



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- Solicitado por el requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los autos Rol N° 2684-2.014, presentado ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, en fecha 24 de Octubre de 2.014, y publicado en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/informes-de-derecho>

INFORME EN DERECHO

SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD EN CONCRETO DEL ARTÍCULO 62 INCISO SEGUNDO DE LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES –CONTENIDA EN EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 458 DEL MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, DE FECHA 13 DE ABRIL DE 1.976-, REQUERIDO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS AUTOS ROL N° 2.684-2.014-INA, ACTUALMENTE SOMETIDO A CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DEL EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

SUMARIO

1.- Consulta jurídica planteada. **2.-** Hechos. **3.-** Consideraciones generales previas sobre la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República). **4.-** Punto único de derecho objeto de análisis. **4.1.-** Examen de constitucionalidad en concreto del precepto legal requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **4.1.1.-** Contenido normativo del precepto legal impugnado. **4.1.2.-** Normas constitucionales que se estiman infringidas por el requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. **4.1.3.-** Análisis de la aplicación de la norma legal impugnada en



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

el caso concreto y sus efectos en relación al contenido de la Constitución Política de la República. **5.-** Conclusión.

1.- Consulta legal planteada.

Se nos ha consultado y solicitado informar en derecho acerca de la constitucionalidad en concreto del artículo 62 inciso segundo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, de fecha 13 de Abril de 1.976 –en adelante LGUC-, disposición legal requerida de inaplicabilidad por inconstitucionalidad **en los autos Rol N° 2.684-2.014-INA**, actualmente sometido a conocimiento y decisión del Excelentísimo Tribunal Constitucional.

De este modo, el estudio encomendado se abordará en un punto único de derecho objeto de análisis, el cual consiste en:

- Examen de constitucionalidad en concreto del precepto legal requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.



2.- Hechos.

Los hechos sometidos a nuestra consideración -que, dicho sea de paso, están estrechamente ligados al punto único de derecho que será objeto de este informe- son los que a continuación se señalarán, dejando desde ya constancia que respecto de éstos nos remitimos a los antecedentes recibidos para la elaboración del presente estudio, sin que haya existido verificación independiente de los mismos:

1º) La requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Curtidos Bas S.A., Rol Único Tributario N° 93.000.111-4, desarrollaría desde el año 1.952 a la fecha actividades de curtiduría en las mismas instalaciones industriales, ubicadas en Avenida Carlos Valdovinos N° 129, comuna de San Joaquín, Región Metropolitana.

2º) Que en sus más de 60 años de actividad industrial, Curtidos Bas S.A. habría desarrollado su actividad empresarial -constitucionalmente resguardada por la Carta Fundamental- con estricto apego a la normativa legal y reglamentaria vigente.

3º) Que al momento de comenzar a desarrollar sus actividades empresariales, a inicios de la década de 1.950, las dependencias e instalaciones de Curtidos Bas S.A. se ubicaban en un lugar prácticamente despoblado y cuyo suelo tenía una destinación industrial. Sin embargo, en la actualidad, sería un lugar eminentemente residencial tras la modificación del Plan Regulador Comunal de San Joaquín.

4º) En efecto, tras la modificación antedicha, generada por el Decreto Alcaldicio N° 1.392, de fecha 18 de Octubre de 2.005, publicado en el Diario Oficial el día 29 de Octubre del año antes señalado, las instalaciones industriales de Curtidos Bas S.A. habrían quedado situadas en un terreno congelado en los términos del inciso primero del artículo 62 de la LGUC, ya que su uso no se conformaría, actualmente, con los instrumentos de planificación territorial correspondientes.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

5°) De este modo, habiendo cumplido la requirente lo dispuesto por el inciso primero del artículo 62 de la LGUC, se le ha permitido mantenerse ubicada en su lugar de origen, no obstante el congelamiento del terreno. Así, sus instalaciones industriales se ubicarían, de conformidad con lo dispuesto en el actual Plan Regulador Comunal, en la Zona Z-14B, de carácter residencial mixta, con densificación y equipamiento deportivo, de esparcimiento y cultural; y, también, en la Zona Z-10, de carácter área verde y recurrentemente inundable.

6°) Que en fecha 18 de Julio de 2.013, Curtidos Bas S.A. habría sido notificada del Decreto Alcaldicio N° 1.263, fechado 11 de Julio de 2.013, en virtud del cual se dispone trasladar las instalaciones de la misma fuera de los límites territoriales de la comuna de San Joaquín, acción que debía ser realizada dentro del plazo de un año, a contar de la notificación del acto administrativo municipal referido. Todo lo anterior, fue ordenado de conformidad con lo prescrito en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, norma legal que confiere como atribución a toda Municipalidad la potestad administrativa para disponer el traslado de los establecimientos industriales mal emplazados o congelados, en caso de encontrarse amparado por lo dispuesto en el inciso primero de la norma citada, siempre que, adicionalmente, causen daños o molestias al vecindario y se cumpla, como actos previos y fundantes del ejercicio de la potestad, el haberse evacuado un informe de las Secretarías Regionales de los Ministerios de la Vivienda y Urbanismo y de Salud.

7°) Los informes exigidos por la norma legal en comento, que declararían el carácter molesto de la actividad industrial habrían sido evacuados, a juicio de la Municipalidad de San Joaquín, con fecha 30 de Junio de 2.012 –respecto de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo (mediante Oficio Ord. N° 3.171)- y con fecha 24 de Mayo de 2.013 -respecto de la Secretaría Regional Ministerial de Salud (mediante Oficio Ord. N° 4.360, rectificado mediante el Oficio Ord. N° 4.419, de fecha 28 de Mayo de 2.013)-. Por su parte, Curtidos Bas S.A. controvierte el real sentido y alcance de los mencionados informes al tenor de lo exigido en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

8º) La Municipalidad justificaría su proceder afirmando que, con la actividad industrial de Curtidos Bas S.A., se ocasionarían molestias y daños al vecindario – según se desprende del considerando cuarto del Decreto Alcaldicio N° 1.263-, concluyendo que *“...esta autoridad municipal tiene la obligación de arbitrar las medidas para dar cabal protección al derecho de sus vecinos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, consagrado en el artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República, lo que sólo puede lograrse en este caso, con el traslado de las instalaciones de la empresa Curtidos Bas S.A. de su actual emplazamiento, para lo cual corresponde determinar un plazo no inferior a un año de acuerdo a la ley”* –considerando décimo noveno del acto administrativo referido-.

9º) Atendido lo reseñado precedentemente, Curtidos Bas S.A., con fecha 21 de Agosto de 2.013, habría interpuesto en la Oficina de Partes de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, un reclamo de ilegalidad en conformidad a lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, alegando una supuesta infracción de garantías constitucionales, de preceptos legales y denunciando la desproporcionalidad, ilegalidad y arbitrariedad de la medida adoptada.

10º) El señalado reclamo de ilegalidad, fue rechazado por el Alcalde de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, mediante el Oficio Ord. N° 1300/65, de fecha 10 de Septiembre de 2.013, descartando las infracciones y vicios invocados por la reclamante.

11º) Frente a lo anterior, se habría deducido idéntico reclamo de ilegalidad ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha 1º de Octubre de 2.013, al que le fue asignado el Rol N° 88-2.013-Ileg, autos caratulados *“Curtidos Bas S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín”*. Dicha acción contenciosa administrativa, en fecha 12 de Mayo de 2.014, fue rechazada, ya que se consideró por el órgano jurisdiccional que no existiría ilegalidad o arbitrariedad en el proceder de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, específicamente de su Alcalde, en lo que respecta a la dictación del Decreto Alcaldicio N° 1.263, desestimando la argumentación del reclamante.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

12°) Luego, ante la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, con fecha 30 de Mayo de 2.014, se habría interpuesto para ante la Excelentísima Corte Suprema, un recurso de casación en el fondo, de conformidad a lo preceptuado en los artículos 764, 767, 770 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el cual ingresó al mencionado tribunal superior de justicia en fecha 25 de Junio de 2.014, bajo el Rol N° 16.593-2.014, el cual se encuentra en trámite ante dicha judicatura, constituyendo la gestión pendiente que sirve de presupuesto de procesabilidad al requerimiento de inaplicabilidad deducido ante la Justicia Constitucional.

13°) Así, es que en fecha 09 de Julio de 2.014, se interpone requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por parte de Curtidos Bas S.A., respecto del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, por resultar la aplicación del mencionado precepto legal en el caso concreto, en opinión del requirente, contrario a los numerales 2, 20, 21, 22, 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al cual le fue asignado como número de ingreso el Rol N° 2.684-14-INA, el cual fue declarado admisible y acogido a tramitación por el Excelentísimo Tribunal Constitucional – en fecha 08 de Agosto de 2.014-, encontrándose pendiente de conocimiento y decisión ante dicha Alta Magistratura.

