

De la concepción civilista del derecho de propiedad predial a la concepción urbanística, una necesaria evolución

Richard Chang Lobatón¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Derecho de propiedad en la legislación peruana. 3. Paradigmas legales del derecho de propiedad. 4. Derecho a la ciudad. 5. Función social e identificación de las bases del derecho urbanístico en el orden jurídico del Perú. 6. Principales problemas para la implementación del derecho urbanístico.

PALABRAS CLAVE

Planeamiento urbano, paradigma administrativo, paradigma urbano, función social de la propiedad

KEYWORDS

Urban planning, administrative paradigm, urban paradigm, social function of property

RESUMEN

El autor desarrolla los temas que sustentan la necesidad actual de efectuar cambios de paradigma en la legislación actual referida al derecho de propiedad predial, dentro del contexto urbano que nos encamina hacia una visión de ciudad integrada basado en el ejercicio de dicho derecho como una función social; toda esta temática llevada de la mano desde el derecho civil, pasando por el derecho administrativo, dirigiéndonos así hacia la posibilidad de un derecho urbano.

ABSTRACT

The author develops the themes that support the current need for paradigm shifts in the current legislation relating to the right to land property within the urban context that leads us towards a vision of integrated city based on the exercise of this right as a social function; this whole area taken by the hand from the civil law, to administrative law, and headed toward the possibility of an urban law.

1. Introducción

La emigración a las ciudades, principalmente a nuestra capital Lima, desde las áreas rurales en busca de nuevas oportunidades, empieza desde la década de los 50, pero a

¹ Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con más de quince años de experiencia profesional en temas de desarrollo urbano, siendo gran parte de ella adquirida en los servicios prestados tanto a la Municipalidad Metropolitana de Lima como a la Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO. Las opiniones vertidas sobre la materia en el presente artículo son de carácter personal y no representan la opinión de las instituciones a las cuales asesora.

partir de los años 70 el fenómeno se intensificó. La llegada masiva de los pobladores de las áreas rurales, que contaban con escasos recursos económicos, propició la formación de asentamientos informales en la periferia de las ciudades, mediante la invasión de terrenos de titularidad pública y/o privada.

Las invasiones, que hoy conocemos como asentamientos humanos, no son llevadas a cabo por familias de forma aislada, sino que son organizadas por grupos de personas que no poseen vivienda propia y que se unen en la búsqueda de un terreno para instalarse. Sobre la propiedad ocupada realizan una serie de edificaciones sin vías, con lotes informales a distribuir entre cada una de las familias que participan y realizan las primeras construcciones con materiales precarios. Con el paso del tiempo, se produce la expansión de estas invasiones, llegando a formarse verdaderos poblados que no cuentan con vías asfaltadas, ni con los servicios urbanos básicos. Es producto del incremento de poder adquisitivo de los habitantes que aumenta el tamaño de las viviendas y se da la mejora en los materiales de construcción empleados.

La creciente demanda de vivienda y el aumento del poder adquisitivo informal, unidos a la escasez de suelo habilitado para edificar, han originado un fenómeno paralelo conocido como "tráfico de tierras". El "tráfico de tierras", básicamente, se da por la falta de formación de la población con menores recursos, en principio. Algunas personas sin escrúpulos están aprovechando estas circunstancias para obtener un beneficio por la venta de terrenos que no son de su propiedad, e incluso por la venta de la misma propiedad a diferentes personas.

Este fenómeno ocasiona una serie de problemas derivados que alcanzan diversos ámbitos de la gestión de la ciudad. Estos problemas suponen un menoscabo de los derechos de los nuevos pobladores, una merma de los recursos potenciales de las municipalidades y un obstáculo para la aparición de inversionistas privados.

Del análisis de todo esto, se advierte que uno de los principales problemas del país es la grave desigualdad social y económica en diferentes ámbitos territoriales. A nivel del territorio se producen grandes diferencias entre las ciudades y las áreas rurales. En estas últimas se concentra la población con mayor nivel de pobreza y con menores oportunidades de mejora en su calidad de vida.

Uno de los principales motivos de los asentamientos informales, queda claro, que es la falta de suelo habilitado.

El fenómeno de las invasiones y su tratamiento supone un reto primordial para el futuro de las ciudades, ya que se ramifica en una serie de problemas derivados que alcanzan diversos ámbitos de la gestión de la ciudad. Estos problemas suponen un menoscabo de los derechos de los nuevos pobladores, una merma de los recursos potenciales de las municipalidades y un obstáculo para la aparición de inversionistas privados. Entre estos problemas mencionados, se encuentran otros que también están directamente vinculados:

- * En los procesos de invasión del entorno de las ciudades no se realizan los aportes territoriales obligatorios para áreas recreacionales y equipamientos.
- * Las redes de servicios públicos básicos son ausentes o suelen ser deficitarias y el Estado se ve obligado a ejecutar obras de mejora con posterioridad a que los asentamientos ilegales se hayan consolidado.

- * Se incrementa la segregación y exclusión social.
- * La invasión se lleva a cabo sin tener en consideración ningún tipo de estudio de los riesgos naturales presentes en los terrenos ocupados ni estudios sobre la idoneidad de los terrenos para su uso habitacional.
- * En algunos casos, las invasiones originan impactos en el medioambiente.
- * Se dificulta la planificación territorial y urbana y el desarrollo de proyectos estratégicos en los terrenos ocupados.

Los asentamientos humanos tiene una doble vertiente: por una parte, la que se debe a su causa original, la migración masiva a las ciudades de familias en condición de precariedad. Por otra, en los últimos años, el fenómeno ha evolucionado en un tráfico ilegal de tierras que pretende cubrir la demanda habitacional de familias ya no tan pobres, principalmente provocado por la incapacidad de las herramientas actuales de gestión urbanística para generar suelo urbano apto para la edificación. Está demostrado que la exclusión del acceso a la vivienda y a la ciudad constituye uno de los principales factores de segregación social; por este motivo, el vínculo entre proceso urbano y pobreza hace del acceso a la vivienda una variable estratégica de lucha contra la pobreza y un factor necesario para conseguir la promoción de una ciudad inclusiva.

Ante esta situación, son varios los aspectos que se deben contemplar en una regularización de asentamientos informales, dentro de los cuales tenemos los siguientes: la titulación (aun cuando considero que, a través del derecho de propiedad, es la mejor manera de garantizar la permanencia de los moradores en sus viviendas sin que estén sujetos a caprichos políticos, pienso que también viables la operatividad de otros títulos); la regularización de las edificaciones; las acciones de mejoramiento en general (servicios, infraestructura y condiciones mínimas de habitabilidad y seguridad estructural); y el control del crecimiento informal.

