

Entre habitantes, autoridades y empresarios:

El derecho y la ciudad

Enrique Rajevic Mosler

*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad Alberto Hurtado*



En los últimos meses, hemos observado cómo entre habitantes de nuestras ciudades se dan conflictos derivados de la forma en que estas se desarrollan. Se ha expresado el deseo de preservar espacios nobles de nuestro pasado, como el barrio Almendral de Valparaíso, o de evitar proyectos que rompan con las características de barrios ya asentados, como el de Plaza Las Lilas, en Providencia. Puede ser también la pretensión de mantener espacios verdes y recreativos, como el Valparaíso Sporting Club o Santa Rosa de Las Condes. O tratarse, sencillamente, del deseo de ser tenido en cuenta en las decisiones, como lo reflejaron miles de vecinos de Vitacura que pidieron la celebración de un plebiscito para aprobar su plan regulador. Y es que, como es relativamente conocido, estos conflictos suelen girar en torno a los llamados planos reguladores, instrumentos compuestos de planos y ordenanzas que determinan qué se puede construir en nuestras ciudades ¿Está nuestro derecho preparado para dar solución a estas pugnas? ¿O debiéramos hacer algo para que lo esté?

Nuestras leyes están en deuda ante las pugnas que se presentan entre ciudadanos y autoridades, y no estamos construyendo las adecuadas redes públicas de parques, transporte, seguridad, salud y educación que una ciudad democrática debiera asegurar.

DE ESPALDAS AL PARLAMENTO

Nuestra legislación urbanística es relativamente joven. A fines del siglo XIX e inicios del XX, esta se encontraba escuetamente en la normativa municipal o en leyes dictadas para ciudades específicas, como Santiago, Valparaíso y Concepción. Recién durante el primer Gobierno de Carlos Ibáñez —y debido a la conmoción provocada por el terremoto de Chillán de 1939— se dictó la primera Ley y Ordenanza de Construcciones y Urbanización, reemplazada y refundida varias veces hasta llegar a la llamada Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), decreto supremo publicado en 1976. Todas estas normativas fueron dictadas en contextos no democráticos o en virtud de delegaciones de facultades legislativas. En otras palabras, nuestro Parlamento nunca ha discutido y aprobado una ley de urbanismo; solo se ha limitado a despachar reformas parciales, entre las que destacan las derivadas de la creación de los Gobiernos Regionales, pero no una ley general. Durante la última década tres proyectos del Ejecutivo planteaban una reforma integral; dos de ellos fracasaron en el inicio de su tramitación (1999 y 2004) por no reunir suficiente



consenso y el tercero está actualmente en debate. Resulta curioso que un tema que afecta tan cotidianamente la vida de los ciudadanos no haya sido abordado en el espacio de intercambio democrático que, por excelencia, representa el Congreso. Es cierto que tiene una alta complejidad técnica, pero también lo es que los asuntos centrales que se juegan en la regulación urbana son fácilmente comprensibles y de gran relevancia política.

La situación en Chile contrasta con los países europeos, donde la relación entre el derecho y la ciudad alcanzó gran sofisticación a partir de fines del siglo XIX, al punto de reconocerse un “derecho urbanístico” que enhebra las instituciones básicas que ordenan el desarrollo urbano, con literatura y cultores especializados. Y es que en esas naciones la normativa de las ciudades ha sido un tema político, en el mejor sentido de la palabra. Vivir en urbes agradables, cómodas y seguras importa a los ciudadanos y, por ende,

a los políticos. Sin embargo, hay más de una forma de resolver los problemas urbanos (crecimiento en densificación o crecimiento en extensión; fomento del transporte público o del transporte privado; renovación completa o restauración del patrimonio arquitectónico existente, etc.) y detrás de cada una latén opciones ideológicas y políticas que merecen discutirse. Conviene señalar que el mayor desarrollo del derecho urbanístico no es patrimonio de Europa; también se ha dado en países sudamericanos, como Brasil y Colombia.

En Chile, el modelo asumido al final del primer tercio del siglo XX no ha evolucionado de manera sustantiva. Nuestra ley regula básicamente los planes que determinan qué construir en la ciudad, la obtención de los permisos de construcción, la recepción de las obras terminadas y la responsabilidad de los agentes —públicos y privados— del ciclo urbanización/edificación. Podría decirse

que se trata de un derecho centrado en la actividad inmobiliaria —desarrollada por propietarios y empresarios—. Pero esta es una visión claramente insuficiente hoy. La consolidación de nuevos derechos exige un enfoque diferente del desarrollo urbano, a la fecha logrado solo parcialmente. Entre aquellos hay que mencionar el derecho al medio ambiente que reconoce nuestra Constitución y el derecho a una vivienda adecuada, el que no aparece en el texto constitucional pero que debe entenderse incorporado en virtud de su artículo 5º, inciso segundo, y el artículo 11.1 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), de 1966. Incluso, se postula el reconocimiento de un “derecho a la ciudad” —recordando los clásicos trabajos del sociólogo Henri Lefebvre—, derecho colectivo de sus habitantes que en distintos foros internacionales ha sido definido como el “usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios

de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social”¹.

