produce en este caso la regularización en las

⁴⁸ En ella podemos agrupar normas como la L. N°16741 de 8 de abril de 1968 y L. N°20234 de 5 de enero de 2008.

⁴⁹ Véase; CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*, en *Revista de administración pública* 156 (2001), pp. 191-250.

⁵⁰ El art. 4 prescribe que vencido el plazo de cinco años a que se refiere este artículo o su prórroga, sin que se hubiere dado cumplimiento a las condiciones exigidas para obtener la recepción definitiva, caducará automáticamente la recepción provisoria y se procederá a hacer efectiva la responsabilidad de conformidad al artículo 138.

circunstancias que hacen procedente el ejercicio de la autotutela restitutoria como lo deja claro el inc. 7 del art. 4.

III. Conclusión.

Tanto en la elaboración de las normas urbanísticas, como en su aplicación se debe tener presente el cumplimiento de tres objetivos fundamentales; satisfacer el bien común, el interés particular y la función social de la propiedad.

Para posibilitar la concreción de estos fines es importante que se establezca un sistema de control previo a la actuación. En efecto, tal ha sido la primera opción tomada por nuestro legislador.

Un eficaz sistema de control y fiscalización previo, que verifique la sujeción de los actos a la legalidad, posibilita que ellos sean realmente la ejecución del plan y evita los problemas de una reparación posterior a los cuales hemos hecho referencia.

Pero, para el evento de que esas normas fracasen, o para desincentivar su trasgresión, debe establecerse un régimen normativo que se traduzca en sanciones, pero también permita reestablecer la legalidad.

Ello reconoce no sólo la necesidad del ejercicio de la potestad sancionatoria, el cual siempre deberá existir, sino que además demuestra lo indispensable de restaurar el Orden Jurídico, lo que en materia urbanística involucra no sólo el Derecho, sino también la realidad y las expectativas de desarrollo económico y social de una comunidad.

De ahí que las medidas de Restablecimiento sean tan intensas y múltiples. Pero, por otro lado llama la atención el descuido que se ha tenido en la elaboración de algunas de ellas, dejando por ejemplo la demolición como una facultad amplia.

La mayoría de las veces el correcto ejercicio de ellas puede redundar en mayores beneficios que una medida sancionatoria, lo que impone al legislador la tarea de producir normas más precisas y con un campo de acción bien delimitado, evitando los conflictos de competencia a la hora de actuar. Incluso, la amenaza de las medidas de restablecimiento puede ser más disuasiva en la práctica que la misma sanción.

En esta misma línea, para que el Derecho Urbanístico cumpla sus fines, es indispensable que operen eficientemente tanto las sanciones como las medidas de restablecimiento, porque en tanto unas y otras sean coherentes con la lesión al Orden Jurídico, no sólo se fortalecerá el respeto al mismo, sino que además se conseguirá la progresiva ejecución del plan, esta vez conforme a derecho.

Es esencial, por tanto, que la autoridad llamada a determinar la aplicación de éstas aprecie cuidadosamente la realidad al optar, pues un error al decretar las medidas aplicables muy posiblemente tendrá como consecuencia la perpetuación de la ilegalidad y de la alteración física, o en el peor de los casos, un perjuicio mayor al acto ejecutado irregularmente, por tanto, el control de la discrecionalidad y normas claras se hace indispensables. La proliferación de normas de regularización es una prueba de las debilidades del sistema chileno.

Estimamos por lo demás que la suma de las dificultades anotadas a lo largo de este trabajo, no constituyen en ningún caso una excusa para la autoridad al momento

de actuar en el ámbito de las competencias definidas por el legislador, ni siquiera por los términos facultativos en que se han redactado las disposiciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones que autorizan a disponer tales o cuales medidas. Constatada la disconformidad o contravención, deberá ésta apreciar las circunstancias que la constituyen y decretar aquella que sea más conveniente de entre las consagradas en la Ley, pudiendo recurrir incluso a varias de ellas sucesivamente, o imponer conjuntamente sanciones y medidas de restablecimiento, pero jamás tolerar actos ajenos a la legalidad, que sólo propician el crecimiento desorganizado de las urbes.

En tal sentido, el fin de estas atribuciones facultativas no es otro que entregar a la administración la flexibilidad suficiente (siempre dentro de la legalidad) para determinar y aplicar en forma armónica las instituciones protectoras de la legalidad urbanística de manera de alcanzar la reparación más integral posible del Orden Jurídico infringido.

Es por consideraciones como las anteriores, que el derecho urbanístico y sus instituciones deben ser analizados conforme a la teoría del derecho administrativo. Tal interpretación no pugna con el fin y la naturaleza de esta disciplina, muy por el contrario, contribuye a esclarecerla, a modo de ganar en legalidad, control y seguridad jurídica.

Una de las consecuencias de esta interpretación, y que ya había sido advertida por la doctrina española, es la distinción entre sanciones y medidas de restablecimiento que es aplicable a la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Dichas sanciones quedan regidas, siguiendo esta interpretación, por los principios del derecho administrativo sancionador, que como reiteradamente lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional, son fundamentalmente los propios del Derecho Penal y que emanan del art. 19 n.3 de la Constitución. Ellos constituyen una garantía para los administrados a la vez que un límite para la administración y su potestad sancionatoria, la cual no ha estado exenta de la crítica de la doctrina⁵¹.

