

INSTRUMENTOS JURIDICOS PARA UNA POLITICA URBANA

Miguel Angel Fernández G.

Profesor de Derecho Político y Constitucional
Universidad de Católica de Chile
y Universidad de Las Condes

Rony Jara Amigo
Andrés Cuevas Ossandón
Abogados

I. INTRODUCCION

El *urbanismo*, en cuanto arte de proyectar y construir unidades de concentración humana de tal manera que sean satisfechas las necesidades que garantizan la vida digna de los hombres y la eficacia de la gran empresa que constituye una ciudad¹, aunque data de antiguo en su evolución histórica², no ha ocupado siempre un rol preponderante dentro de las prioridades públicas y privadas, en el contexto de una política coherente.

Asimismo, el Derecho no ha incorporado, en un conjunto sistemático, al fenómeno urbano, reconociéndolo como vertiente genuina, incluso autónoma, para canalizar el conjunto de normas que se ocupen de la organización de los espacios para la vida del hombre³.

Mientras las ciudades, como centros productivos y de actividades sociales y culturales, experimentan cambios profundos, imposibles de prever en su totalidad, por lo que ya no pueden ser consideradas fenómenos accidentales, las ciencias y particularmente el Derecho no pueden permitir que se pierda más tiempo en enfrentar los desafíos urbanos que se nos imponen, pues ese tiempo resultará irrecuperable y con un costo elevado en términos de la calidad de vida de las personas y eficiencia de las ciudades⁴.

De tal manera que frente al afán legítimo de las personas, individualmente o asociadas, por incrementar el crecimiento económico, industrial y tecnológico, aparece la necesidad que el desarrollo no perjudique las condiciones de vida, en términos de menoscabar y hasta destruir el entorno en que ellas se desenvuelven.

La solución, claro está, no consiste en detener los procesos de avance y progreso material, lo cual resulta, por lo demás, indeseable, sino que es preciso estructurar un conjunto de políticas globales tendientes a regular la actuación de los agentes en la ciudad, de tal forma que cada miembro del cuerpo social asuma los verdaderos costos y perciba los reales be-

¹ Pedro BIDAGOR: *Discurso de Apertura del Primer Congreso Nacional de Urbanismo*, Madrid, 1962, p. 58.

² Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Urbanístico* (Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1992), pp. 32 y 33; y Lautaro RÍOS ALVAREZ: *El Urbanismo y los Principios Fundamentales del Derecho Urbanístico* (Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985), pp. 4 ff.

³ El Derecho Urbanístico, de data reciente en el Derecho Comparado, no existe como tal en nuestro país.

En este entendido, precisamos que *Urbanismo* es "El conjunto de conocimientos que se refieren al estudio de la creación, desarrollo, reforma y progreso de los poblados en orden a las necesidades materiales de la vida humana", según el *Diccionario de la Real*

Academia de la Lengua Española (Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1992), p. 1454.

Véase también, Hans ROTHER: *Derecho Urbanístico Colombiano* (Bogotá, Ed. Temis, 1990), p. 15.

⁴ Carlos HURTADO RUIZ-TAGLE: Quo Vadis? en *El Mercurio*, publicado el 17 de septiembre de 1992, p. A.2. Véase, asimismo, Jaime SOLARI SAAVEDRA: "Medio Ambiente y Economía" en *El Mercurio*, publicado el 23 de diciembre de 1992, p. A.2.

neficios por las consecuencias que sus acciones u omisiones provoquen en los demás miembros de la comunidad.

El presente trabajo traza tres principios básicos que deben considerarse por quienes, desde sus distintas especialidades, se aboquen a la solución de los problemas urbanos y a la concepción de una ciudad que funcione en términos de *óptimo* y *desarrollo sustentable*. Es decir, y en referencia al primero de aquellos conceptos, un asentamiento humano en que se maximice el empleo de los recursos escasos en pro de la satisfacción de necesidades ilimitadas; y, en cuanto al desarrollo sustentable, entendiendo por tal el deber que pesa sobre la sociedad completa en orden a sostener e incrementar en el tiempo las mejores condiciones de vida que le haya sido posible alcanzar, sin detener el progreso⁵.

Asimismo, y a la luz de cada uno de esos principios, esbozar la tarea que corresponde al *Derecho*, como ciencia a la que toca un rol *instrumental* que permita traducir, en disposiciones coercitivas, lo requerido para el adecuado funcionamiento del fenómeno urbano, por una parte, y como conjunto de normas que importen *promoción* y *regulación* de las condiciones necesarias serias para la calidad de vida y la eficiencia en la gestión de las ciudades, de otra.

II. FINALIDADES DEL URBANISMO

No cabe duda de que las ciudades enfrentan actualmente un conjunto de problemas que es preciso resolver, con el objeto de asegurar mejores *condiciones de vida* a las personas y obtener una mayor *eficiencia*.

En efecto, la calidad de vida y la eficiencia parecen ser elementos integrantes y, al mismo tiempo, finalidades esenciales que han de tener en cuenta quienes aborden el fenómeno urbano, cualquiera que sea la perspectiva desde la que lo enfrenten, ya sea para superar sus problemas o para configurar ciudades de rendimiento, humano y material, *óptimo*.