Hay, pues muchos aspectos en los cuales avanzar. A modo de ejemplo, delinearé algunos que me parecen especialmente sensibles para la discusión de un ordenamiento urbanístico moderno en Chile.

COHESIÓN SOCIAL Y REDES PÚBLICAS

Un primer problema que nuestra ley no aborda adecuadamente radica en las condiciones de la vivienda social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señala que “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad... Debe asumirse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte...”. Y añade que “el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos”². Este Comité identifica algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta para juzgar la “adecuación” de una vivienda, a saber: (a) seguridad jurídica de la tenencia; (b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; (c) gastos soportables; (d) habitabilidad; (e) asequibilidad; (f) lugar y (g) adecuación cultural.

En cambio, para nuestro ordenamiento, “vivienda social” es aquella con una superficie edificada inferior a 140 m², de carácter definitivo y valor de tasación menor a 400 Unidades de Fomento (UF)³. No aparecen otros indicadores anteriores, salvo en el programa habitacional dirigido al quintil más pobre de la población, el “Fondo Solidario de Vivienda”, que a partir del año 2005 considera estándares que incluyen dimensiones, espacios de separación mínimos, localización, etc. Pese a todo, subsiste la escasa disponibilidad de

suelo bien localizado para viviendas sociales, pues el precio de este hace inviable construir las. Para sortear este obstáculo se creó en este programa un “subsidio diferenciado a la localización” que incrementa el aporte estatal para financiar la adquisición del terreno donde se construirá. Es un avance, aunque insuficiente ante la dinámica del mercado. En otros países existen fórmulas que fomentan o exigen la zonificación inclusiva, favoreciendo la existencia de reservas de suelo público o, incluso, imponiendo impuestos a comunas que segregan. Nosotros aún

de la urbanización y no como exigencia coetánea, salvo en algunas cesiones gratuitas que se limitan a la entrega de suelo para ciertos usos. Ello ha llevado a que los *boom* inmobiliarios, especialmente de departamentos, no vayan acompañados de un estándar mínimo de ciudad. Lo que hay es lo que el mercado —con su lógica implacable— exige: a mayor capacidad adquisitiva, mejor producto. De esta manera, no vamos construyendo las redes públicas de parques, transporte, seguridad, establecimientos de salud y colegios que todos esperaríamos y que una



no hacemos nada concreto, pese a los anuncios por parte del actual Gobierno de un proyecto de Ley sobre Integración Social que fortalecería el acceso de los más vulnerables al suelo urbano.

No basta, sin embargo, con la vivienda social. También es preciso que el crecimiento urbano vaya aparejado a estándares urbanos razonables: áreas verdes, colegios, hospitales, etc. La regla habitual entre nosotros es que esto se logre después

ciudad democrática debería asegurarle a sus habitantes a distancias razonables. Y es que este no es ámbito para arreglos privados propios del mercado; es el espacio de lo público, necesario para una sociedad republicana. Y en ese plano debiésemos debatir, democráticamente, qué estándares mínimos deben tener nuestras ciudades o, lo que es lo mismo, qué derechos urbanos les garantizamos a sus habitantes.

¹ Así lo señala la propuesta de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad discutida en el Foro Social de las Américas, Quito, julio de 2004; el Foro Mundial Urbano, Barcelona, Quito, octubre de 2004; y el Foro Social Mundial, Porto Alegre, enero de 2005.

² Observación General N°4 (1991), denominada “El derecho a una vivienda adecuada (Artículo 11[1] del PIDESC)”.

³ Salvo que se trate de condominios de viviendas sociales, en cuyo caso podrá incrementarse dicho valor hasta en un 30% (artículo 6.1.2. Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones).