Como hemos expuesto en este trabajo, muchos de estos principios pugnan con ciertas instituciones de la Ley General de Urbanismo y Construcciones en caso de entenderlas como sanciones, situación que reafirma nuestra posición de considerarlas de una naturaleza diferente, como manifestaciones de autotutela.

No debe olvidarse además que las sanciones administrativas son justamente eso, sanciones. Por tanto de derecho estricto y de interpretación restrictiva, no admitiéndose en ellas interpretaciones extensivas, ni analogías. Lo anterior no se aviene a los términos amplios y facultativos de muchas instituciones que suelen calificarse como sanciones, lo que justifica el no seguir esa opción. Por otro lado, y como lo señala Nieto, dentro de las medidas no penales, hay que dejar las sanciones administrativas para el último lugar⁵², no parece haber sido éste el razonamiento de nuestro legislador para quién el margen de actos afectos a multa es amplísimo.

⁵¹ SOTO KLOSS, Eduardo, *Sanciones administrativas ¿Camino de servidumbre?*, en *Gaceta Jurídica*, 296 (2005), pp. 76-88.

⁵² NIETO GARCÍA, Alejandro, cit. (nº9) p.32

En cambio, estos principios no alcanzarían a las instituciones Restitutorias, pues no son sanciones. Pero al constituir manifestaciones de autotutela administrativa, sus límites están también informados por principios y para precisarlos es necesario tener presente algunos puntos.

En primer lugar, las aludidas medidas han llegado a desarrollar con el correr del tiempo algunos principios propios como el de la menor demolición. Sin negar su utilidad, su aplicación en Chile parece lejana. Pero también se encuentra la posibilidad de elaborar principios propios del derecho urbanístico chileno, alternativa que no descartamos y que forma parte del desarrollo natural de la disciplina.

En segundo, y que nos parece más cercano a nuestra tradición jurídica, estas normas se encuentran informadas por los principios del derecho administrativo general, especialmente los de legalidad, control, responsabilidad y de impugnación, que servirán para controlar la actuación de la administración, y el ejercicio de estas atribuciones que el legislador ha entregado a los servicios públicos, evitando arbitrariedades amparadas en normas vagas o amplias. Nuevamente, esto demuestra la utilidad de una interpretación desde el derecho administrativo.

Bibliografía.

ALCAÍNO VARGAS, Jorge, *Efectos de las normas de excepción sobre la planificación urbana comunal y sobre los conflictos urbanos* (Tesis de Magister Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, sin editar, 2008).

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Realidad y constitucionalidad en el derecho administrativo sancionador (segunda parte)*, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 40 (2006), pp. 9-69.

CANO CAMPOS, Tomás, *Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador*, en *Revista de administración pública* 156 (2001), pp. 191-250.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *Instituciones de Derecho Urbanístico* (4ª edición, Madrid, Editorial Montecorvo, 1989).

CASINO RUBIO, Miguel, *La indebida confusión entre sanciones y otras medidas administrativas de policía*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* 283 (2000), pp. 569-574.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo* (7ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002).

CORELLA MONEDERO, José Mario, *Protección de la legalidad urbanística, ahora*, en INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (editor), *Manual de Urbanismo* (1ª edición, Madrid, 2001).

CORTÁZAR, María Graciela, *Los delitos veniales: estudio sobre derecho contravencional* (1ª edición, Bahía Blanca, Editorial EDIUNS, 2002).

FIGUEROA VELASCO, Patricio y FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, *Urbanismo y Construcción* (1ª edición, Santiago, LexisNexis, 2006).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, (9ª edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2002), I.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Los medios de la policía y la teoría las sanciones administrativa*, en *Revista de Administración Pública* 28 (1959), pp. 11-50.

LETÉLIER WARTENBERG, Raúl, *Propiedad y potestades urbanísticas* en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 4 (2001) 1, pp. 79-91.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Multas Administrativas*, en *Revista de Administración Pública* 79 (1976), pp. 9-65.

MENDOZA ZÚÑIGA, Ramiro, *Acerca del principio general de intransmisibilidad de las multas en particular cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas*, ahora, en ACADEMIA DE DERECHO UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS (editor), *Sanciones Administrativas y Derechos Fundamentales, Regulación y Nuevo intervencionismo* (1ª edición, Santiago, 2005), pp. 127-154.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador* (2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1994).

ORTIZ MALLOL, José, *Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran*, en *Reflexiones* 3 (2007) 3, pp. 3-23.

REBOLLO PUG, Manuel, *El contenido de las sanciones*, en *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo* 18 (2001), pp. 151-206.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, *El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 2055 (2008) 62, pp. 367-399.

ROSALES QUINTANA, Pedro, *El derecho penal y la vivienda y, en especial, el delito de "loteo irregular"* (Memoria de Prueba Universidad de Concepción, Concepción, sin editar, 1975).

ROXIN, Claus, *Derecho Penal: Parte General* (1ª edición, traducción castellana de D. Luzon Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997).

SOTO KLOSS, Eduardo, *Sanciones administrativas ¿Camino de servidumbre?*, en *Gaceta Jurídica*, 296 (2005), pp. 76-88.

VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).