En lo que concierne al *Derecho*, por ende, debe considerarse ambos elementos, como parte integrante de su contenido, a la par que situarse en ellos para pretender alcanzarlos en aquel

carácter dual de componente y objetivo que cada uno posee.

1. *Calidad de vida*

Así, la *calidad de vida*, esto es, el conjunto de propiedades inherentes a una persona, sean comodidades o incomodidades, con que ella cuenta para alcanzar su mayor desarrollo espiritual y material posible⁶, aparece como la piedra angular sobre la que ha de construirse una respuesta *óptima* a los problemas urbanos de las sociedades contemporáneas.

Ciertamente que la decisión en cuanto al contenido concreto de la calidad de vida debe radicarse en *las personas* y, por lo tanto, en su determinación no pueden ser coaccionadas ni menos suplida su voluntad por la de otras entidades o por la del Estado.

Al mismo tiempo, pensamos que en esa opción personal *deben respetarse los valores inherentes a la sociedad*.

En concreto, ni las personas ni menos el Estado, en la definición de las condiciones para una mejor calidad de vida, pueden atentar contra los valores sociales relevantes, entre los cuales y por simple vía ejemplar, mencionamos: La libertad en todas las áreas del quehacer humano, la igualdad, sobre todo de oportunidades, la libre iniciativa y la promoción y justicia social.

Asimismo, si bien tal decisión corresponde a las personas, en pleno ejercicio de sus derechos y deberes, las que deben respetar los valores anteriores y superiores al hombre, no puede desconocerse que también *el Estado* tiene un rol trascendental que jugar, dado que se encuentra al servicio de la persona humana.

En suma, *definir* el contenido de la calidad de vida es una decisión que ha de ser adoptada a la luz de las necesidades, ventajas y limitaciones de los ciudadanos⁷, en el contexto de valores objetivos y en la cual corresponde a la autoridad la tarea de establecer y hacer eficaces los instrumentos jurídicos tendientes a reconocer, amparar, promover y proyectar las condiciones que hagan de esa decisión una realidad.

⁶ Cfr. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ: *Las Urbanizaciones de Uso Privado* (Madrid, Ed. Tecnos, 1990), pp. 86-88.

⁷ "Natural o vecino de una ciudad" (*Diccionario*, citado en *supra* nota 3, p. 341) y *vecino* es el "Que tiene casa y hogar en un pueblo, y contribuye a las cargas o repartimientos aunque actualmente no viva en él" (*Diccionario* ya citado, p. 1465).

⁵ Repárese que el concepto de *desarrollo sustentable* aquí empleado es más amplio que lo tradicionalmente entendido con él, puesto que se lo ha referido sólo al uso racional de los recursos naturales para satisfacer necesidades presentes pero sin comprometer las de las generaciones futuras.

2. Eficiencia

Tanta trascendencia como el anterior adquire el concepto de *eficiencia*, en cuanto elemento integrante y finalidad que deben considerar las ciencias que se aboquen al fenómeno urbano.

Si se trata que las ciudades, en cuanto unidades económicas, produzcan y permitan producir el máximo de bienes y servicios, con los recursos escasos de que disponen, de manera que se alcance el mayor bienestar posible, entonces, tórnase la eficiencia en factor sustancial del análisis urbano.

Efectivamente, frente a una determinada actividad urbana se pueden generar desequilibrios que es preciso corregir, puesto que el costo social es mayor que el privado y no se ha producido acuerdo entre las partes. El Derecho, entonces, deberá contemplar el mecanismo que, desde el punto de vista de la eficiencia, solucione esa colisión de bienes y costos, social y privado.

Asimismo deberá prever una solución que considere un sentido amplio de eficiencia, es decir, no sólo considerando la optimización en el empleo de los recursos, sino también las valoraciones consideradas relevantes por la sociedad, esto es, ciertas cualidades valiosas para la comunidad, con lo cual, más allá de lo eficiente que pueda resultar aplicar una solución determinada, puede que sea rechazada por una parte mayoritaria de la sociedad, por cuanto vulnera aquello que ella estima un principio que debe salvaguardarse más allá de las respuestas técnicamente acertadas⁸.

Por lo tanto, no es eficiente todo mecanismo que permita enfrentar las externalidades, sino aquel que considera también esos valores suprajurídicos queridos y respetados por la sociedad en su conjunto. Al Derecho corresponde, entonces, recoger en sus disposiciones esas valoraciones sociales y trasuntarlas en normas que permitan a los tribunales resolver la *aparente* dicotomía entre una eficiente respuesta a la cuestión de las externalidades y el bien jurídico en juego anhelado por la comunidad.

Empero, puede suceder que, de frente a situaciones concretas, ello no sea posible, por las circunstancias específicas y especiales de un caso determinado. En esta situación, y buscando primero la conjugación entre las normas, con el objeto de hacer valer el sentido amplio de eficiencia, y luego la prevalencia

entre ellas, los tribunales habrán de resolver en aras de la optimización en el funcionamiento de la ciudad.

Como se ha expuesto, las valoraciones sociales a que se ha hecho referencia integran, para las personas, el contenido de la eficiencia, pero por su relevancia especial pueden adquirir entidad propia, y han de ser puestas en la balanza, junto a los costos y beneficios sociales que generan las actuaciones de los distintos agentes en la ciudad, al momento de determinar la manera cómo resolver las externalidades que no puedan solucionarse por el acuerdo de las partes involucradas.