14°) En fecha 31 de Julio de 2.014, la Ilustre Municipalidad de San Joaquín, evacúa el traslado conferido como parte requerida en el proceso constitucional, solicitando se declare la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad aludido, en virtud de los fundamentos que expone en su presentación.

15°) Finalmente, en fecha 01 de Septiembre de 2.014, Su Excelencia, la Presidenta de la República, doña Michelle Bachelet Jeria, formula observaciones al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido, solicitando el total rechazo del mismo, con expresa condena en costas.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

3.- Consideraciones generales previas sobre la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República).

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, regulada en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República –dentro de la órbita de atribuciones del Tribunal Constitucional-, es definida por el Ex Ministro del Excelentísimo Tribunal Constitucional, don Juan Colombo Campbell, señalando que “...***es la facultad que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional para declarar que un precepto legal en un caso concreto en litis es***



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto¹ (el destacado es nuestro).

El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es un mecanismo de control represivo y concreto de constitucionalidad de los preceptos legales que permite al Órgano Jurisdiccional –en Chile, al Excelentísimo Tribunal Constitucional a partir de la Reforma de la Carta Fundamental del año 2.005²–, enjuiciar si la aplicación de una determinada norma legal, a un caso específico, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República y, en ese caso, declarar entonces la inaplicabilidad de la ley inconstitucional en la gestión pendiente, **lo que permite asegurar la prevalencia de los valores, principios y derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, así como la efectiva vigencia de la Supremacía Constitucional³ y del Estado Democrático de Derecho⁴.**

En el análisis de esta herramienta de control de constitucionalidad, no es posible olvidar que el rol encomendado por el Constituyente al Tribunal Constitucional, se cumple, legitima y revalida, sólo en la medida de que su actividad se oriente efectivamente a controlar el ejercicio de las funciones públicas por parte de los Órganos del Estado y a proteger los derechos constitucionales y garantías individuales⁵.

¹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. “*El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República*”. En Temas Actuales de Derecho Constitucional, Libro Homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic. Editorial Jurídica de Chile. 2.009. Santiago. Pág. 65.

² PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Reformas Constitucionales 2.005. Antecedentes – Debates – Informes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2.005. Págs. 365-410.

³ Véase en sentido similar. SAENGER, Fernando. “*Reformas Constitucionales propuestas para el Tribunal Constitucional*” En Ius Et Praxis. Volumen 8, N° 1. Talca. 2.002. Pág. 371.

⁴ Sin perjuicio de las críticas de que ha sido objeto cuestionando su calidad de supremo intérprete de la Constitución. Véase. SILVA IRARRÁZABAL, Luis Alejandro. “*¿Es el Tribunal Constitucional el Supremo Intérprete de la Constitución?*” En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVIII. Primer Semestre. Valparaíso. 2.012. Págs. 573-616. Asimismo véase. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 2.008. Santiago. Págs. 16-134.

⁵ Véase en sentido similar. COLOMBO CAMPBELL, Juan. “*El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República*”. Op. Cit. Págs. 53 – 58.



De conformidad con el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, es atribución del Tribunal Constitucional, “...Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;...”. En este caso, la cuestión de constitucionalidad podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto, correspondiendo a cualquiera de las salas del Tribunal Constitucional declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad del requerimiento siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y que se cumplen los demás requisitos que establezca la ley.

A esa misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

La regulación dada por la Constitución Política de la República, a partir del año 2.005, al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, es complementada por la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contenida en el D.F.L. N° 5 de fecha 01 de Junio de 2.010 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional –en adelante, LOCTC-, especialmente, por lo prescrito en el Párrafo 6 del Título II del Capítulo II de la misma.

De este modo, los requisitos de admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad aparecen determinados por la propia Carta Fundamental, complementado por lo dispuesto en la LOCTC, la jurisprudencia constitucional y la doctrina nacional, siendo posible entonces de resumirlos en los siguientes⁶:

- a) **Legitimación activa del requirente de inaplicabilidad, es decir, la acción debe ser ejercida por el juez que conoce del asunto o por**

⁶ Véase. ZUÑIGA URBINA, Francisco. Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales. Abeledo Perrot. Legal Publishing. 2.010. Santiago. Págs. 104-141.



- alguna de las partes del juicio** (Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 79 y 84 N° 1 de la LOCTC).
- b) **Que el requerimiento impugne la constitucionalidad de un precepto legal** (Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 81 y 84 N° 4 de la LOCTC).
- c) **Que el precepto legal impugnado no hubiere sido declarado conforme a la Constitución por el Excelentísimo Tribunal Constitucional** (Artículo 84 N° 2 de la LOCTC).
- d) **Que nos encontremos frente a la existencia de una gestión judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial** (Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 81 y 84 N° 3 de la LOCTC).
- e) **Que la aplicación del precepto legal impugnado pueda tener una aplicación decisiva en la resolución de la gestión pendiente** (Artículo 93 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 81 y 84 N° 5 de la LOCTC).
- f) **Que la impugnación del precepto legal esté fundada razonablemente** (Artículo 80 y 84 N° 6 de la LOCTC).

Ahora bien, finalmente, en lo que interesa para los efectos del desarrollo de este informe, cabe destacar que el control de constitucionalidad que al Excelentísimo Tribunal Constitucional corresponde en conocimiento de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, **es jurisdiccional, es concreto, es represivo y es facultativo**, según lo caracteriza el profesor Francisco Zúñiga Urbina.

Dicho autor explica que “...**es un control concreto por estar ligado a los extremos fácticos del caso** en que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución...”⁷ (el destacado es nuestro), cuestión fundamental en el análisis que realizaremos en el acápite siguiente de este estudio.

Es precisamente por lo consignado anteriormente, que nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional ha sentenciado que “...*No debe olvidarse el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, de suerte tal que, **para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad** y, por otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad. Lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al mismo*”⁸ (el destacado es nuestro).

⁷ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales. Op. Cit. Pág. 16.

⁸ Considerando 6°, STC Rol N° 664, citada en, CEA EGAÑA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Tomo III. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 2.013. Pág. 519.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

La finalidad de la acción procesal constitucional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recogida en el artículo 93 N° 6 del Código Político, es obtener, como fue señalado anteriormente, una declaración de inaplicabilidad de una norma legal por parte del Órgano de Jurisdicción Constitucional, cuando la misma, **atendidas las circunstancias fácticas particulares del caso en que debe ser aplicada**, produce efectos contrarios a la Carta Fundamental. Con ello se evita la aplicación del precepto legal en la gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial y la consiguiente violación de la Constitución Política de la República.

El Excelentísimo Tribunal Constitucional, en el respectivo examen de constitucionalidad, no puede olvidar **la especial atención que debe prestar al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal impugnada podría ser eventualmente aplicada**. En efecto, los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide el control concreto de constitucionalidad, como lo manifiesta Zúñiga Urbina, resulta clave para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada, lo que somete al proceso de constitucionalidad a una inevitable casuística. Ello diferencia este control concreto de constitucionalidad de uno abstracto⁹.

Lo anterior, ha sido ratificado por la jurisprudencia de nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional, al sentenciar que en el control concreto de constitucionalidad, se requiere de *“...un adecuado conocimiento de los antecedentes fácticos, de manera de permitir concluir si la aplicación del precepto legal en cuestión produce o no efectos contrarios a la Constitución Política, todo lo cual da cuenta de la importancia de los hechos en este proceso jurisdiccional, ... lo cual configura las circunstancias fácticas del caso concreto”*¹⁰.

4.- Punto único de derecho objeto de análisis.

El precepto legal requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por Curtidos Bas S.A., ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, como fue señalado precedentemente en este estudio, es el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, norma que prescribe:

Artículo 62.- Los terrenos cuyo uso no se conformare con los instrumentos de planificación territorial correspondientes, se entenderán congelados. En

⁹ ZUÑIGA URBINA, Francisco. Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales. Op. Cit. Pág. 19.

¹⁰ Considerando 11°, 15° y 21°, STC Rol N° 1.295-2.008, de fecha 06 de Octubre de 2.009.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

consecuencia, no podrá aumentarse en ellos el volumen de construcción existente para dicho uso de suelo. Sin embargo, los aumentos que tengan por objeto preciso mitigar los impactos ambientales adversos que provocare su actividad productiva no estarán afectos a dicho congelamiento, como, asimismo, las obras destinadas a mejorar la calidad de su arquitectura, de sus estructuras y de sus instalaciones, incluidas aquéllas que tengan un sentido estético que contribuya a mejorar su aspecto.