A manera de conclusión, se puede mencionar que el mejoramiento, en estos casos, se debe dar a través de dos fases: la inversión pública y la titulación de los beneficiarios; en forma paralela, ambos van de la mano. No considerar la titulación (ya sea que implique derecho de propiedad o bajo cualquiera de las otras variables que dan derecho al uso del suelo) puede traer consigo muchos riesgos e inestabilidad para los poseedores, ya que nada garantizaría su permanencia y posesión de la vivienda a la cual han logrado tener acceso, pudiendo ser objeto de caprichos políticos así como de desalojos masivos. Asimismo, se debe dotar de infraestructura de servicios básicos a estos asentamientos humanos; de lo contrario no podríamos hablar de derechos humanos a la vivienda digna.

De igual manera, hay que tener en cuenta que la falta de planificación territorial dificulta la adopción de medidas que solventen los problemas mencionados. Esta carencia de planes unida a la falta de concreción de mecanismos de gestión que favorezcan la inversión privada, fijando los beneficios y generando confianza al inversionista, dificulta el desarrollo de suelo necesario para cubrir la demanda actual y, como consecuencia, la ejecución de vivienda social, la generación de parques industriales y logísticos, infraestructuras, etc.

Por todos estos motivos, la normativa urbanística peruana requiere ser revisada para la implementación de mecanismos que faciliten la gestión del suelo, sobre todo para

proyectos de interés general, aun cuando todavía no existencia un plan territorial previo, de forma que se pueda agilizar la disponibilidad de suelo para usos urbanos. Dada la necesidad de motivar tanto a la administración, como a propietarios de suelo e inversionistas, se requiere la definición detallada de los derechos y obligaciones que adquiere cada parte, en el desarrollo del suelo.

Alguna de las políticas para lograr el acceso de la gente al suelo urbano, que ya se vienen dando, en cumplimiento de la función social de la propiedad, y evitar las regulaciones, son las siguientes:

- * Aportes en terrenos dentro de las habilitaciones urbanas nuevas con fines de vivienda social, si no es posible dejar en terreno se podría redimir en dinero para que el Estado adquiera terrenos para estos fines. Como bien señala la profesora Betania Alfonsin, más allá de ser una buena propuesta de generación de suelo urbanizado para la población de ingresos más bajos, es también una excelente medida para promover la miscegenación en las ciudades, lo que es mucho más interesante que el modelo hegemónico de ciudad segregada.
- * El Estado podría subastar terrenos que estén bajo su dominio y que estén subutilizados, con fines de desarrollo de vivienda social.
- * También es importante los subsidios que el Estado pueda dar a la gente más pobre, que no tiene acceso a un crédito bancario, entendiendo que este subsidio no es un gasto sino una inversión que redundará en la mejora de la ciudad.
- * Una planificación preventiva y dinámica para que los propietarios urbanicen con cierta celeridad.
- * Las operaciones interligadas en Brasil han funcionado muy bien, como medida para promover las densificaciones y, a su vez, financiar las viviendas sociales.

Finalmente, es importante trabajar en cada factor generador de la desigualdad social y pobreza, en la dificultad de acceso a crédito, en la adecuada gestión de servicios básicos y en la escasez de suelo habilitado.

2. Derecho de propiedad en la legislación peruana

CONFIGURACIÓN

El derecho de propiedad en nuestra legislación nacional vigente, en principio, se encuentra recogido por nuestra Constitución Política del Perú como derecho fundamental de la persona, en sus artículos 70, 71, 72 y 73.

El derecho de propiedad está constituido como derecho real, es decir, como derecho que tiene una persona sobre un bien reconocido jurídicamente; es así que nuestra configuración básica del derecho de propiedad está en función al derecho civil. Esto se refleja en el artículo 70 de nuestra Constitución Política y en el artículo 923 del Código Civil, cuando señala que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social.

CARACTERÍSTICAS

De la redacción del citado artículo 70, podemos apreciar que, constitucionalmente, el derecho de propiedad presenta algunas características básicas:

Primero, el de ser un derecho real, es decir, el ser un derecho pleno que tiene una persona sobre un bien.

Segundo, el ser un derecho perpetuo, por su continuidad en el tiempo como tal, muy al margen de su transmisión o cesión, pero esta característica no es exacta en nuestra legislación, ya que nuestro Código Civil, para bien o mal, en su artículo 968 prevé causales de extinción del derecho de propiedad:

Artículo 968.- La propiedad se extingue por:

- 1.- Adquisición del bien por otra persona.
- 2.- Destrucción o pérdida total o consumo del bien.
- 3.- Expropiación.
- 4.- Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado.

La tercera característica es la de ser un derecho exclusivo y absoluto, pues solo quienes son propietarios pueden ejercer sus ejercer la totalidad de sus facultades inherentes. Es el derecho pleno que recae sobre estos bienes. Es un derecho que faculta al titular a ejercer todas las facultades o atributos sobre el bien, es decir, el usarlo, disfrutarlo y disponer de este. Lo primero es servirse del bien, luego beneficiarse de sus frutos o rentas, y lo último es su disposición.

Cuando se ha indicado como característica del derecho de propiedad la de ser un derecho absoluto, me refiero a que este derecho comprende todas sus facultades que le son inherentes, mas esta característica no está referida a una absoluta discrecionalidad en su ejercicio ya que el orden constitucional le establece parámetros:

Primero, que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común, precepto del cual podemos rescatar el contenido social de este derecho. No se habla específicamente de función social, pero podemos entender que esa consideración se encuentra contenido en esta definición.

Segundo, que el derecho de propiedad se ejerce dentro de los límites de la ley.

Estas limitaciones las vamos a encontrar, puntualmente, en nuestro Código Civil (1984) en sus artículos siguientes:

Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Otros límites son los que se establezcan por la ley, entiéndase esta en sentido amplio, ya que estas limitaciones pueden venir de nuestro Congreso de la República, a través de una ley; del Ejecutivo, a través de un Decreto Legislativo; o de los gobiernos regionales

y/o locales, a través de sus ordenanzas. En el caso puntual de los gobiernos locales, encontramos en nuestro Código Civil, en lo que refiere a propiedad predial el artículo 957, el cual establece que

La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.

Esta limitación, está basada en las competencias que la Ley Orgánica de Municipalidades confiere a los gobiernos locales, en nuestro país, tanto a las municipalidades provinciales así como a las distritales. De acuerdo con sus facultades, son estas las llamadas a regular y aprobar los planes de desarrollo urbano en el ámbito de su jurisdicción, en los cuales se contemplan las zonificación, la red vial y así como las zonas de equipamiento sectorial, disposiciones a las cuales debe sujetarse la propiedad privada y pública en todo momento, sobre todo en los procesos de habilitación urbana así como de subdivisión.

Nuestro Código Civil contempla también limitaciones y/o restricciones al derecho de propiedad, basado en el ejercicio abusivo de este, causa de necesidad y utilidad pública, así como las que se establezcan por pacto entre partes, en sus artículos 924, 925 y 926.