En verdad, y en una secuela cronológica, la tarea que primero debe abordarse, al enfrentar el fenómeno urbano, es la eficiencia, en cuanto manera de lograr un efecto determinado⁹, cual es evitar o disminuir las consecuencias que generen las externalidades, esto es, un "efecto-difusión cuando la producción o el consumo imponen costos o beneficios que no son pagados por los que los imponen o los reciben"¹⁰. Es decir, trátanse de los efectos, deseados o no, que provocan beneficios y costos no asumidos por quien realiza una conducta determinada.

Efectivamente, las actividades desarrolladas por los distintos agentes que conviven en la ciudad generan una serie de *externalidades*, sean ellas positivas (economías externas) o negativas (deseconomías externas) y que no se reflejan en las transacciones monetarias o de mercado. La eficiencia consiste, precisamente, en el análisis y solución de las externalidades.

En el camino por abordar los problemas urbanos —cual es precisar lo que es eficiente o cómo paliar las externalidades—, al Derecho corresponde una tarea doble: Primero, definir cuándo el efecto provocado por la actuación de un agente es una externalidad, positiva o negativa, y no un *perjuicio*; y segundo, establecer el mecanismo de solución, puestos de frente a una *deseconomía*.

En la primera tarea resulta indispensable al Derecho distinguir el *costo social* del *daño* a terceros, puesto que si se trata de este último no habrá lugar al mecanismo corrector de la externalidad, sino a los procedimientos reparatorios, civiles y penales que contempla el ordenamiento jurídico.

⁹ Diccionario, citado en *supra* nota 3, p. 559.

¹⁰ Paul A. SAMUELSON y William D. NORDHAUSE: *Economía* (Ed. McGraw Hill, 1992) p. 893. Véase también Ronald H. COASE: "El Problema del Costo Social" en *Estudios Públicos* N° 45 (1992), pp. 82 ff.

⁸ Véase, en este sentido, A. MITCHELL POLINSKY: *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (Ed. Ariel, Barcelona, 1985), pp. 19 ff.

Determinado que se trata de una externalidad negativa o deseconomía, aparece la segunda tarea para el Derecho, cual es prescribir el mecanismo de solución y si, por el contrario, se trata de una externalidad positiva, también corresponde al ordenamiento jurídico preverlo, si bien es cierto no para afrontarlo y eliminar los costos que genera, sino para regular adecuadamente la manera cómo esa economía externa se inserta en el contexto de eficiencia que está desarrollándose en la ciudad.

Entre esos mecanismos hay dos posibles soluciones, en términos generales. Una, el acuerdo entre las partes involucradas, para lo cual el Derecho deberá establecer genuinos modelos de participación y vinculación entre los agentes económicos que conviven en la ciudad, esto es, para que se produzca la convergencia entre entidades públicas, o entre particulares, o entre aquéllas y éstos.

La segunda alternativa es que sea el propio ordenamiento jurídico el que contemple el mecanismo de solución, imponiéndolo por la vía *coactiva* de sus normas, ya sea en subsidio de la voluntad de las partes, porque la conformidad no ha sido posible, o en aquellos casos en que no se admita tal acuerdo, como forma principal y obligatoria.

En fin, alcanzar el adecuado equilibrio entre actividad económica creciente y calidad de vida o, desde el punto de vista de la eficiencia, evitar que la realización de una conducta genere costos que no sean enteramente asumidos por quien la lleva a cabo, constituye el eje a partir del cual es preciso abordar los problemas urbanos y la realidad de nuevas ciudades¹¹.

En consecuencia, sólo en una sociedad donde se aseguren a las personas condiciones de vida óptimas; en que los agentes económicos puedan desarrollar su actividad en la certeza que el costo que por ello asumen es el debido, en base a las externalidades negativas que generan; en que las personas, en general, están dispuestas a asumir la responsabilidad de administrar eficientemente los escasos recursos de que disponen, es una sociedad que se sustenta sobre bases sólidas de desarrollo y convivencia.

III. INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA

En el afán por situar al Derecho en el contexto de una política urbana óptima, resulta

¹¹ Donald M. McALLISTER: Evaluation in Environmental Planning (The Massachusetts Institute of Technology Press, 1980), pp. 29-30.

indispensable que la ciencia jurídica, junto a las demás que interactúan para configurar una política de esa especie, enmarquen sus disposiciones en, al menos, los tres *instrumentos* que a continuación se analizan.

Tales instrumentos de política urbana, entonces, constituyen mecanismos que el Derecho Urbanístico, es decir, cada una de las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales que incidan en la realidad urbana, debe abordar. Normas que, teniendo en su contenido y finalidad la mejor calidad de vida y la eficiencia, aseguren, vinculando *estabilidad* y *dinamismo*, un desarrollo sustentable de las ciudades ya fundadas y por fundar.

1. Planificación objetiva y participativa

El primer instrumento consiste en que la planificación debe ser *objetiva* y admitir, en cada una de sus etapas, la *participación* activa y organizada de la comunidad.