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

4.1.- Examen de constitucionalidad en concreto del precepto legal requerido de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

4.1.1. Contenido normativo del precepto legal impugnado¹¹.

El inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, constituye una norma de atribución competencial, en cuanto otorga a las Municipalidades, la potestad administrativa¹² que les permite disponer u ordenar el traslado o reubicación de

¹¹ Véase. FIGUEROA VELASCO, Patricio; FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. Urbanismo y Construcción. Legal Publishing. Segunda Edición. 2.006. Págs. 77- 126.

¹² Entendiendo por tal -como clásicamente han sido definidas las potestades administrativas en el derecho administrativo-, poderes jurídicos de acción con que el



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario, previo informe del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud y de la Secretaría Regional correspondiente del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, debiendo fijarles un plazo al efecto, el que no puede, en caso alguno, ser inferior a un año.

En un primer acercamiento interpretativo al tenor literal de la norma, podría sustentarse que nos encontramos frente a una potestad administrativa que participa como tal, de la categoría de las potestades regladas, toda vez que el legislador, predeterminaría en la norma en análisis las condiciones mínimas de ejercicio de la misma, como lo son:

- a) **La existencia de un establecimiento industrial mal ubicado** –debiendo entenderse por tal a nuestro juicio, de conformidad al inciso primero del artículo 62 de la LGUC, aquél ubicado en un terreno o lugar que se encuentre congelado por una sobreviniente modificación a la normativa de planificación territorial-;
- b) **Que con su actividad se causen molestias o daños al vecindario;**
- c) **Que exista previo informe de la Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y del Departamento de Higiene Ambiental del Servicio Nacional de Salud;**
- d) **Que se otorgue un plazo, no inferior a un año, para materializar el traslado.**

No obstante la apreciación inicial anteriormente esbozada, lo cierto es que en la norma legal en examen existen importantes condiciones de ejercicio de la potestad que se encuentran entregadas a la mera discrecionalidad del órgano administrativo, por lo que, en definitiva, nos parece correcto sustentar que **nos encontramos frente a una potestad administrativa de carácter discrecional o no reglada**, ya que prevalecen en el precepto los elementos discrecionales por sobre los reglados.

En efecto, son aspectos entregados a la absoluta discrecionalidad de los órganos administrativos por la disposición legal en comento, los siguientes:

ordenamiento jurídico dota a los órganos de la Administración del Estado, para el cumplimiento de sus fines específicos, mediante la dictación de actos administrativos y/o la celebración de contratos administrativos.



- a) **La apreciación, calificación y determinación de las condiciones que una actividad industrial debe reunir, para quedar incluida dentro de aquellas que causan molestias o daños al vecindario;**
- b) **El procedimiento administrativo y los parámetros técnicos mínimos que deben utilizar los órganos competentes para emitir el informe a que alude el precepto;**
- c) **El contenido de los informes previos que se exigen por el legislador para el ejercicio de la potestad administrativa otorgada a la Municipalidad** –los que debemos entender como no vinculantes para el Municipio, ya que la norma no les reconoce dicho efecto, siendo aplicable entonces lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado-;
- d) Finalmente, **el plazo en que puede disponerse el traslado de la industria respectiva**¹³, toda vez que el legislador sólo contempla como límite, el que éste no puede ordenarse antes de que transcurra un plazo mínimo de un año contado desde la notificación del acto administrativo que impone dicha obligación, sin fijar pautas, criterios o parámetros objetivos que permitan graduar el otorgamiento de un plazo mayor.

De este modo, atendidos los numerosos aspectos relativos al ejercicio de la potestad que quedan entregado a la libre determinación de los órganos administrativos competentes, **resulta tremendamente dificultoso, sino imposible, pretender controlar la legalidad del ejercicio de la atribución y la consiguiente decisión administrativa**, lo anterior, ya sea en cuanto a la calificación de la actividad industrial como dañina o molesta; en cuanto al procedimiento empleado al emitir los informes, a los parámetros utilizados en ellos y al contenido de los mismos; así como en cuanto al plazo definitivamente otorgado por la Municipalidad, que en el caso concreto en análisis, fue el mínimo previsto en la norma legal, es decir, un año.

¹³ FERNANDEZ RICHARD, José; HOLMES SALVO, Felipe. Derecho Urbanístico Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición Actualizada. Santiago. 2.009. Pág. 270.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Es en dicha dimensión donde debe situarse precisamente el examen o juicio de constitucionalidad en concreto de la norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, para determinar la existencia de un eventual exceso regulatorio discrecional del legislador, sin justificación suficiente, el cual podría traducirse con su aplicación, en una vulneración o afectación de los derechos fundamentales y garantías aseguradas por la Carta Fundamental a Curtidos Bas S.A., más allá de los límites en que la misma Constitución Política de la República lo permite.

De este modo, en el caso en análisis, dicho precepto legal sirve de fundamento normativo a la Municipalidad para la dictación del Decreto Alcaldicio N° 1.263 ya antes referido, que ordena el traslado de las instalaciones industriales de la requirente, **transformándose en el motivo de derecho que funda el ejercicio de la potestad administrativa referida** –inciso segundo del artículo 11 e inciso cuarto del artículo 41, ambos de la Ley N° 19.880 Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado-.

Dicho lo anterior, corresponde determinar –existiendo la posibilidad cierta de que la Excelentísima Corte Suprema resuelva el recurso de casación en el fondo deducido por Curtidos Bas S.A. haciendo aplicación de la norma legal requerida de inaplicabilidad-, si ésta puede en su aplicación concreta resultar contraria a la Constitución Política de la República, a sus valores, principios, normas o derechos individuales.

Parece razonable entender que la norma impugnada puede –potencialmente- determinar la forma como se resolverá la gestión judicial pendiente, siendo por ello decisivo el precepto legal requerido de inaplicabilidad.

Como lo ha determinado la Justicia Constitucional, “...para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución...”¹⁴.

¹⁴ Considerando octavo, STC Rol N° 634, de fecha 09 de Agosto de 2.007. En el mismo sentido, Considerando cuarto, STC Rol N° 1.312, de fecha 28 de Enero de 2.010.



4.1.2. Normas constitucionales que se estiman infringidas por el requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Los preceptos constitucionales que se estiman por la requirente, resultarían afectados por la aplicación de la norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC en la gestión judicial pendiente, son las garantías constitucionales de los numerales 2 **-igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria-**; 20 **-igual repartición de las cargas públicas-**; 21 **-libre ejercicio de actividad económica-**; 22 **-no discriminación arbitraria en el trato que el Estado debe dar a los particulares en materia económica-**; 24 **-derecho de propiedad-**; y, 26 **-contenido esencial de los derechos-**, todos reconocidos en el artículo 19 de la Carta Fundamental, formando gran parte de ellos, normas estructurales del orden público económico constitucional¹⁵.

El Texto Constitucional, en las partes referidas, reza:

*“Artículo 19.- La Constitución **asegura** a todas las personas:...*

*2º.- **La igualdad ante la ley.** En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;...

*20º.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, **y la igual repartición de las demás cargas públicas.***

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

*21º.- **El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen...***

*22º.- **La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica...***

¹⁵ Véase. FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. Derecho Constitucional Económico, Garantías Económicas, Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Pontificia Universidad Católica de Chile, Segunda Edición. 2.006. Santiago.



24°.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.

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

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio...” (el destacado es nuestro).

4.1.3. Análisis de la aplicación de la norma legal impugnada en el caso concreto y sus efectos en relación al contenido de la Constitución Política de la República.

Para dilucidar si la norma legal impugnada ante el Excelentísimo Tribunal Constitucional, aplicada al caso concreto, ventilado actualmente en recurso de casación en el fondo deducido ante la Excelentísima Corte Suprema individualizado con anterioridad en este estudio, produce efectos contrarios a la Constitución Política, se hace necesario recurrir a los criterios de hermenéutica constitucional empleados por nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional¹⁶,

¹⁶ Véase. ZAPATA LARRAÍN, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado. Op. Cit., págs. 135-223; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Enfoques sobre Interpretación Constitucional y Jurisdicción Constitucional”. En Temas Actuales de Derecho Constitucional. Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Libro



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

como lo son **el principio de la razonabilidad**, el **test de proporcionalidad** y **el respeto al contenido esencial de los derechos**, sin desatender en dicho juicio de legitimidad constitucional, los antecedentes fácticos de la gestión judicial pendiente por encontrarnos frente a un control concreto de constitucionalidad.

En la actualidad, es una cuestión no controvertida por el constitucionalismo el que los derechos fundamentales y las garantías constitucionales no son absolutos, sino que admiten la posibilidad de ser limitados por el legislador – rigiendo un principio de reserva legal-, en aquellos casos en que la Constitución expresamente lo permite –artículo 19-, de tal modo que frente a ese escenario, cobran pleno vigor los parámetros de control utilizados para analizar la legitimidad constitucional de las restricciones normativas impuestas a los mismos.