Otra restricción es la contemplada en el artículo 72 de la Constitución Política, que son las que obedecen a razones de seguridad nacional, lo cual permite al Estado establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

Finalmente, otras limitaciones a la propiedad son las que se dan por razón de vecindad. Siguiendo, con la concepción fundamental del derecho civil en el ejercicio del derecho a la propiedad y sus vagos esfuerzos por avanzar hacia un paradigma del derecho administrativo, con el establecimiento de límites y una ferviente fiscalización, lejos siempre del derecho urbanístico, encontramos también limitaciones por razones de vecindad en nuestro Código Civil para evitar peligro de propiedades vecinas, por la explotación industrial del predio y por abrir o cavar pozos que dañen la propiedad vecina.

La cuarta característica es la de ser inviolable, pues corresponde al Estado su protección y solo excepcionalmente se puede privar de la propiedad, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, especial consideración se deberá tener con esta característica, ya que tampoco es exacta toda vez nuestro Código Civil establece figuras como el abandono como forma de extinción de la propiedad, lo cual pone en discusión su inviolabilidad.

Las personas pueden ser privadas de su derecho de propiedad, conforme lo establece la Constitución, siempre que se presenten los siguientes requisitos:

1. Solo se da a causa de seguridad nacional o necesidad pública debidamente probada. La seguridad está referida a la protección del país por acciones de países extranjeros. La necesidad pública está referida a la prevalencia del interés social sobre el individual que implique hacer o no algo sobre la propiedad, como es el caso de desarrollo de infraestructura vial.

2. Reserva de ley. Estas casusas de seguridad nacional o necesidad pública debe ser declara por ley. No se precisa el tipo de ley por lo que también se podría entender que proceden decretos legislativos cuando haya delegación al Ejecutivo.
3. Pago efectivo de indemnización justipreciada. Esta debe incluir compensación por el eventual perjuicio.
4. El referido pago de indemnización debe ser precio por la toma de posesión del inmueble, situación que en nuestro país no ocurre siempre; primero se posee y después se regulariza el pago.
5. La tasación puede ser cuestionada judicialmente.

EXTENSIÓN DE LA PROPIEDAD

En lo que se refiere a la extensión de la propiedad, su regulación la podemos encontrar en nuestro Código Civil y está referida específicamente a la propiedad predial, que, para los fines del presente artículo, es la que nos interesa.

El artículo 954 establece que la propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. Asimismo, señala que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Queda claro que la ley no reconoce ningún vínculo de accesoriedad ni tampoco reconoce como frutos ni a los restos arqueológicos ni a los recursos naturales o yacimientos respecto de la propiedad del predio. Estos se regulan y se contemplan en un régimen distinto al del derecho de propiedad en cuanto a su tenencia, explotación, disfrute y disposición.

En el artículo 955, se contempla la posibilidad de constituir o transferir el dominio del suelo, subsuelo y sobresuelo; de tal forma que estos puedan pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo. Nuevamente, la utilidad económica permite estas disposiciones, de seccionar verticalmente el predio para constituir y/o transferir su derecho de propiedad; ya sea para la satisfacción de intereses individuales o por interés social se puede dar su fraccionamiento.

3. Paradigmas legales del derecho de propiedad

Los sistemas legales han contribuido al desarrollo informal de las ciudades por dos mecanismos principales: disposiciones legales de exclusión del suelo, derechos de propiedad y normas de registro; y los sistemas de planeamiento deficientes adoptados en muchas ciudades. En nuestro país, la falta de regulación del suelo ha limitado importantes intervenciones en las ciudades para generar mejor infraestructura y dotar de viviendas a los pobres, determinando segregación socioespacial. Las disputas institucionales entre gobiernos locales y nacionales sobre el poder para regular el desarrollo urbano también han producido problemas legales adicionales.

En muchas ciudades, los sistemas legales que regulan el desarrollo urbano son significativamente obsoletos e incoherentes, generando un incumplimiento generalizado y una creciente desconexión entre la ciudad legal y la ciudad real. Muchos académicos de América Latina comprenden que la promoción de mercados de suelo eficientes, inclusión socioespacial y sustentabilidad ambiental solo será posible por medio de la adopción de nuevos paradigmas legales claramente definidos y coherentes.

Los principios legales en general, y en particular los que regulan los derechos de desarrollo del suelo y las relaciones inmobiliarias, se determinan políticamente y se asimilan culturalmente. Los sistemas legales tienden a ser complejos, ya que incluyen disposiciones distintas, contradictorias y hasta en conflicto, adoptadas en el transcurso del tiempo como consecuencia de procesos sociopolíticos en evolución.

En América Latina existen tres paradigmas legales vinculados al derecho de la propiedad predial: el derecho civil, el derecho administrativo y el derecho urbanístico. Históricamente, el paradigma civilista es el que ha prevalecido, ya que está basado en cuerpos normativos históricos constituidos por los códigos civiles. Este ha venido siendo reformado gradualmente por el paradigma más intervencionista provisto por el derecho administrativo. Un movimiento incipiente reciente ha avanzado un paso más, reclamando que solo el marco más progresivo del derecho urbanístico podría proporcionar un paradigma legal comprensivo para los tiempos actuales.

Paradigma del derecho civil

La interpretación dominante de los códigos civiles, provista por la doctrina y la jurisprudencia, tiende a realzar los derechos de los propietarios en detrimento de sus responsabilidades urbanas, y no considera otros intereses sociales, ambientales y culturales que derivan de la tenencia de la propiedad. Esta interpretación brinda poca consideración a los valores de uso, ya que la tenencia del suelo y la propiedad se concibe mayormente como una mercancía cuyo valor económico queda determinado principalmente por los intereses del dueño.

Desde esta perspectiva, el accionar del Estado en la gestión del suelo y políticas urbanísticas está seriamente restringido, y las iniciativas significativas de planeamiento urbano han generado frecuentes conflictos judiciales. Los grandes proyectos públicos generalmente requieren expropiaciones onerosas de suelo, y el pago de compensación se calcula sobre los valores plenos de mercado. Las obligaciones de los emprendedores son pocas y la carga de la construcción de infraestructura y provisión de servicios recae mayormente sobre el Estado. Permite una errada interpretación de los derechos de edificación, ya que supone que estos son expresiones intrínsecas de los derechos individuales de propiedad del suelo. No permite que el Estado pueda recuperar el valor, incrementado del suelo generado por las obras y servicios públicos.

Dentro de esta tradición legal individualista, el derecho a usar y disponer de la propiedad se malinterpreta frecuentemente como el derecho a no usar o disponer de la propiedad. Casi no hay obligaciones legales ni órdenes compulsivas más sustanciales para equilibrar las cargas y beneficios dentro de los procesos de urbanización.

Paradigma del derecho administrativo

Este paradigma involucra la intervención del Estado. El planeamiento urbano en algunas grandes ciudades ha sido respaldado por los principios legales del derecho administrativo.