A. Precisiones conceptuales

La trascendencia de este instrumento, en el Derecho chileno, queda de manifiesto si se considera que el legislador ha conceptualizado lo que debe entenderse por planificación urbana, señalando que consiste en¹²: "El proceso que se efectúa para orientar y regular el desarrollo de los centros urbanos en función de una política nacional, regional y comunal de desarrollo socioeconómico"¹³.

Revisando, por vía enunciativa, el concepto legal transcrito, se distinguen los siguientes elementos:

Primero y de acuerdo a nociones de carácter universal o aplicables a toda materia, la planificación consiste en un *proceso*, vale decir, comprende un conjunto de fases sucesivas¹⁴;

¹² Recuérdese lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, en cuanto a que cuando el legislador haya definido expresamente una palabra para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

¹³ Artículo 27 inciso 1º de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 1976, y sus reformas.

¹⁴ *Diccionario*, citado en *supra* nota 3, p. 1185. Especialmente, véase la cuarta acepción, la cual señala que proceso es un "conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial".

Segundo, la razón de ser o fundamento de la planificación es *orientar y regular* el desarrollo de las ciudades, es decir, dirigir las hacia un fin determinado de acuerdo a reglas precisas¹⁵.

Tercero, que su finalidad es alcanzar el *desarrollo* de las ciudades;

Y cuarto, que la planificación se sustenta en una *política* de desarrollo socioeconómico elaborada en cada uno de los niveles del país¹⁶.

Así, es momento de destacar que el carácter *orientador y regulador* de la planificación permite aseverar que, si bien al Estado, en cuanto garante del bien común, le corresponde ejercer ese rol, ello no conlleva impedir la activa participación de los particulares, individualmente, u organizados al efecto, en cada una de las fases del proceso urbano, situándolos más que como meros participantes del planeamiento¹⁷.

En este contexto, asimismo, preciso es advertir que aceptada esta participación, ella no puede menos que insertarse en un sistema de mercado, dentro del ámbito definido por las políticas públicas. En otras palabras, frente al imperativo que admite y promueve la intervención de las personas en el desarrollo y planificación urbana, tras prefigurar las orientaciones y regulaciones generales en la materia, debe activarse y proyectarse la actuación e inserción de las personas en esos procesos, tanto en su fase de diagnóstico y planeamiento como en la de ejecución, control y desarrollo.

Sin embargo, podría sostenerse, todavía, que *planificación y economía libre* son principios *inconciliables*, identificando erróneamente a la primera con regímenes económicos colectivistas y antidemocráticos, en circunstancias que la necesidad de dictar normas que orienten y regulen las distintas actividades humanas, entre ellas la urbana, no puede menos que ser una labor reconocida y perfeccionada, *en todo sistema político, económico y social*¹⁸.

¹⁵ *Id.*, p. 1083 (véase, especialmente, la cuarta acepción) y p. 1246.

¹⁶ Juan Carlos CASSAGNE: *Derecho y Planeamiento Urbano* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 1983), p. 77. En el Derecho chileno vigente, véase el Decreto Supremo N° 31, del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, dictado el 14 de marzo de 1985, que contiene la Política Nacional de Desarrollo Urbano.

¹⁷ José María BOQUERA OLIVER: *Derecho Urbanístico Local* (Madrid, Ed. Civitas, 1992), p. 37.

¹⁸ Es más, el principio mismo de la planificación puede ser discutido —lo cual escapa a

En este sentido, "nuestra tarea estriba en edificar un sistema social mediante la planificación, pero planificación de una clase especial: tiene que ser *planificación para la libertad*, sujeta a control democrático; planificación, sí, pero no una planificación restrictiva que favorezca a los monopolios de grupo, sean de hombres de empresa o de asociaciones obreras (...); en una palabra, *planificación, no regimentación*"¹⁹.

Por lo anterior es que si se trata de *orientar y regular*, como exige nuestro ordenamiento jurídico —y no de *imponer y mandar*—, la tarea que corresponde al planeamiento no sólo es plena y perfectamente *compatible* con un régimen de *democracia* política y *libertad* económica, sino que es una herramienta indispensable, precisamente, para garantizar la vigencia de aquel régimen y de esta libertad²⁰.

B. Rasgos esenciales de la planificación

Habiendo quedado a firme que la planificación, en cuanto instrumento que oriente y regule una política urbana óptima, es plenamente conciliable con la democracia y la libre iniciativa, es importante indagar, entonces, en qué se basa esa armonía, pues, por lo mismo, no toda planificación se adecua a esos modelos político y económico.

En efecto, cabe afirmar categóricamente que sólo una planificación del desarrollo urbano que sea *objetiva y participativa* reúne las condiciones que permiten insertarla en un régimen de aquellas características y que, a mayor abundamiento, cumple con la conceptualización que nuestro legislador exige para admitir la validez sustancial del planeamiento urbano.

La planificación debe ser *objetiva*, en cuanto tratase de lo "pertenciente al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o de sen-

este trabajo—, pues válidamente podría sostenerse que una política urbana adecuada, es decir, que asegure condiciones de vida óptimas, en un marco de eficiencia urbana y respeto por los valores sociales relevantes, sólo sería aquella en que no existiera planeamiento proveniente de la autoridad, pública o privada, sino vigencia plena de las regulaciones del mercado.