A lo anterior debe sumarse la importancia manifiesta que en el entramado de normas y principios constitucionales tiene **la doble limitación a la que se sujeta la actividad legislativa** del Congreso Nacional. En efecto, nuestro legislador, tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1.980 –y, en especial, tras la reforma constitucional del año 1.989 introducida por la Ley N° 18.825-, se encuentra directa y explícitamente vinculado en su actividad –artículo 6° de la Constitución Política (principio de vinculación directa o de eficacia bilateral de la Constitución)- por una parte, a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, los cuales constituyen un límite al ejercicio del poder soberano del Estado, y, por otra, al contenido esencial de los derechos asegurado en el artículo 19 N° 26 del Texto Constitucional.

La norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, a juicio de este informante, podría considerarse que tiende a proteger diversos bienes jurídicos constitucionales como **el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación** –artículo 19 N° 8-; **la planificación urbanística** –inciso cuarto del artículo 1° e inciso segundo, numeral 24 del artículo 19-; **la salubridad**

Homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic. Editorial Jurídica de Chile. 2.009. Santiago. Pág. 155 – 186.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

pública –inciso segundo, numeral 24 del artículo 19-; o, en términos genéricos, **el bien común** –inciso tercero artículo 1º-. Es más, el derecho a vivir en un medio libre de contaminación –artículo 19 N° 8 de la Constitución-, es invocado por el Municipio en beneficio de los habitantes de la comuna de San Joaquín en el Decreto Alcaldicio N° 1.263.

No obstante lo anterior, por otra parte, resulta indudable que dicha disposición legal tensiona o pone en contradicción –al menos inicialmente-, los bienes jurídicos constitucionales señalados precedentemente con los derechos y garantías constitucionales del requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Curtidos Bas S.A., como lo son **el derecho al libre ejercicio de actividad económica** –artículo 19 N° 21 inciso primero de la Constitución-; **el derecho de propiedad** –artículo 19 N° 24 de la Constitución-; **el derecho a la igual repartición de las cargas públicas** –artículo 19 N° 20 de la Constitución-; **el derecho a la igualdad ante la ley, la proscripción de la discriminación arbitraria y, en especial, a la no discriminación arbitraria que el Estado debe dar a los particulares en materia económica** –artículo 19 N° 2 y 22 de la Constitución-; y **la garantía de no afectación del núcleo esencial de los derechos** –artículo 19 N° 26 de la Constitución-.

No obstante lo anterior, para dilucidar la efectividad de la eventual contraposición que existiría entre los valores, principios y derechos constitucionales señalados, derivado de la aplicación del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, **cabe recurrir al principio de razonabilidad y de no afectación del contenido esencial de los derechos.**

El principio de razonabilidad, el cual ha sido empleado por nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional como técnica de interpretación y aplicación de la Constitución Política de la República, *“...se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común... Su aplicación nunca debe traducirse en una simple apreciación subjetiva del intérprete, pues, por esencia, es contrario al mero arbitrio o discernimiento de quien lo invoca. Lo*



anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad”¹⁷.

Aplicando entonces el principio de razonabilidad, cuyo sustento aparece implícitamente reconocido en la Carta Fundamental, en especial, en el artículo 6 y 7; y artículo 19 N°s 2, 16, 20, 22 y artículo 20 –referidos a la proscripción de la arbitrariedad-, a juicio de este informante en derecho, **la potestad administrativa que el legislador otorga a la Ilustre Municipalidad de San Joaquín para ordenar el traslado de las instalaciones industriales de Curtidos Bas S.A. bajo las condiciones antedichas en este estudio y la regulación que de la misma se realiza, puede generar efectos o consecuencias en el caso concreto, que no se ajusten al ordenamiento constitucional.**

En efecto, aplicando un juicio de razonabilidad –que impone adecuación y proporcionalidad-, se concluye que **la inexistencia de precisión normativa en torno al concepto de actividad dañina¹⁸ o molesta¹⁹**, los que claramente responden a la categoría de conceptos jurídicos indeterminados, conceden en la especie al órgano administrativo –Municipalidad, Ministerio de Salud y/o Ministerio de Vivienda y Urbanismo- la facultad de apreciar y aplicar discrecionalmente los mismos, más allá de lo razonable, toda vez que como se sustenta en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido, “...la ambigua noción supone contornos difusos y un amplio margen de aplicación discrecional por parte de la autoridad sanitaria...”. Dicha ausencia de límites o contornos definidos por la norma legal en análisis, para colmar de un contenido mínimo a dichos conceptos –infracción de la reserva legal-, podría

¹⁷ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional. Primera Parte. Principios Generales. Editorial Tribunal Constitucional de Chile. 2.005. Santiago.

¹⁸ El Diccionario de la Real Academia Española, define dañino como “dicho comúnmente de algunos animales: Que dañan o hacen perjuicio”; y dañar, como “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”, “maltratar o echar a perder algo”. www.rae.es consultada el 21 de Octubre de 2.014.

¹⁹ El Diccionario de la Real Academia Española, define molesto como “que causa molestia”, “que siente molestia”; y molestia, como “fatiga, perturbación, extorsión”, “enfado, fastidio, desazón o inquietud del ánimo”, “desazón originada de leve daño físico o falta de salud”. www.rae.es consultada el 21 de Octubre de 2.014.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

conducir a la afectación, no permitida por la constitución, de los derechos y garantías fundamentales de la recurrente.

Adicionalmente, de la regulación legal en análisis, **se constata la inexistencia de un criterio mínimo de moderación y/o estándar técnico de medición de aquello que debe entenderse por dañino o molesto**, ausencia de exigencias legales para que la autoridad administrativa pondere la concurrencia de las causales y/o emita el informe que se pronuncie favorable o desfavorablemente sobre la actividad industrial, más aún, cuando como lo expresan los requirentes, en la especie se trata de la emisión de olores.

Así, **tampoco se observa del precepto legal, la previsión de un procedimiento administrativo que deba ser observado de manera previa al evacuar el o los informes respectivos**, de tal modo que el órgano administrativo, no actúa en la forma prescrita por la ley –inciso primero del artículo 7° de la Constitución–, ya que frente a la insuficiencia de cause formal previsto por el legislador, se permite el obrar a su mero arbitrio. Lo anterior constituye una vulneración de lo previsto en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, en cuanto se prescribe que los fundamentos y los procedimientos que utilicen los órganos del Estado deben ser públicos por regla generalísima, vale decir, se debe permitir su conocimiento.

Finalmente, **el precepto legal no contempla parámetros o pautas objetivas que permitan ponderar el plazo concedido a la industria para ejecutar el traslado –más allá de contemplar un término mínimo de un año–**, dejando entregado al mero arbitrio de la Municipalidad de San Joaquín el fijar el respectivo plazo, sin que se exija atender a la realidad, cualidades, tamaño de las instalaciones, en definitiva, a la envergadura de la industria y de su actividad. Si la norma legal faculta para disponer el traslado o reubicación de la industria, la misma debe contener los elementos que permitan efectivamente permitir el desplazamiento, teniendo en especial consideración las cualidades y circunstancias del establecimiento, ya que resulta lógico pensar, que no toda industria es igual a las demás, lo que justifica un trato diferenciado para dar



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

pleno cumplimiento y vigencia al principio de igualdad jurídica, como ha sido sentenciado por nuestra Magistratura Constitucional²⁰.

Todo lo anterior conduce a que, atendido las particularidades de la industria afectada Curtidos Bas S.A., según lo esbozado por los propios requirentes en su presentación, todas cuestiones que no pueden ser desatendidas en el control concreto, se genere una afectación -que va más allá de lo razonable- de sus derechos y garantías constitucionales, ya que la limitación o restricción establecida por el legislador excede de lo permitido por el Constituyente en el artículo 19 N° 26, norma que asegura **el contenido esencial de los derechos**, al prescribir: *“La Constitución asegura a todas las personas:... 26° La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”* (el destacado es nuestro).

Así, la Constitución de 1.980, tras reconocer y asegurar un catálogo de derechos y garantías constitucionales a las personas en su artículo 19, en determinados casos, autoriza al legislador para que, en virtud del ejercicio de su potestad legislativa, regule, complemente o limite los mismos, pero siempre, sin afectarlos en su esencia, ni imponiendo condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional se ha pronunciado sentenciando que *“...debemos entender que un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide su libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador lo somete*

²⁰ Véase. STC Rol N° 28, de fecha 8 de Abril de 1.985. R.D.J., T. 82. Sec. 6°, pág. 49; STC Rol N° 53, de fecha 5 de Abril de 1.988. R.D.J., T. 85. Sec. 6°, pág. 4; STC Rol N° 203, de fecha 6 de Diciembre de 1.994. R.D.J., T. 91. Sec. 6°, pág. 143.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”²¹.