En nuestro país, este paradigma de derecho público ha intentado reformar la tradición del derecho privado, pero ha limitado el alcance de la noción de la “función social de la propiedad”. En nuestra Constitución Política, este concepto no ha sido recogido expresamente pero, como veremos más adelante, su concepto sí se encuentra inmerso en su desarrollo. Este paradigma es más intervencionista; implica la intervención del Estado para imponer restricciones y limitaciones externas sobre los derechos de propiedad individual en el nombre del interés público, respaldando así formas tradicionales de planeamiento regulador.

La mayoría de los sistemas de planeamiento no han reconocido la capacidad limitada del Estado para garantizar el cumplimiento de la legislación urbana. Como consecuencia, no se han puesto en práctica dichos planes apropiadamente y muchas violaciones del orden legal han sido ignoradas.

El planeamiento urbano ha sido ineficiente para promover un desarrollo equilibrado del suelo y, en cambio, ha beneficiado a los emprendedores del suelo, inversores en propiedad y especuladores. Estas ganancias se han potenciado por el crecimiento significativo de precios causado por las regulaciones que establecen los límites del desarrollo urbano.

Queda clara la necesidad de un planeamiento urbano que permita la gestión eficiente de ciudades, que no sea simplemente informativo u orientador sino que se constituya en una herramienta importante de realización urbana.

Paradigma del derecho urbanístico

Los proponentes del derecho urbanístico han argumentado que es posible, y de hecho necesario, analizar los códigos civiles para encontrar principios legales que respalden una intervención decidida por parte del Estado en la regulación y el control social de los procesos relacionados con el suelo y la propiedad. La reinterpretación de principios legales tradicionales, como también el énfasis en principios ignorados previamente (como la noción de que ningún enriquecimiento es legítimo sin una justa causa), puede coadyuvar a un progreso significativo en la formulación de la política urbanística de suelos.

El principio estructural más importante es la noción de la función social de la propiedad, incluyendo la propiedad pública y el registro de la propiedad. Las ciudades son el producto de un proceso colectivo, y la promoción de un régimen territorial equilibrado es, al mismo tiempo, un derecho colectivo y una obligación del Estado. El ordenamiento urbanístico no se puede determinar exclusivamente por los derechos individuales y los intereses de los propietarios del suelo, ni tampoco por los derechos del estado únicamente. Se debería promover la intervención pública imponiendo limitaciones administrativas sobre los derechos de propiedad, responsabilidades legales y requisitos de desarrollo.

Otros principios legales similares se pueden usar para establecer una distribución justa de los costos y oportunidades del desarrollo urbano entre dueños, emprendedores, el Estado y la sociedad; afirmar el rol central del Estado para establecer un ordenamiento territorial adecuado por medio de un sistema de planeamiento y gestión y reconocer la clara separación entre los derechos de propiedad y de desarrollo/construcción.

El uso y desarrollo del suelo es guiado por una amplia gama de derechos colectivos, como el derecho al planeamiento urbano, una vivienda adecuada y un medio ambiente equilibrado; el derecho de la comunidad y la obligación del Estado de recuperar el incre-

mento en el valor del suelo generado por la acción del Estado y la legislación urbanística; y el derecho a la regularización de asentamientos informales consolidados.

En el Perú, la concepción dominante, debido a la inadecuada formación e interpretaciones judiciales, es la de una configuración civilista del derecho de propiedad, regulado principalmente por esta rama del derecho, en cuyo campo encuentra sus definiciones, características y extensiones como hemos visto en el punto anterior. Ya, posteriormente, con la aprobación de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que también veremos más adelante, es que, a mi entender, entra la influencia del derecho administrativo en la configuración del derecho de propiedad, al establecer las competencias de los órganos municipales y las limitaciones que estos pueden imponer al ejercicio de sus facultades del derecho de propiedad. Aun así, nuestro ordenamiento jurídico relacionado al derecho de propiedad, así como a sus operadores, no se encuentra lejos de concebir este derecho dentro de una configuración urbanística.

El artículo 957 del Código Civil establece que “la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas”.

Con este precepto normativo encontramos nuestro máximo avance en lo que se refiere al paradigma del derecho administrativo, una intervención sobre la propiedad a fin de establecer límites en su ejercicio, no necesariamente bajo un concepto urbanístico sino como preponderancia de la autoridad pública sobre el individuo en el ejercicio del derecho. Como podemos ver, no está referido al planeamiento urbano, sino simplemente al cumplimiento de requisitos y al ejercicio sujeto a limitaciones, entiéndase estas de orden administrativo.

La Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidad, recoge el paradigma administrativo, toda vez que regula aspectos del derecho de propiedad predial, bajo el título de “El uso de la propiedad en armonía con el bien común”. Es un capítulo único. Como se aprecia, nuestro legislador tuvo una visión muy tímida y limitada al regular la propiedad inmueble, basándose en la legislación ya existente, básicamente en el Código Civil y la Constitución Política; no da una real dimensión urbanística a la propiedad, a fin de que el ejercicio de sus facultades se caracterice por su contenido social bajo una perspectiva de ciudad.

Artículo 88.- Uso de la propiedad inmueble

Corresponde a las municipalidades provinciales y distritales dentro del territorio de su jurisdicción, velar por el uso de la propiedad inmueble en armonía con el bien común.

En este artículo queda claro que el único interés del legislador es el de dejar en claro que a quien le compete ejercer el deber de policía es a las municipalidades; por lo demás, es una repetición de lo estipulado en la Constitución y el Código Civil.

Artículo 89.- Destino de suelos urbanos

Las tierras que son susceptibles de convertirse en urbanas solamente pueden destinarse a los fines previstos en la zonificación aprobada por la municipalidad provincial, los planes reguladores y el Reglamento Nacional de Construcciones. Todo proyecto de urbanización, transferencia o cesión de uso, para cualquier fin, de terrenos urbanos y suburbanos, se someterá necesariamente a la aprobación municipal.

Nuevamente, el paradigma del derecho administrativo es dejar en claro los límites del derecho de propiedad respecto de disposiciones que emitan los municipios como entes competentes sobre la materia y recalcando siempre la competencia.

Artículo 90.- Obras inmobiliarias

La construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble, se sujeta al cumplimiento de los requisitos que establezcan la Ley, el Reglamento Nacional de Construcciones y las ordenanzas o reglamentos sobre seguridad de Defensa Civil, y otros organismos que correspondan, para garantizar la salubridad y estética de la edificación; asimismo deben tenerse en cuenta los estudios de impacto ambiental, conforme a ley.

Artículo 91.- Conservación de zonas monumentales

Las municipalidades provinciales, en coordinación con el Instituto Nacional de Cultura o a su solicitud, pueden establecer limitaciones especiales por la necesidad de conservación de zonas monumentales y de edificios declarados monumentos históricos o artísticos [...].