¹⁹ Karl MANHEIM: *Libertad, Poder y Planificación Democrática* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1974), p. 50 (énfasis agregado).

²⁰ Gunnar MIRDAL: *El Reto a la Sociedad Opulenta* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1974).

tir²¹, por lo que las decisiones deben ser adoptadas con un carácter objetivo, es decir, especializado y ajeno a consideraciones que no se vinculen con el objeto en estudio, cual es el urbanismo.

Como manifiesta la doctrina nacional al referirse precisamente al rasgo objetivo de la planificación: "(...) el desarrollo de la ciudad no debe ser una suma de *actos espontáneos* o imprevistos, sino la progresiva materialización de un proyecto colectivo—es decir, con la *participación* de la comunidad—cuyas determinaciones estén contenidas, con mayor o menor detalle, en las diversas categorías de instrumentos de la planificación urbana"²².

Además y por añadidura lógica, los planes deben ser elaborados por la autoridad respectiva, pero mediando la actuación de la comunidad, pues tal y como lo objetivo hace que el planeamiento sea un principio válido en un régimen de *economía libre*, la *participación* lo hace, a su vez, conciliable con el sistema de *libertad política*, o sea, con la democracia.

No hay duda y cada vez hay mayor coincidencia en que la *democracia* ha dejado de ser puramente representativa, transformándose en un régimen *participativo*. La sociedad y sus miembros, en otras palabras, persiguen cada día mayores espacios de intervención en la actividad pública, a través de mecanismos que les permitan acceder ya no sólo a instancias consultivas o de ratificación de lo previamente decidido por la autoridad, sino también a las fases decisoria, ejecutiva y de fiscalización que le siguen, materializada esta última, por lo general, a través de la configuración de acciones públicas o populares.²³

La autoridad, por su parte, avanza por el camino de responder a las necesidades de las personas y abandona, cada día con mayor prontitud, los ideologismos y las grandes teorizaciones a cambio de políticas específicas y concretas que resuelvan los problemas cotidianos de personas reales, percatándose que es imperioso, en el contexto de políticas globales, resolver los asuntos aquí y ahora, aunque con indispensable visión de futuro²⁴.

Así, la participación es el rango que *legitima* los procesos planificadores y posibilita que, por su intermedio, la autoridad pueda *llevar de contenido la idea de calidad de vida*.

Sin embargo, es preciso ser cuidadoso con los mecanismos específicos de participación, pues la actuación de las personas podría generar que la autoridad se vuelva lenta e irregular en su actuación, haciendo de la participación no ya un elemento clave en su secuela positiva, sino un obstáculo que vuelva engorroso, si no imposible, el accionar de la autoridad.

Por ello, es que junto con introducir modelos participativos a lo largo de todo el proceso de elaboración, ejecución y control de las políticas urbanas, generales y específicas, es necesario que esos mecanismos sean *eficientes* para que la intervención de la comunidad sea pronta, oportuna y eficaz. Asimismo, también esta intervención debe estar fundada en *supuestos objetivos*, tal y como se exige a los organismos rectores, públicos o privados.

En suma, no basta con introducir a las personas desorganizada y abruptamente en el desarrollo urbano y su planificación, sino que deben procurarse los medios para que su actuación se constituya en un genuino aporte, para lo cual deberá dárseles acceso a la información que sea necesaria para que tomen decisiones adecuadas, de tal manera que no se tome en ideas o presentaciones estériles.

En dos palabras, la planificación debe ser objetiva porque sólo así es un instrumento armonizable con el modelo económico de libertad y participativa porque de esta manera es conciliable con el régimen político de democracia plena.

Aunque pueden hallarse argumentos para sustentar, desde un punto de vista teórico, que los planes deben ser elaborados, ejecutados y controlados sólo por la autoridad constituida, como, de hecho, ha ocurrido en muchos países y por tanto tiempo, dado que se trataría de una función pública.

Tales propuestas tómanse bizantinas cuando se asume que la planificación *no es un fin en sí mismo*, sino un *instrumento al servicio de las personas* y, por ende, éstas son consideradas como tales, pues se las respeta en su esencia, en un sistema donde la libertad—no el libertinaje—impere a plenitud.

A la luz de cuanto se ha expuesto, la pregunta es: ¿Cumple nuestro ordenamiento jurídico con esas dos condiciones y, por ende, la planificación efectivamente permite, por la vía de orientar y regular el desarrollo urbano, al-

²¹ Diccionario, citado en *supra* nota 3, p. 1034.

²² Lautaro RÍOS ALVAREZ, citado en *supra* nota 2, p. 292.

²³ Aquéllas que son reconocidas a todas las personas, capaces de comparecer en juicio, para requerir la intervención de los tribunales. Por ejemplo, las acciones previstas en el artículo 948 del Código Civil y 571 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

²⁴ Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980), p. 65.

canzar la mejor calidad de vida posible en el contexto de eficiencia aquí expuesto?

Por ende, ya sea para desvirtuar lo aseverado o para confirmarlo, resulta indispensable una *revisión* de las disposiciones vigentes en la materia, con el objeto de:

Primero, configurar adecuadamente los ámbitos propios de cada uno de los órganos, públicos y privados, que intervienen en el planeamiento, y

Segundo, prefigurar los instrumentos que tornen efectiva la coordinación entre esas entidades.