El mero establecimiento de requisitos o regulaciones legislativas para ejercer un derecho consagrado en la Constitución Política, como lo pueden ser los invocados por la requirente de inaplicabilidad en su libelo, no implica por sí mismo afectar la esencia del derecho y, por tanto, no conlleva necesariamente la inconstitucionalidad de la norma que así lo disponga. Tampoco indicará necesariamente que nos encontramos frente a una exigencia que lo hace irrealizable, que lo entraba más allá de lo necesario o que se le priva de tutela jurídica. Pero en el caso concreto analizado, teniendo en vista la imposibilidad de cuestionar el mérito de la regulación legislativa, lo que es propio de los órganos colegisladores, entendemos que la sola referencia a los conceptos “dañina o molesta”; la ausencia de procedimiento administrativo y de parámetros que permitan determinar los elementos a considerar y el contenido de los informes requeridos; así como la fijación de un plazo mínimo de un año para materializar el traslado de una industria, sin fijar a la autoridad administrativa elementos objetivos que permitan controlar su discrecionalidad al respecto, excede con creces la debida autonomía que la ley debe tener para establecer las regulaciones, ya que ellas deben ser prudentes, sensatas y dentro de latitudes razonables, como lo ha sentenciado el mismísimo Tribunal Constitucional²².

De este modo, si entendemos la garantía del libre ejercicio de actividad económica consagrado en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental –el cual está sujeto a la potestad legislativa regulatoria según expresa el mismo precepto y, eventualmente, por el artículo 19 N° 8 de la Constitución-, como el derecho “...a iniciar, emprender o acceder a un determinado mercado...; en seguida, también supone la libertad para ejercer y mantener en el tiempo la actividad económica que libremente se eligió; y finalmente, también supone para decidir si se termina o no

²¹ STC Rol N° 43, de fecha 24 de Febrero de 1.987, R.D.J., T. 84, Sec. 6°, pág. 4. En el mismo sentido, véase. STC Rol N° 200, de fecha 14 de Noviembre de 1.994, R.D.J., T. 91, Sec. 6°, pág. 137.

²² STC Rol N° 200, de fecha 14 de Noviembre de 1.994, R.D.J., T. 91, Sec. 6°, pág. 137.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

con ella...”²³, lo que es coincidente con la interpretación que otros autores han dado a la misma²⁴, no podremos sino concluir, que una intervención regulatoria autorizada por el Constituyente, violenta la garantía, afectándola en su esencia, imponiendo condiciones o requisitos que impiden el libre ejercicio de la misma, cuando la discrecionalidad otorgada al órgano administrativo es tal, que el ejercicio de la potestad queda entregado a su mero arbitrio, sin siquiera posibilidad de control de la misma.

Lo anterior, inclusive podría conducir a cuestionar la real existencia de una regulación²⁵, que es lo que se le autoriza realizar al legislador en el artículo 19 N° 21 por el Constituyente. Lo consignado precedentemente, dado que bajo la aparente regulación, la aplicación del precepto legal en el caso concreto puede llegar al extremo de impedir el ejercicio de la actividad de Curtidos Bas S.A. – dadas las circunstancias, características, tamaño y envergadura de la actividad que realiza según lo sostenido por los requirentes de inaplicabilidad²⁶-, lo que se encuentra prohibido explícitamente por la Constitución²⁷. Ello precisamente acontece de la aplicación de la norma del inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, ya que se afecta la actividad económica lícita de Curtidos Bas S.A., imponiéndole trasladar sus instalaciones en un breve plazo, so pena de clausura del establecimiento mercantil, lo que en el caso concreto, se traduce en permitir a la Municipalidad de San Joaquín imponer una prohibición de funcionamiento – frente al desarrollo de una actividad económica lícita de curtiduría-, dado la imposibilidad material de reubicar las instalaciones industriales en un breve plazo.

²³ GONZÁLEZ GRANDJEAN, Denis. *La Libertad Económica y su Protección Jurídica en la Constitución Chilena: Un Análisis a través de la Jurisprudencia*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. 2.001. Pág. 189.

²⁴ Véase. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*. Tomo 4. Editorial Librotecnia. Pág. 29.

²⁵ Véase. CLÉRICO, Laura. “*El Examen de Proporcionalidad: Entre el Exceso por Acción y la Insuficiencia por Omisión o Defecto*”. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Librotecnia. 2.010. Santiago. Págs. 153-210.

²⁶ Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad Rol N° 2.684-2.104- INA. Págs. 33 – 37.

²⁷ En este sentido véase. Considerando 9°, STC Rol N° 146, de fecha 21 de Abril de 1.992; Considerandos 12° y 14°, STC Rol N° 167, de fecha 6 de Abril de 1.993.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Lo anterior se postula, siguiendo la lógica de la **aplicación del principio pro homine o favor libertatis**, y teniendo en consideración que la Magistratura Constitucional ha sentenciado que *“frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía”*²⁸.

Así, es que la aplicación de la norma legal en estudio en el caso concreto, podría genera aquél efecto prohibido por el Constituyente, cual es, el establecer condiciones o requisitos que impidan el libre ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita y el derecho de propiedad del requirente de inaplicabilidad, toda vez que al otorgar el legislador un potestad administrativa, con insuficiencia normativa reguladora de la misma, fijando, por ejemplo, sólo un plazo mínimo para el traslado, supone entender que, en determinados casos y dadas determinadas circunstancias, el plazo de un año resulta totalmente insuficiente para materializar el traslado –como ocurriría en la especie con Curtidos Bas S.A.-, dejando al mero arbitrio del órgano administrativo la determinación de ello, al no establecer pautas o parámetros legales que morigeren el ejercicio de la mentada potestad administrativa.

Dicha ausencia de regulación o reglamentación insuficiente es precisamente la que permite y puede llegar a consumir en el caso concreto, una afectación al contenido esencial de los derechos de la requirente, arrasando de paso con la garantía de interdicción de la arbitrariedad –artículo 19 N° 2 y N° 22 de la Constitución-, ya que en la previsión normativa – ejercicio de la potestad legislativa regulatoria, limitativa y complementaria- que le es reconocida al legislador en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, se le exige no imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de los derechos.

En cuanto al derecho de propiedad reconocido y ampliamente robustecido por el Constituyente de 1.980 en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, lo cierto es que se autoriza al legislador no sólo para imponer obligaciones, limitaciones o

²⁸ Considerando 13°, STC Rol N° 1.185, de fecha 16 de Abril de 2.009.



restricciones al ejercicio del mismo en virtud de la función social de la propiedad²⁹ –las que siempre deben respetar el contenido esencial del derecho de conformidad con el artículo 19 N° 26-, sino que también, se autoriza para, en su caso, privar del derecho de propiedad, del bien sobre el que recae o de sus atributos esenciales al titular, por medio de la expropiación y previa ley general o especial que autorice la misma por causa de utilidad pública o interés nacional.

Nuestra Magistratura Constitucional ha distinguido adecuadamente entre privación y limitación al dominio. En efecto, ha sentenciado que “...*El sustento de la privación es el interés nacional y la utilidad pública, en cambio el fundamento de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad. Además, privación supone, según su sentido natural y obvio “despojar a uno de una cosa que se poseía” (Diccionario de la Lengua Española, 1.992, tomo II, pág. 1.969). En igual sentido se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en “apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía” (Corte Suprema, 27.03.1983, R.D.J., T. 80, Sección 5°, pág. 244).*

Limitar, en cambio, importa “acordar, cerrar, restringir” (Diccionario de la Lengua Española, 1.992, tomo II, pág. 1.258).

De esta manera las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales”³⁰.

Así entonces, es posible que en determinados casos resulte dificultoso dilucidar si la intervención legislativa constituye una mera limitación al derecho o una verdadera privación del mismo. Por de pronto, nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto sentenciado que “...*Si el acto de regulación o de limitación afecta en una magnitud significativa las facultades o atributos esenciales del propietario, éste podrá argumentar que se le ha privado del dominio, pues ya no puede hacer las cosas esenciales que éste conllevaba*”³¹; así también se ha sentenciado que “...*no sólo se produce privación del dominio cuando*

²⁹ La que comprende, según lo establece el artículo 19 N° 24 de la Constitución, los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

³⁰ STC Rol N° 245 y 246, de fecha 02 de Diciembre de 1.986, R.D.J., T. 93, Sec. 6°, pág. 138.

³¹ Considerando 22°, STC Rol N° 1.141, de fecha 17 de Marzo de 2.009.



*se le despoja a su dueño totalmente de él o de uno de sus atributos o facultades esenciales, sino, también, cuando ello se hace parcialmente o mediante el empleo de regulaciones que le impidan libremente ejercer su derecho o uno de sus atributos mencionados*³².