Artículo 92.- Licencia de construcción

Toda obra de construcción, reconstrucción, conservación, refacción o modificación de inmueble, sea pública o privada, requiere una licencia de construcción, expedida por la municipalidad provincial, en el caso del cercado, y de la municipalidad distrital dentro de cuya jurisdicción se halla el inmueble, [...] además del cumplimiento de los correspondientes requisitos reglamentarios. Las licencias de construcción [...] que otorguen las municipalidades deben estar, además, en conformidad con los planes integrales de desarrollo distrital y provincial.

Como podemos apreciar en cada precepto establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades, este cuerpo normativo ha sido producto de una serie de conflictos de competencia estatal entre el gobierno nacional, a través de sus ministerios y los gobiernos locales. Esta norma solo ha servido para remarcar qué autoridad es la competente para dos cosas básicas: a quién corresponde fiscalizar en materia urbana y cuáles son los límites que se puede imponer a la propiedad inmobiliaria.

Finalmente, especial mención quiero hacer del artículo 92 de esta ley, ya que deja claro que las licencias de construcción resulta ser en nuestra legislación una suerte de requisito administrativo para ejercer el derecho a edificar, cuyo ejercicio solo debe contemplar el cumplimiento de requisitos y las limitaciones que los planes de desarrollo le fijen. Es así como nos hemos quedado aún estancados en el paradigma del derecho administrativo.

4. El derecho a la ciudad

No solo se trata de reinterpretar y reformar nuestros sistemas legales relacionados a la propiedad predial, resulta necesario trabajar en la consolidación normativa del derecho a la ciudad, como reconocimiento pleno de los derechos colectivos. Debemos trabajar en un cuerpo normativo que concilie los derechos de propiedad y la naturaleza del accionar del Estado con respecto al uso del suelo y el control del desarrollo.

Se debe ir construyendo un marco de regulación sobre el desarrollo y la gestión del suelo urbano. El planeamiento urbano es un proceso importante en esta materia para contribuir y crear las condiciones para ciudades más inclusivas y equitativas.

Para lograr estos objetivos es importante:

- * Proporcionar un marco de referencia para permitir la reinterpretación de principios y cláusulas legales;
- * Respaldo el debate sobre una nueva organización territorial y leyes de planeamiento;
- * Brindar incentivos para realizar investigaciones interdisciplinarias y análisis críticos donde se consideren las dimensiones legales;
 - Concientizar a profesionales del derecho, como jueces, fiscales y abogados;
 - Brindar capacitación legal a profesionales de otras áreas; y
 - Respaldo a instituciones comprometidas con promover la reforma legal.

5. Función social e identificación de las bases del derecho urbanístico en el orden jurídico del Perú

En principio, debemos tener presente que en el Perú no se encuentra ni reconocido ni desarrollado como materia autónoma el derecho urbanístico. Sus bases, por decirlo de alguna manera, las vamos a encontrar a través de otras materias o paradigmas, tal como hemos venido viendo en el desarrollo del presente artículo, como ha sucedido en la historia legislativa de otros países, es decir, en el derecho civil y, posteriormente en el derecho administrativo, que, a mi entender, es el actual paradigma sobre el cual se desarrolla nuestra legislación en esta materia.

Las bases iniciales del derecho urbanístico en nuestro país las vamos a encontrar en nuestro derecho civil, en su principal cuerpo normativo que es nuestro Código Civil promulgado en 1984, cuando regula el derecho de propiedad, al regular su definición, características y extensiones, constituido como un derecho real, es decir, como derecho pleno que tiene una persona sobre un bien reconocido jurídicamente. Esta naturaleza civil de la propiedad sobre la cual se iniciarán las bases del derecho urbanístico va a encontrar su respaldo en nuestras constituciones políticas, principalmente en la de 1979 y la vigente de 1993 al establecer el derecho de propiedad como derecho fundamental de la persona.

En esta parte, vamos a analizar si nuestro ordenamiento jurídico contempla, dentro de la regulación sobre propiedad predial, el concepto de función social de la propiedad, como principio base del derecho urbanístico.

En América Latina se ha analizado la propiedad desde dos perspectivas; por un lado, mirar la ciudad a partir del lote privado, en función de los intereses individuales de los propietarios; y por otro, considerar que la propiedad no ostenta un derecho absoluto e irrestricto, sino que se encuentra sujeto a límites o restricciones.²

De acuerdo con la doctrina, los límites a la propiedad son los que delinearán el verdadero contenido del derecho de propiedad. Los límites se explican en razón de la función social que cumple la propiedad. El derecho de propiedad ya no se entiende bajo un concepto

² Al respecto, véase el documento "Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: Algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil" de Edésio Fernandes. En *Boletín Mexicano de Derecho*. Recuperado el 12 de octubre de 2014 en <www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/109/art/art2.htm>.

absoluto que se le atribuyó antiguamente. Los límites a su ejercicio hacen compatible la propiedad con los intereses de la sociedad.³

El derecho de propiedad en nuestra legislación nacional vigente, en principio, se encuentra recogido por nuestra Constitución Política del Perú como derecho fundamental de la persona, en sus artículos 70, 71, 72 y 73.

Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de Ley [...]”.

El reconocido profesor de derechos reales Jorge Avendaño Valdez expresa lo siguiente:⁴

El ejercicio de la propiedad no es irrestricto, tiene limitaciones. Son dos: el bien común y la ley. La propiedad debe ejercitarse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

La Constitución de 1979 decía que los bienes deben usarse en armonía con el interés social. Idéntica norma contenía la Constitución de 1933, luego de modificada en 1964.

Cuando se discutía la Constitución actual hubo largo debate sobre este punto y se acordó reemplazar la noción de interés social por la de bien común.⁵ El interés social estuvo incluido en las Constituciones de 1933 y 1979, pero entre los constituyentes de 1993 hubo un temor a mantener ese concepto porque había sido utilizado como causal expropiatoria de predios para la reforma agraria y de la fallida expropiación de la Banca. Por consiguiente los autores de la Constitución optaron por eliminar el concepto de interés social, tanto como causal expropiatoria como para regular el ejercicio del derecho de propiedad.

El concepto de bien común tiene su origen en encíclicas papales de inicio del siglo pasado. Es el bien general, el bien de todos. Es aquello que beneficia a la generalidad de las personas, a diferencia del interés social que responde a la conveniencia de un determinado sector social [...].

Volviendo al texto constitucional, la propiedad debe ejercerse dentro de los límites de la ley. La Constitución admite expresamente, en consecuencia, que se dicten leyes que limiten o restrinjan la manera cómo el propietario ejercita su derecho.

En este orden de ideas, el constitucionalista y profesor Enrique Bernal Ballesteros expresa:⁶

Si bien la propiedad privada es un derecho individual y esencial para la persona, no es un derecho cuyo ejercicio quede a la absoluta discreción del propietario. La Constitución dice que se ejerce bajo dos parámetros:

* En armonía con el bien común, lo que quiere decir que la propiedad no es una institución puramente individualista sino que también tiene un contenido social y

³ Avendaño Valdez, Jorge (2007). *Código Civil comentado*”. En *Derechos Reales*. Tomo v. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, p. 264.