En nuestro sistema jurídico vigente, a su vez, la *participación* de la comunidad en el proceso de planificación y desarrollo urbano no cumple con condiciones mínimas, cuantitativas ni cualitativas, que faciliten y promuevan la intervención de las personas en esos procesos²⁵.

Ciertamente —lo reiteramos— para que esa participación sea efectiva *debe encuadrarse* en una institucionalidad que la tome informada, que permita la valoración adecuada de los elementos técnicos, políticos, sociales, de intereses personales y colectivos que inciden en la formulación, gestión, desarrollo y dinamismo de la ciudad. El punto, por ende, consiste en definir *quiénes, cuándo, cuánto y cómo* deben participar.

Aunque no es el lugar para presentar un modelo específico de participación, valga señalar que la *premisa* debiera ser la *mayor participación* que sea posible, teniendo en cuenta, eso sí, el nivel en que deba producirse y el asunto o materia específica en que ella se presente.

Así, en cuanto al nivel o ámbito de participación, la regla debiera ser aplicada con mayor flexibilidad en tanto menor sea el espacio de actuación, por ejemplo, a nivel *nacional* la participación efectiva de los ciudadanos será *menor* que en el orden regional, alcanzando, por el contrario, su *mayor* presencia en el ámbito local o *comunal*.

A su turno, dentro de cada uno de esos espacios, el grado de participación dependerá de la materia en que deba intervenir, *v.gr.*, a nivel nacional habrá un espacio *mayor* de participación en la *elección* de las autoridades y *uno menor* en la *definición* concreta de las políticas que se realicen²⁶.

En fin, resúmenes cuanto se ha expuesto afirmando que la participación, sea cuales fueren los mecanismos concretos a través de los cuales se realice, debe:

Primero, asegurar la presencia real de las personas, individualmente u organizadas, en las distintas etapas del desarrollo y planeamiento urbano y no sólo para ratificar decisiones ya adoptadas;

Segundo, la Administración no sólo debe permitir, sino también fomentar la activa intervención de los gobernados en el proceso urbano;

Tercero, los mecanismos específicos de participación deben asegurar que ella se produzca libre de coacción y tutela;

Cuarto, la información entregada a la comunidad, a partir de la cual podrá participar en el planeamiento, debe ser clara, oportuna y suficiente, y

Finalmente, lo decisivo es que las ideas de las personas lleguen a los entes decisores y puedan influir realmente en ellos, ya sea para que la autoridad incorpore los planteamientos de los ciudadanos, ya sea para que, haciéndose cargo de ellos, en la medida de lo posible, sean adecuadamente ponderados.

2. Vigencia del mercado

De alguna manera y sin perjuicio de los mecanismos de participación, la *planificación* se vincula directamente con la actuación de la autoridad, pública o privada, encargada de definir una política urbana óptima. Sin embargo, la actuación de los particulares en el fenómeno urbanístico, no puede limitarse a participar en el planeamiento, sino que su rol debe cubrir la integridad del desarrollo urbano.

Así lo comprende, por lo demás, nuestro ordenamiento jurídico, el cual declara que: "La iniciativa privada *deberá sujetarse* a la planificación que establezca el Estado, y, dentro de este marco, orientará naturalmente sus decisiones *por el mercado*"²⁷.

El rol de los particulares, entonces, ocupa un lugar central dentro de la política urbana óptima que se desarrolle, en cuanto el mercado ha de constituirse en el mecanismo que permita *asignar lo beneficios y soportar las cargas* que se producen en la gestión de las ciudades, sea que se generen entre organismos públicos y privados o entre aquéllos y éstos.

²⁵ Véase, por ejemplo, el modelo propuesto por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho Urbanístico* (Madrid, Ed. Civitas, 1981), pp. 138-139.

²⁶ Tomás POU VIVER: "La Información Pública en la Redacción de los Planes Urba-

nos", en *Revista de Derecho Urbanístico* (Nº 18, 1970), pp. 92-93.

²⁷ *Política Nacional*, citada en *supra* nota 16, p. 13.

Por ende, frente a la función de la autoridad, consistente en orientar y regular el desarrollo urbano, a través de una planificación objetiva y participativa, aparece la plena vigencia del mercado, en cuanto es el mecanismo más eficiente de asignación de los beneficios y cargas que se produzcan, incluso aplicable al Estado cuando se lo autorice a actuar, como un agente económico más en la vida urbana.

Empero, el mercado sólo funcionará en esas condiciones de óptimo cuando se emitan, por los entes rectores —públicos y privados— y por los particulares, las *señales correctas*, sin que la posición de autoridad de unos o de agentes activos de otros genere distorsiones que provoquen decisiones incorrectas de quienes interactúan en la realidad urbana.

Por ello es que tanto el planeamiento cuanto otros instrumentos de política urbana no son sino medios creados al efecto para orientar el desarrollo urbano, despejando las eventuales deficiencias ciudadanas, y que, por lo tanto, se sitúan en el contexto de una economía de mercado. Es decir, y expresando la misma idea con palabras diversas, quien planifica lo hace en un espacio previamente delimitado por las finalidades del urbanismo y por el sistema económico dentro del cual los planes se van a llevar a cabo. Así, distinto es planificar en el concierto de una economía libre que en las áreas prefijadas por un sistema centralmente planificado.