Como se desprende de lo anterior, **la Magistratura Constitucional reconoce como criterio para distinguir entre una mera regulación o limitación al derecho de propiedad de una privación del mismo, la lógica de la magnitud, severidad o intensidad de la restricción.** Es decir, a través de una regulación, del establecimiento de limitaciones y/o de la imposición de obligaciones, todas fundadas en la función social de la propiedad, no podría afectarse de manera significativa, de una forma considerable, las facultades o atributos esenciales del propietario, ya que nos encontraríamos en dicho caso ante una regulación expropiatoria, la que estaría en la práctica despojando de los atributos esenciales del dominio a su titular, sin indemnización compensatoria, la cual resultaría inconstitucional por atentar contra lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

Ahora bien, no toda regulación, limitación u obligación impuesta al titular del derecho de propiedad puede ser calificada *per se* inconstitucional, ya que si la misma respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin afectar con carácter manifiestamente significativo o intenso el derecho o sus atributos o facultades esenciales, deberá ser soportado por el propietario, en virtud de la función social de la propiedad.

Dicho lo anterior, el análisis se debe centrar en determinar el efecto que el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC produce en su aplicación concreta a la gestión pendiente, ponderando si el mismo importa privar o, a lo menos, restringir con una intensidad o magnitud considerable, las facultades de uso, goce y disposición que a Curtidos Bas S.A. corresponde, respecto de su inmueble y de las instalaciones del mismo.

³² Considerando 19°, STC Rol N° 334, de fecha 21 de Agosto de 2.001.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

La ausencia de una densidad normativa legal que permita hacer efectivo el traslado de la industria en términos de razonabilidad, como lo hemos venido sustentando precedentemente, implica un incumplimiento de la obligación impuesta por el Constituyente al legislador –reserva legal- en orden a establecer el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad. Aún más, la obligación impuesta a Curtidos Bas S.A., deriva precisamente de una norma legal urbanística que aplicada al caso concreto no cumple con los estándares que la Constitución Política exige, ya que nos encontramos frente a una disposición cuya generalidad, debe ser calificada de insuficiente a la luz de la preceptiva constitucional³³, no otorgando certeza jurídica en la aplicación del mismo al requirente de inaplicabilidad, al no precisar cómo la actividad industrial de Curtidos Bas S.A. es molesta o dañina; cómo y con qué parámetros deben evacuarse los informes por parte de los órganos competentes y cuál es el plazo que la Municipalidad debe otorgar a la industria para que, equilibrada y razonablemente, pueda cumplir con la orden de reubicación. Todo lo anterior, entiende este informante, puede conllevar a una anulación de la posibilidad del propietario de ejercer los atributos esenciales del dominio de su inmueble y de sus instalaciones industriales.

No es posible olvidar, como lo ha consignado nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional, que las limitaciones y obligaciones que derivan de la función social de la propiedad se establecen por ley ordinaria³⁴ y, por cierto, no por normas reglamentarias, administrativas o de otra naturaleza.

En la actualidad, resulta natural y tremendamente necesario que las diversas actividades económicas que se desarrollan en el mercado, sean debidamente reguladas por el Estado. Lo anterior, con el objeto de brindar protección a una serie de valores y principios constitucionales que quedarían a la deriva al dejar entregadas íntegramente dichas actividades al libre albedrío de los particulares. No obstante ello, la respectiva regulación, debe garantizar a las personas y agentes económicos que participan en dichos mercados regulados, por imperativo constitucional –artículo 19 N° 26-, un mínimo de certeza jurídica, de tal modo que no pueda un órgano el Estado atribuirse otra autoridad, derecho o

³³ En el mismo sentido. Considerando 40°, STC Rol N° 370, de fecha 09 de Abril de 2.003.

³⁴ STC Rol N° 115, de fecha 03 de Diciembre de 1.990; STC Rol N° 184, de fecha 07 de Marzo de 1.994. R.D.J., T. 91, Sec. 6°, pág. 19.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

prerrogativa que aquellas que expresamente le han sido conferidas por el ordenamiento jurídico constitucional o legal, potestad que, adicionalmente, debe ejercerse en la forma que prescriba el legislador –artículo 7° Constitución Política-

En el caso en análisis, se podrían llegar a generar efectos no tolerados por la Constitución Política, en cuanto eventualmente se aplicaría una norma que establece una restricción en términos imprecisos, limitándose a fijar un plazo mínimo sin considerar la entidad y efectos de la medida, en relación a la industria a la cual le está siendo aplicada, dejándolo entregado al arbitrio de la Municipalidad. Por de pronto, es natural pensar que no toda industria y actividad industrial tiene la misma envergadura, tamaño, cualidades, características, realidades, etc. Es precisamente por ello, que la ausencia de criterios normativos nítidos, podría producir en la especie la imposibilidad material de usar, gozar y disponer del derecho de propiedad de que es titular Curtidos Bas S.A. sobre su inmueble e instalaciones.

En definitiva, si en la realidad, Curtidos Bas S.A. se ve impedido de seguir usando, gozando y disponiendo de su inmueble y de sus instalaciones, en un exiguo plazo y por la imposición de una obligación materializada en un acto administrativo cuyo fundamento es una norma legal imprecisa en su contenido, ya que otorga una habilidad irrestricta, dejando abandonados los derechos constitucionales del recurrente a la absoluta discrecionalidad de la Municipalidad –y de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo y de Salud-, la que puede apreciar libre y subjetivamente la concurrencia de los supuestos, se estaría afectando la esencia de su derecho de propiedad, imponiéndosele condiciones o requisitos –el traslado en un brevísimo plazo- que impiden su libre ejercicio³⁵.

La potestad administrativa discrecional -la cual se opone a la potestad reglada- es plenamente ajustada a nuestro ordenamiento jurídico, siendo aquella en la que se regula por el legislador sólo los aspectos básicos o esenciales para el ejercicio de

³⁵ Véase en este sentido. Considerando 28°, STC Rol N° 1.215, de fecha 30 de Abril de 2.009; Considerando 18° voto de minoría, STC Rol N° 2.299, de fecha 29 de Enero de 2.014; Considerando 11°, STC Rol N° 2.299, de fecha 29 de Enero de 2.014,



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

la misma, dejando en consecuencia a la Administración del Estado, un amplio campo o margen de apreciación.

No obstante lo anterior, cabe destacar que no existen potestades regladas o discrecionales puras, es decir, el predominio de uno de estos elementos – elementos reglados o elementos discrecionales- es lo que determina la clasificación.

Así, **pese a encontrarnos frente a una potestad administrativa discrecional, lo cierto es que siempre existirán elementos reglados de la misma.** En efecto, la competencia, el procedimiento y fin de la potestad, son aspectos siempre reglados. Además de los elementos mencionados, existen otros que son potencialmente reglados, como la forma de ejercicio de la potestad, el tiempo de ejercicio de la misma y el fondo del ejercicio de la atribución.

De este modo, optando por la posición que entiende que la facultad conferida al órgano administrativo por el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, es una potestad discrecional, todos los elementos señalados precedentemente debieran encontrarse debidamente reglamentados por el legislador, cuestión que consideramos, no se presenta en la norma legal en examen, como ha sido revisado anteriormente en este estudio.

Por su parte, haciendo aplicación del **principio de proporcionalidad**³⁶ –el cual encuentra reconocimiento implícito en la Constitución Política de la República, en especial, en los artículos 6, 7 y 19 N° 2 o, como lo señala Nogueira Alcalá, “*se desprende del derecho al debido proceso sustantivo y del derecho a la igualdad ante la ley en el Estado Constitucional Democrático*”³⁷-, también denominado en sentido amplio como principio de prohibición de exceso³⁸, en cuanto al control de

³⁶ Véase. PRIETO SANCHÍS, Luis. “*El Juicio de Ponderación Constitucional*”. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Librotecnia. 2.010. Santiago. Págs. 103-151.

³⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “*El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno*”. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Coordinado por Miguel Carbonell. Librotecnia. 2.010. Santiago. Pág. 355-356.

³⁸ Véase. NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “*El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno*”. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Op. Cit., pág. 355.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

constitucionalidad en concreto del precepto legal en examen, nos exige apreciar la debida adecuación de la ley a los fines explícitos o implícitos de la Carta Fundamental, estableciendo un principio jurídico material de justa medida³⁹.

Como lo apunta nuestra doctrina nacional⁴⁰, es de reciente data la utilización del principio de proporcionalidad por parte de nuestra Jurisdicción Constitucional, como faro de interpretación y aplicación de la Carta Fundamental, no obstante lo cual, hoy por hoy parece suficientemente asentado el recurso a dicho criterio de hermenéutica constitucional⁴¹.