⁴ Avendaño Valdez, Jorge (2005). *La Constitución comentada*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 943 y ss.

⁵ Congreso de la República (1998). *Diario de Debates – Debate Constitucional Pleno 1993*. Tomo I. Lima: Congreso de la República del Perú, pp. 879 y ss.

⁶ Bernal Ballesteros, Enrique (1999). *La Constitución de 1933 – Análisis comparado*. Quinta edición. Ca- rible: Rao, p. 381.

de compromiso. En realidad, el concepto más preciso y adecuado era el interés social. Se prefirió este del bien común, que es de dimensiones más amplias, pero también más subjetivas.

* Se ejercita dentro de los límites de la ley, es decir, que la ley puede imponer regulaciones al ejercicio del derecho de propiedad para armonizarlo con los intereses generales de la sociedad.

El profesor colombiano de derecho urbanístico Oscar Alfonso nos señala que

Desde el momento en que la propiedad dejó de ser tratada como un derecho para ser acogida como una función social, el ordenamiento jurídico se ha visto expuesto a un sinnúmero de demandas motivadas por la creencia de que la nueva noción afecta las reglas de igualdad y libertad sobre las que se han erigido los estados modernos. [...]

Pero es hacia 1919, en la Constitución de la República de Weimar, en donde, al parecer, se levantó originalmente una doctrina diferente, la de la función social de la propiedad, con la que se intenta superar el estado de ociosidad de ciertas propiedades mediante su vinculación activa al crecimiento económico. La noción de que ser propietario es una condición de la que se derivan simultáneamente beneficios para el individuo y obligaciones con la sociedad irrumpió en el ordenamiento jurídico alemán con un principio complementario, el de "la obligación de hacer" y con "prontitud" y, al hacerlo, reveló que lo que estaba en juego era un orden jurídico con capacidad de promover el crecimiento económico mediante acciones colectivas que penalizaran la ociosidad de la propiedad. La posibilidad cierta de la extinción del dominio por la vía administrativa se configuró como el instrumento más poderoso en manos del Estado para desarrollar la nueva doctrina, y la discusión sobre si tal acto se efectúa con indemnización o sin ella se resolverá paulatinamente a favor de la última modalidad, con la particularidad de que ella se realiza a los precios de mercado de la propiedad en cuestión.

Sobre el tema, es necesario observar la jurisprudencia que ha dictado el Tribunal Constitucional en su comentada sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre de 2003, en la cual determina:

26.- [...] Ahora bien, la referencia al bien común establecida en el artículo 70 de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía. [...]

Ahora bien, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado; de modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son solo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

Pablo Ramella (1980) precisa que “la función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de este derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras en beneficio del bien común”. Dicho concepto obliga a que se armonice el interés del propietario con el de la comunidad; procediéndose, para tal efecto, a que el Estado modere su ejercicio a través de la reglamentación.

Al respecto, el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia STC/37/1987, ha precisado que: “La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura como haz de facultades individuales, pero también y al mismo [sic] como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir [...]”.

En efecto, en el sistema constitucional personalista —caso de nuestra Constitución— la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestos por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho.

Finalmente, es necesario señalar que dentro de los principios del Plan Regional de Desarrollo Concertado de Lima 2012-2025, aprobado por la Ordenanza 1659 de 19 de febrero de 2013, se encuentra el siguiente: “el concepto del bien común se privilegia prevaleciendo sobre los intereses y aspectos individuales, permitiendo vivir en una sociedad solidaria, justa, inclusiva y participativa”.⁷

Tal como se ha en el numeral precedente, la Constitución diseña las características fundamentales de la propiedad; sin embargo, es el Código Civil el que las define:

Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

Artículo 957.- La propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.

Sobre el tema, Francisco Avendaño señala que los principales límites al ejercicio del derecho de propiedad están vinculados a la propiedad predial. Según el artículo 957

⁷ Plan de Desarrollo de Lima, p. 344.

del Código Civil, la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas.

La zonificación es la parte del plan regulador que trata de la organización integral de las ciudades. El plan regulador, a su vez, es el conjunto de normas y disposiciones técnicas, legales y administrativas, mediante las cuales se propone la más adecuada utilización de la tierra. La zonificación está a cargo de las municipalidades provinciales. A través de ella, las municipalidades condicionan y regulan el uso de la propiedad predial de acuerdo con el bien común, con prevalencia sobre los intereses particulares.⁸

Esta es una cuestión clave al estudiar el tema de la propiedad predial, es por ello que se encuentra históricamente justificada el planteamiento del artículo 957 de nuestro Código Civil, que preceptúa que esta queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas, lo cual resulta crucial en el diseño de políticas públicas que busca construir ciudades más justas y ambientalmente equilibradas.

Nuestro Código Civil no considera la propiedad predial exclusivamente en función de las posibilidades económicas ofrecidas a los propietarios individuales, cuya medida es determinada por estos; es por ello que establece la acción del Estado en el control de los procesos de uso y ocupación del suelo urbano para hacer compatibles los diferentes intereses existentes en el desarrollo urbano, a través de políticas de zonificación y procesos de habilitación.

Es así que el Código Civil sustituye el principio individualista por el principio de función social de la propiedad y de la ciudad, al hablar de zonificación y procesos de habilitación, y establece las bases de un nuevo paradigma jurídico-político para el control del uso del suelo y del desarrollo urbano por parte del poder municipal.

De otro lado, de conformidad con la Constitución (Inciso 5 del artículo 192), al poder municipal se le ha concedido la capacidad, a través de diversos instrumentos jurídicos, urbanísticos (como el Plan de Desarrollo de Lima⁹) y económicos, de determinar la medida de ese equilibrio posible entre los intereses individuales y colectivos en referencia al uso del bien no renovable que resulta esencial para el desarrollo sostenible de vida en las ciudades, que es el suelo urbano.

Así, Francisco Avendaño señala:¹⁰

Debe distinguirse la privación del derecho de propiedad de los límites a su ejercicio. La privación de la propiedad se materializa mediante la expropiación, lo cual supone la terminación del derecho de propiedad privada, adquiriendo el Estado en forma obligatoria o forzosa, bienes que son imprescindibles para la realización

⁸ Avendaño Arana, Francisco (2007).

⁹ Al respecto, véase Galiano, Grisel y Pérez, María Elene (2012, marzo). "La naturaleza jurídica de los planes de ordenamiento territorial y urbanismo". Recuperado el 12 de octubre de 2014 en <http://www.derechocambiosocial.com/revista028/ordenamiento_territorial_y_urbanismo.pdf>.