Pues bien, quien planifica en una *economía de mercado* debe hacerlo respetando los principios que de ella emanan y el objetivo de quien realiza el planeamiento —así como del que lo ejecuta— no es corregir el sistema económico o cubrir sus vacíos, sino orientar o fijar los lineamientos básicos y generales para que los agentes, dentro del sistema económico, puedan adoptar decisiones y actuar conforme a las *señales correctas*²⁸.

De esta manera, no basta asegurar una planificación objetiva y participativa para alcanzar condiciones de calidad de vida y eficiencia óptimas, sino que es preciso compatibilizar esos y otros instrumentos con la *vigencia plena* de una economía libre en que a los particulares corresponde la iniciativa principal.

Ahora bien, actualmente las personas, cuando deciden realizar una determinada actividad en la ciudad, no pueden considerar los

verdaderos beneficios y costos que ella implica, pues el mercado, aunque probablemente esté funcionando, se encuentra distorsionado, ya que se ha ido estructurando sobre la base de imperfecciones. Entonces, a la autoridad y a los gobernados corresponde corregir esa situación para que los agentes conozcan, a cabalidad, lo que obtendrán y lo que le costará cada decisión adoptada en la vida urbana.

Por ello, es menester indagar si existe la forma de *compatibilizar*, en nuestro régimen jurídico, el crecimiento económico con la calidad de vida y una eficiencia que respete los valores sociales considerados importantes por la comunidad. Y sí por otro lado, puede sostenerse que hay armonía entre *planeamiento* y reglas del mercado, en busca de esas finalidades.

Allí están la polución ambiental, la congestión de los bienes públicos o la reciente declaración de inconstitucionalidad de un plan regulador intercomunal²⁹ para probar que una política urbana óptima y el mercado no han congeniado en la tarea por asegurar el respeto a los derechos esenciales de las personas. El Derecho, claro está, no ha regulado, directamente, esa simbiosis, ya sea porque no posee los mecanismos de compatibilización necesarios o porque recién se encuentra asumiendo la misión de insertarse en el desarrollo del fenómeno urbanístico.

Un mercado funcionando adecuadamente debe ser el asignador de los beneficios y cargas en la vida urbana, según la actuación u omisión de cada uno de los agentes, de acuerdo a criterios que, maximizando el rendimiento de los recursos, privilegien la calidad de vida, la eficiencia y el desarrollo socioeconómico.

²⁹ Sentencia pronunciada por el *Tribunal Constitucional* el 25 de enero de 1993, publicada en el Diario Oficial el 4 de febrero del mismo año.

Si bien es cierto que la inconstitucionalidad fue declarada por un vicio de forma (considerandos 11^o y siguientes), no es menos cierto que el requerimiento presentado a ese Tribunal solicitaba la referida declaración por cuanto a juicio de los requerentes se estarían regulando, a través de los planos reguladores, es decir, de normas jurídicas emanadas de la autoridad administrativa, garantías aseguradas en la Constitución y que, por ende, sólo puede ser reguladas por ésta o por la ley.

En suma, aunque ahora la cuestión se haya salvado por la vía formal, necesariamente llegará el momento en que se suscite y resuelva el conflicto de fondo planteado.

²⁸ Juan BRAUN LLONA: "Administración Municipal: Eficiencia y Equidad" (agosto, 1992), p. 14, publicado en *Revista del Centro de Estudios Públicos* N^o 185 (octubre de 1992).

En suma, el mercado debe ser el instrumento de política urbana que, en conformidad a las reglas orientadoras dadas por la autoridad a través del planeamiento, permita a los agentes adoptar sus decisiones y llevarlas a cabo, sean particulares, individualmente o asociados, o el Estado, siempre que cada uno de esos actores y la autoridad emita las señales correctas para que cada cual sepa, realmente y en la medida de lo posible, el costo verdadero que su conducta importa, en la idea que lo asuma, generando con ello el mínimo, o mejor ninguna externalidad negativa.

3. *Gestión por privados de las ciudades*

El tercer y último instrumento deriva del valor constitucional que envuelven el derecho de asociación con fines lícitos y la iniciativa privada, según el cual las personas pueden desarrollar *actividades económicas lícitas*, entre las cuales se encuentra la de fundar y gestionar ciudades, en el marco del ordenamiento jurídico general, en cuanto se trata de una de aquellas actividades que no se encuentra prohibida por la Constitución ni la ley.

El rol de los particulares en esta materia, una vez más, ha sido puesto de relieve por nuestro ordenamiento jurídico, al señalar que "la libre iniciativa del sector privado, el cual, en el desarrollo urbano, está llamado a ser *gestor principal*"³⁰.

Con todo, no cabe duda que el sistema legal vigente no promueve la activa participación de los particulares en el proceso urbano, con lo cual no se aprovecha la potencialidad de éstos en aquella área del desarrollo socio-económico del país. Aunque el ordenamiento constitucional permite estas actuaciones, de cara a las garantías fundamentales señaladas, puede resultar discutible el apoyo que las normas complementarias de la Constitución otorgan al ejercicio empresarial de la actividad urbana.