Siguiendo a Nogueira Alcalá, este principio de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, posibilitando un control del exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedad del poder estatal. ***“El principio de proporcionalidad constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con el objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental”***⁴² (el destacado es nuestro). En efecto, lo relatado por el autor citado es precisamente lo que acontece en la especie, es decir, existe intervención del legislador en el ámbito de los derechos fundamentales de Curtidos Bas S.A., ya que su intervención, tiene por objeto optimizar un bien

³⁹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *“El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno”*. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Op. Cit., pág. 355.

⁴⁰ BULNES ALDUNATE, Luz. *“La Igualdad Ante la Ley y la Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. En *Temas Actuales de Derecho Constitucional*. Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. 2.009. Santiago. Págs. 17-26.

⁴¹ Véase entre muchos otros. Considerando 21°, STC Rol N° 790-2.007, de fecha 11 de Diciembre de 2.007; Considerando 31°, STC Rol N° 986-2.007, de fecha 30 de Enero de 2.008; Considerando 39 al 41°, STC Rol N° 755-2.007, de fecha 31 de Marzo de 2.008; Considerando 13°, STC Rol N° 1.260-2.008-INA, de fecha 07 de Julio de 2.009; STC Rol N° 1.361-2.009, de fecha 13 de Mayo de 2.009; Considerando 21°, STC Rol N° 1182-2.008-INA, de fecha 18 de Noviembre de 2.008.

⁴² NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *“El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno”*. En *El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica*. Op. Cit., pág. 355.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

jurídico constitucional colectivo como lo podría ser el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la planificación urbana, la salubridad pública o, en términos generales, el bien común.

Así las cosas, corresponde efectuar el juicio de constitucionalidad **aplicando el principio de proporcionalidad y los subprincipios que lo componen**, a saber, **el principio de adecuación o idoneidad de los medios** -examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines-; **el principio de necesidad** -examen de necesidad o de intervención mínima-; y **el principio de proporcionalidad en sentido estricto**⁴³, los que deben operar copulativamente, vale decir, de no concurrir uno de ellos en la especie, el precepto normativo deviene inconstitucional debiendo ser declarada su inaplicabilidad⁴⁴.

En cuanto al principio de adecuación o idoneidad de los medios, en relación a los fines perseguidos por la norma impugnada -inciso segundo del artículo 62 de la LGUC-, este informante entiende que los principales bienes constitucionalmente protegidos pueden ser los señalados precedentemente, siendo dicha finalidad de relevancia constitucional, lo que permitiría, en principio, la intervención y limitación de los derechos constitucionales de Curtidos Bas S.A.

De este modo, si bien la norma legislativa en abstracto puede resultar idónea a la finalidad constitucional que se busca satisfacer, en concreto, a través de su aplicación -al no establecer e imponer criterios objetivos para el ejercicio de la misma-, se priva al afectado de la posibilidad de defenderse controlando la decisión de la entidad municipal, en términos no razonables y, por tanto, inconstitucionales.

Lo anterior, no es una cuestión de interpretación legal como podría desprenderse a priori -lo que queda entregado al análisis y decisión del juez del fondo-, sino que es una cuestión de control de constitucionalidad de la aplicación de la norma legal en examen, máxime, si resultaría de dudosa constitucionalidad, el sustentar

⁴³ Véase. ALEXEY, Robert. “La Fórmula del Peso”. En El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica. Librotecnia. 2.010. Santiago. Págs. 17 – 27.

⁴⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno”. En El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica. Op. Cit., pág. 356.



que el tribunal llamado a resolver la aplicación, sentido y alcance de la norma legal en estudio, pueda controlar el ámbito relativo a la discrecionalidad técnica de la Administración del Estado, ya que ello podría constituir una infracción del principio de separación de poderes –artículo 7° de la Constitución Política-. De ahí, la real importancia de que el legislador precise, a nivel legal, los aspectos mínimos del ejercicio de la potestad administrativa que permitan desplegar un control jurisdiccional del ejercicio de la misma y del consiguiente acto administrativo que surja de ello.

En la norma en estudio el legislador deja entregado al arbitrio del Órgano Administrativo, el ejercicio de la potestad, en todos los aspectos antes señalados en este informe y, en especial, en lo que dice relación con la determinación del plazo mayor o menor en que debe materializarse el traslado de la industria respectiva, lo que implica abrir un importante y desmedido espacio de discrecionalidad que permite a la Municipalidad, con infracción de la Constitución, afectar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales del requirente de inaplicabilidad, en lo que a su contenido esencial se refiere.

Al respecto, nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional ha sentenciado que *“...si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación... La regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos...”*⁴⁵.

En cuanto al subprincipio de necesidad o de intervención mínima, corresponde analizar, como bien es resumido por Nogueira Alcalá, *“...si la norma restrictiva del derecho es una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva para lograr la finalidad*

⁴⁵ Considerando 15°, STC Rol N° 541, de fecha 26 de Diciembre de 2.006.



constitucionalmente legítima y sea menos restrictiva de o de los derechos fundamentales afectados”⁴⁶.

Señala el autor precedentemente citado que “en este ámbito se establecen estándares más rigurosos para su operatividad práctica, ellos son:

i) Una necesidad material, el medio debe ser el que afecte menos los derechos fundamentales.

ii) *La exigibilidad espacial, el medio debe ser aquel que establezca el menor ámbito de limitación de los derechos;*

iii) La exigibilidad temporal, supone la delimitación más rigurosa del tiempo de aplicación de la medida que afecta los derechos;

iv) *La exigibilidad personal, debe limitarse en la medida de lo posible las personas que sean afectadas en sus derechos”⁴⁷ (El destacado es nuestro).*

El perjuicio que se podría ocasionar a los derechos constitucionales de Curtidos Bas S.A. con la aplicación de la norma legal de la LGUC, puede considerarse como no justificado en el principio de intervención mínima, ya que uno de los estándares para su operatividad práctica, dice relación precisamente con la necesidad material y con la exigibilidad temporal, los cuales imponen una rigurosa elección de la medida y una delimitación a la aplicación de la misma que afecta los derechos, en el caso, la facultad de ordenar el traslado, dispuesto por el Decreto Alcaldicio N° 1.263, estándar no satisfecho por el legislador en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC.

Así, la previsión normativa aplicada al caso concreto, atendido la envergadura del establecimiento industrial en cuestión, no parece ser el medio que menos afecta los derechos fundamentales, así como tampoco es el medio que establece el menor ámbito temporal de limitación de los mismos.

⁴⁶ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “El Principio de Proporcionalidad y su Aplicación en Sudamérica por la Jurisdicción Constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional Chileno”. En El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación Jurídica. Op. Cit., pág. 357.

⁴⁷ Idem., pág. 357.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

De este modo, la pregunta que cabría formularse es si la medida legislativa impugnada –inciso 2° del artículo 62 LGUC- es necesaria, es decir, si no existiría un medio menos gravoso, en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales –como lo son los del recurrente-, para alcanzar la finalidad de proteger el medio ambiente, la planificación territorial, la salubridad pública y/o el bien común de los vecinos de San Joaquín.

En cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no parece debidamente equilibrada la limitación o restricción que la aplicación de la norma produce a los derechos fundamentales de Curtidos Bas S.A., en relación a la utilidad o bien común que la misma genera. La medida legal aplicada aparece como desproporcionada en la afectación de las garantías en relación con los fines que se persiguen, en cuanto es posible presuponer la existencia de una afectación menos intensa que cumpla idéntica finalidad, sin generar la pesada o grave intervención que supone el traslado de Curtidos Bas S.A. del lugar en que actualmente se encuentra emplazada en el plazo de un año, máxime, si se considera que durante más de sesenta años ha desarrollado su actividad industrial en el mismo lugar con apego al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, corresponde determinar la decisión de prevalencia y, desde dicha perspectiva, si bien la protección del medio ambiente, la salubridad pública y la planificación territorial es un mandato impuesto por el Constituyente a los poderes constituidos, también lo es, el respetar los derechos y garantías individuales de las personas –inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política-, debiendo compatibilizarse ambos imperativos constitucionales, de lo cual resulta que, la medida legislativa en comento parece desproporcionada en su aplicación al caso concreto, dado los difusos contornos de las condiciones exigidas para la misma y el exiguo plazo previsto en la norma.

Los beneficios perseguidos por la norma legal, pueden ser igualmente alcanzados, con una mejor realización de los derechos constitucionales de Curtidos Bas S.A., a través de un mecanismo legal que en su aplicación resulte menos gravoso. Como lo señala Nogueira Alcalá, se debe establecer “...una adecuada proporcionalidad entre beneficio y daño. Si existen otras medidas alternativas que



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

*permitan alcanzar el mismo objetivo con menor intensidad de restricción de derechos, en tal caso la medida será inconstitucional*⁴⁸.