¹⁰ Avendaño, 2007: 264.

de sus fines. El fundamento jurídico de la expropiación es la realización de las funciones del Estado. La propiedad privada es un elemento fundamental de la organización social. Sin embargo, en ocasiones el interés general entra en conflicto con la propiedad privada, al punto que esta puede ser privada.

Los límites al derecho de propiedad, establecidos también para satisfacer el interés general, son cargas o prohibiciones que se imponen al derecho de propiedad para limitar su ejercicio. Se produce una disminución o recorte del poder jurídico, que impide al propietario actuar con total libertad sobre el bien, pero no se pierde la propiedad misma ni la posibilidad de ejercer los atributos del dominio.

En este orden de ideas, Edésio Fernandes nos comenta la posición de determinados juristas brasileños sobre el tema:

Basándose en muchas de las críticas a la nueva ley,¹¹ se percibe una visión ideológica común a los juristas conservadores de que existiría un único derecho de propiedad, “natural”, intocable, casi sagrado: es necesario que los juristas entiendan que tanto en el ordenamiento jurídico brasileño como en el resto de países capitalistas no se menciona a la definición jurídica del derecho de propiedad como ahistórica, pues todo orden jurídico es histórico, cultural y políticamente producido y modificado. Al centrarse en exceso en el positivismo y el formalismo jurídico, conscientemente o no, estos juristas han estado al servicio de intereses económicos que ven solamente en las ciudades el palco para la acumulación del capital, sin preocuparse en otros intereses sociales y ambientales que hacen referencia a la utilización del suelo urbano.

Además, argumentar que en el orden jurídico brasileño existe un concepto único de derecho de propiedad es una falacia: son muchas las formas de derecho de propiedad —inmóvil, móvil, pública, privada, rural, urbana, intelectual, financiera, industrial, etc.—, así como son diversas las relaciones sociales establecidas en torno a ellas, siendo cada forma específica tratada de manera diferente por el orden jurídico.

Al respecto, el letrado del Tribunal Supremo de España, profesor José Antonio Domínguez Luis, expresa con elocuencia:¹²

La posición nada desdeñable que ocupa la propiedad en el contexto económico, social y jurídico de la colectividad ha supuesto que, desde antiguo, se haya convertido en asunto de especial consideración en esa triple perspectiva, singularmente destacado para la ciencia jurídica. Sin necesidad de retrotraernos más allá de los confines de la contemporaneidad, se constata en este punto la discordancia que existe entre la concepción liberal legalmente positivizada del derecho

¹¹ Se hace referencia a Ley Federal 10.257, llamada “Estatuto de la Ciudad” del 10 de julio de 2001, que regula el capítulo original sobre la política urbana aprobado por la Constitución Federal de 1988 (artículos 182 y 183).

¹² Domínguez Luis, José Antonio (1999, 1 de noviembre). “Sobre la funcionalización del derecho de propiedad”. En *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, N° 5. Recuperado el 12 de octubre de 2014 en <http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168495670&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168490972&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica>.

de propiedad y las exigencias que se derivan de un modelo de Estado que, como el actual, propugna, entre otros objetivos, garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo.

Puede hablarse entonces de la propiedad como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela del derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan solo de aquellos intereses predeterminados por la propia Constitución, para cuya satisfacción ha sido funcionalizado el derecho mismo. De aquí que, como bien dice Puig Peña, el momento actual de la propiedad es el de la superación de la concepción individualista y liberal —que, partiendo de un plano estrictamente iusprivatista, se fija principalmente en la idea de poder— por otra concepción social que contempla la propiedad no solo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea de función.

Debo destacar que la sustitución del principio individualista por el principio de la función social de la propiedad se encuentra presente de manera central en el orden jurídico de muchos países capitalistas más desarrollados; leyes como la española creada en la época de Franco son un ejemplo de lo afirmado y los urbanizadores aceptan el hecho sin protestas. Es más, se han hecho serias observaciones en el sentido que las ganancias de los urbanizadores superan holgadamente las que logran los industriales.

En virtud de lo expresado y en apretada síntesis, se puede afirmar que el concepto de la función social que cumple la propiedad predial se encuentra inmerso dentro de nuestro ordenamiento legal, pero aun sin encontrar un sólido desarrollo.

El derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común, precepto del cual se rescata el contenido social de este derecho. No se habla específicamente de función social, pero el Tribunal Constitucional ha establecido que su consideración se encuentra contenido en esta definición. Segundo, que el derecho de propiedad se ejerce dentro de los límites de la ley.

BASE CONSTITUCIONAL

Los principios constitucionales vinculados al derecho urbanístico, teniendo en cuenta lo expuesto hasta el momento, van a ser muy limitados y contemplados básicamente en el derecho de propiedad y en las competencias de los gobiernos locales (municipalidades provinciales y distritales).

En la Constitución Política del Perú, encontramos en el artículo 195 las competencias de los gobiernos locales; entidades creadas para promover el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. De acuerdo con este precepto constitucional, son competentes, entre otras funciones, para:

- * Aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil.
- * Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.

- * Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura local.
- * Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura recreación y deporte, conforme a ley.

Ya es en la citada Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, ley de desarrollo constitucional, que en nuestro ordenamiento jurídico forma parte del bloque constitucional, que, al igual que en nuestro Código Civil, se van a traducir o recoger algunos de estos principales principios base del derecho urbanístico, dejando en claro que algunos no han sido recogidos de manera adecuada y es por ello que sostengo nuestro estancamiento en el paradigma del derecho administrativo.

Como podemos apreciar, en primer lugar encontramos el principio del urbanismo como función pública. El artículo 195 inciso 6 de la Constitución establece claramente que compete a los gobiernos locales el planificar el desarrollo urbano de sus circunscripciones, precisando además que dicha competencia incluye la zonificación, urbanismo y acondicionamiento territorial. El instituto de la planificación urbana como función pública de las municipalidades es recogido también a lo largo del título V de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Esta base normativa refleja la presencia de otro principio importante, que es el urbanismo como competencia esencial municipal, en el que queda solo como conflicto en nuestra regulación el establecimiento entre las competencias de las municipalidades provinciales frente a las competencias de las municipalidades distritales.

De igual forma, también se advierte de esta normativa y de las establecidas en nuestro Código Civil el principio de remisión de la ley al planeamiento. Si bien este principio es recogido por nuestra legislación, su cumplimiento y/o consideración no se da de manera plena, ya que su funcionalidad está sujeta a otros institutos y principios importantes como la distribución equitativa de los beneficios y cargas establecidas en el planeamiento, así como de la concepción estatutaria del derecho de propiedad urbana. Aquí corresponde hacer mención al artículo 92 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ya que deja claro que la licencia de construcción resulta ser una suerte de requisito administrativo para ejercer el derecho a edificar, cuyo ejercicio solo debe contemplar el cumplimiento de requisitos y las limitaciones que los planes de desarrollo le fijen. Es así como nos hemos quedado aún estancados en el paradigma del derecho administrativo.