PLUSVALÍAS DERIVADAS DE DECISIONES PÚBLICAS

Otro rasgo notable de nuestro derecho es la casi absoluta indiferencia ante el fenómeno de la valorización del suelo derivada de determinadas decisiones públicas. Hace algunos años, el síndico que administraba la quiebra de un conocido club deportivo solicitaba públicamente que se cambiara el uso de suelo del sector donde estaba su estadio para permitir desarrollos inmobiliarios. Con ello, sostenía, se valorizaría el terreno y su venta (previa demolición del Estadio) produciría recursos suficientes para pagar todas las deudas e, incluso, volver a capitalizar al club. Ello nos dice que la autoridad tiene una varita mágica para generar dinero. El punto es que no se ve por qué el efecto de las decisiones públicas —atribuibles a toda la comunidad— debiera regalarse gratuitamente a uno o más particulares. Así como pedimos ayudar o indemnizar a quienes soportan perjuicios, también debiésemos reclamar una repartición justa de tales beneficios, máxime si esos recursos podrían contribuir a financiar las carencias urbanas de los sectores menos protegidos.

Una dimensión mínima de la contribución que puede exigirse a los empresarios es la mitigación de los impactos, especialmente viales, que generan los proyectos urbanos. Si se quiere construir un gran supermercado o un cine, deben contemplarse nuevas calles o pistas y nuevos estacionamientos, o los vecinos soportarán los costos de la congestión sin obtener ningún beneficio... a diferencia del titular del proyecto. Esta materia fue seriamente cuestionada por el Tribunal Constitucional en el año 2003⁴, sin que a la fecha se haya dictado una ley que regule este tema, como entonces solicitó esa institución. La ya publicitada situación del llamado “Sanhattan” pone suficientemente de relieve este problema.

SUSTENTABILIDAD MEDIO AMBIENTAL

La relación entre medio ambiente y

desarrollo urbano es otro de los capítulos que deben abordarse. Aquel debe respetar al primero para preservar nuestra salud y bienestar —así como la flora y la fauna— y la de nuestros descendientes; es un verdadero deber de solidaridad para con las próximas generaciones. Entre nosotros, sin embargo, la evaluación de impacto ambiental no se conecta fluidamente con el urbanismo: la regla general es que los proyectos inmobiliarios sometidos a este sistema deben evaluarse una vez que van a ser ejecutados y no como requisito previo a su aprobación, y aún las modificaciones más relevantes de instrumentos de planificación han sido solo sometidas a declaraciones y no a estudios de impacto ambiental. Para colmo, nuestro sistema está estructurado para evaluar proyectos de inversión y no normas o planes, como los reguladores, lo que genera una serie de disfuncionalidades que sería conveniente corregir. De hecho, países más avanzados han desarrollado otra forma de evaluación para estos casos, la llamada “Evaluación Ambiental Estratégica”.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y URBANISMO

Otro de los temas no resueltos es el de la participación ciudadana. Aunque en 2001 se ampliaron las instancias de participación (Ley N° 19778), el resultado no ha sido del todo satisfactorio. La participación —en términos legales— se produce tarde y es reactiva, no sirviendo de insumo para el planificador. Es necesario adelantar la participación para que contribuya y oriente las primeras definiciones del plan, para que diga qué ciudad quieren los ciudadanos. En este punto, representa un cambio positivo el estudio de normas sobre planificación urbana, propuestas en las modificaciones a la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Se señala allí que se exigirá elaborar antes del proyecto de plan un nuevo instrumento denominado “Esquema Director”, que definirá la imagen-objetivo del desarrollo de la ciudad.

Lo urbano no es ámbito para arreglos privados propios del mercado; es el espacio de lo público, necesario para una sociedad republicana.

INSTITUCIONALIDAD

Por último, parece evidente la falta de una autoridad que gobierne las ciudades pluricomunales. No puede ser que la reversibilidad de una vía deba ser concordada por los ediles vecinos o que algunas comunas tengan edificios municipales llenos de lujos mientras otras mantienen yermos los bandejones centrales de la calle por ausencia de dinero. Una ciudad con más de cuarenta alcaldes autónomos es una urbe con una institucionalidad débil, donde es previsible que la desigualdad se perpetúe e intensifique. La estructura de nuestro Fondo Común Municipal no llega a cambiar radicalmente este panorama.

UN DESAFÍO GIGANTESCO

Finalmente, cabe decir que es evidente que hemos avanzado y que nuestras ciudades han crecido mucho en el último tiempo. Eso tiene aspectos positivos y negativos. Los últimos hacen urgente aprobar un marco legal que racionalice el crecimiento y que oriente a la autoridad en sus decisiones, identificando el elenco de bienes jurídicos que esta debe ponderar en sus decisiones sobre el territorio. Al mismo tiempo, es importante considerar de mejor manera la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos —incluyendo a los empresarios como a las demás personas— de manera que construyamos ciudades sostenibles, a la medida de sus habitantes y sus aspiraciones y, ojalá, bellas y eficientes. Ciudades más justas. **MSJ**

⁴ Se trata de la STC 370/2003, 9 de abril de 2003.