Cabe reiterar y resaltar que a través de la tesis que se viene sustentando no se intenta cuestionar el mérito de la norma legal en examen, sino que como lo ha sentenciado el Tribunal Constitucional del Perú “...Como quiera que la elección entre diversas alternativas se encuentra dentro de la esfera de discrecionalidad que la Constitución ha brindado al poder legislativo, este tribunal ha declarado que una medida será innecesaria o no satisficará este segundo subprincipio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado”⁴⁹.

De este modo, nuestro Excelentísimo Tribunal Constitucional, ratificando el criterio que hemos venido aplicando, ha sentenciado que “La razonabilidad de la medida, debe, a su vez, ser valorada en función a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto o *latu sensu*, que son propios del análisis concreto que importa la decisión de una acción de inaplicabilidad”⁵⁰.

En el análisis solicitado a este informante, se hacía necesario atender a la finalidad que el órgano legislativo persigue al intervenir, restringiendo o limitando los derechos fundamentales de Curtidos Bas S.A., concluyendo en razón de lo desarrollado, que la misma no es adecuada, ni parece tolerable constitucionalmente para el afectado. Carece de fundamento el enunciado normativo, en orden a otorgar al mero arbitrio del Alcalde –y de los demás organismos competentes-, la determinación de los elementos en virtud de los cuales debe materializarse el traslado de una industria, en condiciones que en casos como en el analizado, puede resultar indispensable, por ejemplo, el otorgamiento de un término mayor, sin que la potestad del Alcalde pueda ser controlada, por falta de parámetro normativo⁵¹.

⁴⁸ Ibid., pág. 361.

⁴⁹ Considerando 6°, Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0016-2.002-AI/TC, de fecha 30 de Abril de 2.003.

⁵⁰ Voto disidente, Ministra Marisol Peña Torres, Considerando 13°, STC Rol N° 2356, de fecha 28 de Noviembre de 2.013.

⁵¹ Véase. Considerando 21°, STC Rol N° 790-2.007, de fecha 11 de Diciembre de 2.007; Considerando 31°, STC Rol N° 986-2.007, de fecha 30 de Enero de 2.008.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

Finalmente, en cuanto a la igualdad ante las cargas públicas de Curtidos Bas S.A., garantía constitucional reconocida en el artículo 19 N° 20 de la Carta Fundamental, ésta implica la seguridad de que los deberes que el ordenamiento jurídico constitucional y/o legal imponen a las personas, en pos de la obtención de una finalidad constitucionalmente legítima, como lo podría ser el bien común, deben ser repartidas entre todos los que deben soportarlas de una manera igualitaria y equitativa⁵².

La orden de traslado dispuesta por la Municipalidad de San Joaquín a Curtidos Bas S.A., responde a juicio de este informante a la categoría de una carga real, ya que se impone a la requirente el deber de reubicar sus instalaciones industriales fuera de los límites de la comuna de San Joaquín –obligación de hacer-, en ejercicio de la potestad administrativa conferida por la norma legal. Ello, que le resulta de obligatorio acatamiento, podría suponer una afectación patrimonial o pecuniaria, que deberá ser soportada por la misma persona sobre la cual se impone la carga⁵³.

Las cargas públicas están reconocidas y autorizadas por el Constituyente, sean personales o reales, pero la limitación en su imposición, radica en que las mismas no pueden ser manifiestamente desproporcionadas o injustas como aparece del inciso segundo, número 20, del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Recurriendo al test de proporcionalidad al que ya anteriormente nos hemos referido, no parece que la medida legislativa, en el caso concreto, cumpla con el subprincipio de necesidad, ya que no parece buscarse adecuadamente un equilibrio entre la menor restricción de las garantías y derechos constitucionales del afectado y la mejor obtención de la finalidad pública.

En los hechos la intensidad del gravamen o carga impuesta a Curtidos Bas S.A., puede llegar a aniquilar el ejercicio de sus derechos individuales, imponiéndole una obligación desmesurada, la cual debe ser cumplida en un breve plazo, generándose un daño y, transformándose, dadas las condiciones de la industria,

⁵² En este sentido, Considerando 38°, STC Rol N° 790, de fecha 11 de Diciembre de 2.007.

⁵³ En este sentido, Considerando 69, STC Rol N° 1.254, de fecha 29 de Julio de 2.009; Considerando 48°, STC Rol N° 755, de fecha 31 de marzo de 2.008.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

en una privación de su derecho al libre ejercicio de actividad económica y de su derecho de propiedad⁵⁴, lo que ratificaría la manifiesta desproporción de la medida legislativa, pudiendo ser calificada de injustificable o exagerada, como lo ha sentenciado nuestra Magistratura Constitucional⁵⁵, máxime si con ella, se afectaría el contenido esencial de los derechos constitucionales señalados anteriormente –artículo 19 N° 26 de la Constitución-, volviéndose irreconocibles.

*“...Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario además atender a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, **la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma**, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada...”*⁵⁶ (el destacado es nuestro).

No parece razonable la previsión normativa que el legislador realiza en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC, sin definir los precisos contornos de lo que debe entenderse por actividad dañina o molesta; sin establecer el procedimiento para emitir los informes; sin fijar los parámetros a que deben ajustarse los mismos y sin fijar las pautas para conceder un mayor o menor plazo para ejecutar la orden de traslado, todo lo cual puede ser calificado de caprichoso e irracional, es decir, arbitrario –artículo 19 N° 2 y 22 de la Constitución-.

5.- Conclusión.

De todo lo anteriormente analizado, nos es posible concluir que:

1º) El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una acción procesal conferida por el artículo 93 N° 6 del Texto Constitucional al juez y a las

⁵⁴ Véase. Considerando 36°, STC Rol N° 2.478, de fecha 21 de Junio de 2.013.

⁵⁵ Considerando 19°, STC Rol N° 280, de fecha 20 de Octubre de 1.998.

⁵⁶ FERNÁNDEZ, Tomás - Ramón. De la Arbitrariedad del Legislador. Un Crítica de la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Civitas. Madrid. 1.988. Pág. 38 – 42.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

partes de un litigio seguido ante un tribunal ordinario o especial. Por medio de su ejercicio se faculta al Tribunal Constitucional para efectuar un control represivo y concreto de constitucionalidad a un precepto legal vigente, pudiendo declarar su inaplicabilidad en la gestión judicial pendiente, si en base al juicio de constitucionalidad, se concluye que el mismo produce efectos contrarios a la Carta Fundamental. En dicho examen de legitimidad constitucional necesariamente deben considerarse los antecedentes fácticos del caso concreto, así como el mérito del proceso judicial en que incidirá la aplicación del precepto impugnado y, por tanto, el eventual pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Ello diferencia a este mecanismo de un control abstracto de constitucionalidad;

2º) El inciso segundo del artículo 62 de la LGUC es una norma legal de atribución competencial, que confiere a la Municipalidad una potestad administrativa de carácter discrecional, cuya insuficiencia normativa en la determinación de aspectos básicos del ejercicio de la misma, puede producir que en su aplicación concreta al caso analizado, se generen efectos o consecuencias contrarias a la Constitución Política de la República, en específico, a las garantías constitucionales y derechos fundamentales del requirente de inaplicabilidad.

3º) Los aspectos que parecen entregados al mero arbitrio de los órganos administrativos por la disposición legal en análisis, en un nivel no tolerado por la Carta Fundamental, son los siguientes: a) La apreciación, calificación y determinación de las condiciones que una actividad industrial debe reunir, para quedar incluida dentro de aquellas que causan molestias o daños al vecindario, conceptos indeterminados en su contenido; b) El procedimiento administrativo y los parámetros técnicos mínimos que deben utilizar los órganos competentes para emitir los informes previos a que alude el precepto; c) El contenido de los informes que se exigen por el legislador para el ejercicio de la potestad administrativa otorgada a la Municipalidad; d) El plazo en que puede disponerse el traslado de la industria respectiva, toda vez que el legislador sólo contempla como límite, el que éste no puede ordenarse antes de que transcurra un plazo mínimo de un año contado desde la notificación del acto administrativo que impone dicha obligación, sin fijar pautas, criterios o parámetros objetivos que permitan graduar el otorgamiento de un plazo mayor.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

4º) Así, considerando la realidad, el tamaño, las cualidades y las circunstancias que los requirentes atribuyen a Curtidos Bas S.A., aparece la norma legal en examen aplicada al caso concreto, como una regulación insuficiente, vaga e imprecisa, que no respeta la reserva legal, no resiste el test de proporcionalidad, ni la observancia del principio de razonabilidad, afectando el contenido esencial de los derechos que la Constitución garantiza a la afectada.

Es cuanto podemos informar, al tenor de la consulta jurídica planteada.

ALEJANDRO CÁRCAMO RIGHETTI⁵⁷

ABOGADO

MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

⁵⁷ Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Abogado; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile; Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales –pregrado y postgrado- y de la Pontificia Universidad Católica de Chile –postgrado-.