Normalmente la inserción de los privados en la vida urbana ha sido desarrollando actividades en el marco del planeamiento elaborado por la autoridad estatal. Así, los privados edifican, trazan caminos, construyen puentes, obras de infraestructura en general y colaboran en el desarrollo de las ciudades, pero lo hacen una vez que éstas ya se encuentran plenamente estructuradas por el Estado o continúan haciéndolo al alero de éste³¹. Empero,

existe otro campo de actuación para los particulares, cual es proceder como *gestor principal* en la vida urbana³².

Los particulares, individualmente o asociados al efecto, pueden fundar, dirigir, gestionar y desarrollar ciudades, enmarcados en el ordenamiento jurídico vigente. Así, no tienen que limitarse exclusivamente a urbanizar, es decir, dotar de la infraestructura y servicios mínimos a un espacio determinado del territorio, sino que a ellos puede trasladarse la clásica función de concebir, planificar, desarrollar y velar por la evolución de una ciudad en plenitud.

La actividad que los gobernados pueden llevar a cabo en este campo puede resultar extraordinariamente fecunda, tanto en la gestación del proyecto, en virtud de planeamientos particulares —enmarcados en el plan de desarrollo urbano nacional y estatal—, cuanto en su ejecución, tendientes a dar origen a núcleos y asentamientos urbanos con instituciones, normativa y finalidades propias.

La Carta Fundamental ampara y promueve este nuevo rol de los privados, especialmente asegurando a todas las personas "el derecho de asociarse sin permiso previo"³³ y "el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen"³⁴.

Así como el Estado lo ha hecho tradicionalmente, los privados también pueden configurar espacios urbanos en que el suelo se utilice en consonancia con la utilidad pública y el interés general, en armonía con la función social de la propiedad; donde se imponga una eficiente y equitativa distribución de los beneficios y cargas sociales; donde se dé cabal cumplimiento al plan nacional y particular de desarrollo; donde se proyecten, realicen y fiscalicen obras de infraestructura, urbanización y construcciones necesarias para dar cabida al adecuado desarrollo ciudadano.

Lo expuesto, en todo caso, abre interrogantes que será imperativo despejar, puesto que y más allá de la preceptiva constitucional

Decreto con Fuerza de Ley N° 164, publicado en el Diario Oficial el 4 de septiembre de 1991, y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 240, del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 8 de abril de 1992.

³² Cfr. Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ, citado en *supra* nota 2, p. 284.

³³ Artículo 19 N° 15 inciso 1° de la Constitución.

³⁴ Artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución.

³⁰ *Política Nacional*, citada en *supra* nota 16, p. 13.

³¹ Véase, por ejemplo, la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas, contenida en el

que ampara el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, habrá que preguntarse: ¿Existen disposiciones que faciliten o, al menos, orienten a quienes quieran desarrollar la actividad económica lícita de fundar y gestionar una ciudad? ¿Se encuentra dotado nuestro ordenamiento jurídico infra-constitucional de los instrumentos para que esos gestores puedan desarrollar su tarea en plenitud y sin contratiempos? ¿Qué rol corresponde al Estado y a cada una de sus autoridades constituidas en los vínculos que, necesariamente, se crearán al efecto? ¿Cómo se compatibilizan las funciones de quienes administren esas ciudades con la de los órganos nacionales, regionales, provinciales y locales? ¿Cuál es o debería ser el mecanismo de administración de esas nuevas ciudades? ¿Debe prefijarlo el Estado, a través de la ley u otra norma jurídica, o puede quedar entregado a la autonomía de la voluntad, libremente ejercida por los gestores, propietarios y demás personas, naturales y jurídicas, vinculadas a la ciudad?

En suma, la *gestión urbanística* puede ser encargada, como lo ha sido tradicionalmente, al Estado o, en una visión nueva y que debe ser explorada, a los particulares, cuyo accionar, es probable y al menos en un comienzo, pueda ser regulado —mas nunca prohibido—

por el legislador —y sólo por éste—, tal y como ha sentenciado nuestra jurisprudencia respecto de las garantías constitucionales³⁵.

CONCLUSIONES

La calidad de vida, respetando ciertos valores que la sociedad ha hecho suyos, y la eficiencia son elementos esenciales en el tratamiento de una política urbana que persiga ser óptima, puesto que constituyen finalidades del fenómeno urbanístico.

El *aporte* del Derecho —tras distinguir lo que es perjuicio de una genuina externalidad, para darles el tratamiento jurídico diverso que les corresponde— consiste en *establecer* los *mecanismos* que permitan asumir los *costos sociales reales* que se susciten en la actividad de los agentes urbanos.

Del mismo modo, la *planificación objetiva y participativa*, la *vigencia del mercado* y la posibilidad de que los *privados* puedan *gestionar ciudades* son instrumentos básicos para configurar un sistema urbano que maximice los beneficios individuales y sociales y minimice los costos que las actuaciones de los ciudadanos generan en los demás.

³⁵ Véanse los considerandos 8º y siguientes de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 21 de abril de 1992, Rol Nº 146.