Otro aspecto importante de nuestra legislación es cómo se incorpora en ella el principio de la función social de la propiedad, el cual está basado en la naturaleza del derecho civil y no urbanístico. Esto se refleja en el artículo 70 de nuestra Constitución Política y en el artículo 923 del Código Civil cuando señala que el derecho de propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social. Desde esta perspectiva, no se concibe en Perú que el derecho a la propiedad constituya una función social en el sentido que su ejercicio deba beneficiar a la comunidad. Cuando la norma señala que su ejercicio debe estar en armonía con el interés social, se entiende que su libre ejercicio no debe contraponerse a este interés, y no necesariamente a que el ejercicio deba beneficiar o incidir directamente en beneficio de la comunidad. Cuando accedemos a la propiedad no lo hacemos con

la finalidad de cumplir una labor social, tampoco es una carga establecida por la ley el beneficiar con su ejercicio a la comunidad, simplemente hay un deber de no entrar en conflicto con los intereses sociales.

Por otro lado, se encuentra ausencia en nuestra legislación de los importantes principios del derecho urbanístico como son la ausencia de indemnizar los efectos de la ordenación urbanística, lo que deja en manos de nuestros tribunales su establecimiento, quienes básicamente resuelven a la luz de nuestro derecho civil. Otro principio, no ausente pero de carente desarrollo, es el de la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística. En nuestro país ni el Estado ni la sociedad reciben el beneficio obtenido por mejora en el valor de la propiedad como producto del planeamiento urbano, al privarnos de programas para la vivienda de sectores necesitados, mejor infraestructura urbana, entre otros. Asimismo, como veremos en el siguiente punto, los problemas que dificultan el establecimiento del derecho urbanístico como base reguladora del planeamiento han producido una inadecuada utilización racional del suelo, aun cuando algo se ha escrito al respecto.

6. Principales problemas para la implementación del derecho urbanístico en nuestro país

Como hemos venido viendo en los párrafos anteriores, existe aún en nuestro ordenamiento jurídico una marcada preponderancia de nuestro derecho civil en la regulación del suelo, que a través del tiempo ha recibido una intervención directa del derecho administrativo. Considero que, aun cuando no se han incorporado en nuestra legislación los principios fundamentales del derecho urbanístico, es posible lograr un desarrollo, y consecuentemente su consolidación en nuestro país.

Existen problemas y obstáculos para conseguirlo, que son de diferentes naturalezas, pero muchos de ellos se dan por falta de educación, una debida capacitación sobre la materia, con lo cual se entenderían muchos institutos jurídicos, desterrando mitos, y logrando una funcionalidad en todo el sistema. Para ello se requiere, y he ahí el primer obstáculo, voluntad tanto política como ciudadana de empezar a hacer prevalecer el pensamiento de ciudad sobre la idea de propiedad irrestricta.

Para finalizar, quiero enumerar los principales problemas u obstáculos para la implementación del derecho urbanístico en nuestro país, los cuales, de superarlos, nos llevarían a entender adecuadamente el derecho de propiedad desde una visión urbanística:

- * Existe una idea equivocada sobre el derecho urbanístico, al entender que solo constituye un tema incorporado en otras ramas como la del derecho administrativo o del derecho municipal, sin reconocer su contenido ni autonomía.
- * Ausencia de voluntad política, funcional y ciudadana. Hay mucha tendencia a politizar institutos de orden técnico, sobreponiendo un interés político sobre el interés de la ciudadanía. Existe constantes conflictos de competencia; muchos de ellos se deben a intereses políticos y otros al desconocimiento sobre el tema.
- * Errada concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, que le quita contenido social para evitar que no entren en conflicto. Bajo esta perspectiva

privada, es difícil que tengamos una concepción de ciudad con distribución equitativa de los beneficios y cargas para el propietario, la sociedad y el Estado.

- * No hay conocimiento sobre la materia urbanística, sobre sus principios, sus institutos, no se sabe cómo funcionan, para qué sirve y qué se puede lograr con estos.
- * Las universidades no se constituyen como importantes actores en la gestión urbana, al dotar de conocimiento e incorporar en su currículo materias y experiencias exitosas en otros países.
- * Hay una equivocada concepción de la autonomía municipal por parte de nuestras autoridades locales, entendiendo esta autonomía como una capacidad ilimitada de facultades y poderes en su jurisdicción. Esto conlleva una serie de arbitrariedades que luego deben ser corregidas judicialmente, lo que perjudicaría en el prestigio de la institucionalidad del municipio.
- * Se requiere una educación en materia urbanística, conceptos de ciudad, desde los primeros niveles de la educación del ser humano, empezando en casa, para que así se pueda tener una real y legítima participación ciudadana en todo nivel. Si no se educa, siempre se va a crecer pensando en la máxima explotación del derecho a la propiedad de forma absoluta, sin contenido de función social.

7. Bibliografía:

- “Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: Algunas notas sobre la trayectoria del Derecho Urbanístico en Brasil”, de Edésio Fernandes en Boletín Mexicano de Derecho Comparado en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/109/art/art2.htm.
- “Código Civil Comentado” Tomo V, Derechos Reales, Comentario de Francisco Avendaño Arana. Gaceta Jurídica, Segunda edición, Mayo 2007, Lima, Perú.
- “La Constitución Comentada”, Director Walter Gutierrez, Tomo I, Gaceta Jurídica, Diciembre 2005.
- Congreso de la República, “Diario de Debates – Debate Constitucional Pleno 1993” Tomo I, Publicación Oficial 1998.
- “La naturaleza jurídica de los Planes de Ordenamiento Territorial y Urbanismo” por Grisela Galiano M. y María Elene Pérez R., Marzo 2012, en Derecho y Cambio Social, en: http://www.derechocambiosocial.com/revista028/ordenamiento_territorial_y_urbanismo.pdf
- Los principios informadores del Derecho Urbanístico, por Francisco Javier Enériz Olaechea; boletín de la Facultad de Derecho, núm, 27, 2005.
- Los principios éticos y jurídicos en materia de ordenamiento territorial y gestión del suelo en Colombia; por María Mercedes Maldonado Copello.
- Planes parciales, gestión asociada y mecanismos de distribución equitativa de cargas y beneficios en el sistema urbanístico colombiano; por María Mercedes Maldonado

Copello, Juan Felipe Pinilla Pineda, Juan Francisco Rodríguez Vitta y Natalia Valencia Dávila. Lincoln Institute of Land Policy. Junio 2006.

- Invitando al debate en torno a las reformas al suelo urbano; por M.Fil. Carlos Morales Schechinger. 2º SEMINARIO INTERNACIONAL: REFORMAS AL SUELO URBANO:
- ACIERTOS, DESACIERTOS Y RETOS, Organizado por el Programa Universitario de Estudios sobre la Ciudad y la Coordinación de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Lincoln Institute of Land Policy. Ciudad Universitaria, 4 y 5 de Julio de 2002.