

LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

SUPERANDO LA TRADICIÓN DEL CODIGO CIVIL

María Mercedes Maldonado Copello

Docente-Investigadora

CIDER; Universidad de los Andes

Ponencia presentada en el Simposio, «La Nación Multicultural, Primer Decenio de la Constitución Incluyente», Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales CES, Bogotá, Noviembre de 2001. Será publicado por el CES en un libro con el mismo título

INTRODUCCIÓN

Durante los más de diez años transcurridos desde la expedición de la Constitución de 1991, gran parte del debate público en torno a los temas territoriales se ha centrado en la pertinencia, necesidad o imposibilidad de la ley orgánica de ordenamiento territorial, en la profundización o reorientación de la descentralización y en los instrumentos de ordenamiento territorial desde la perspectiva de la planeación, en sus dos variantes, urbana o ambiental, porque extrañamente poco se habla de la planeación territorial rural.

Si se acepta que las dos instituciones centrales de la modernidad en lo que tiene que ver con las relaciones de los seres humanos con la tierra son la soberanía y la propiedad, se podría afirmar que el debate al que se ha hecho referencia ha priorizado un abordaje desde la organización política del territorio, en este caso particularmente en su dimensión intranacional que, por lo demás, ha tendido a reducirse a una comprensión restrictiva del mismo como la simple distribución de competencias entre jurisdicciones territoriales. La pregunta de partida de esta presentación es, entonces, sobre las apuestas éticas y políticas de la Constitución de 1991 en el terreno de la propiedad.

Es de tener en cuenta que históricamente la institución moderna de la propiedad surgió primero que la soberanía, a partir de la idea de apropiación privada -caracterizada por la vocación de cubrir todo el espacio disponible y por la búsqueda de las formas más rentables de explotación- en el plano del derecho público se produjo un movimiento paralelo de ocupación de los espacios aún disponibles sobre los cuales se estableció el reino de la soberanía estatal que impuso sobre el planeta entero la apropiación y el manejo exclusivo

de la tierra. A su vez, lo propio de la ideología económica es que tiende a reducir la relación de las personas con las cosas a la propiedad y, sobre todo, de asimilar toda autoridad sobre el suelo -sea que corresponda a personas, a comunidades o a naciones- a la de propietarios inmobiliarios. De hecho, el suelo político es la condición del suelo económico.

Es por esta razón, que es inocuo abordar el debate sobre ordenamiento territorial en cualquiera de sus acepciones sin reconocer que las formas de ejercicio de la propiedad, en tanto mecanismo básico de ejercicio del poder, están en la base de cualquiera de esos procesos.

En este marco esta presentación pretende identificar las importantes transformaciones operadas en la Constitución de 1991 en relación con la propiedad, con referencia específica a los procesos urbanos y, más específicamente, compartir algunas inquietudes y sugerencias para su interpretación, porque en lo que tiene que ver con el ordenamiento territorial en su dimensión de planeación, se supone que hemos avanzado mucho, se han expedido leyes como la ley 388 de 1997 que han puesto en marcha ejercicios interesantes y renovadores a propósito de la formulación de los planes municipales de ordenamiento territorial, pero subsiste la intención de eludir o pasar por encima del problema central de la planeación territorial que no es otro que el del contenido del derecho de propiedad.

La Constitución de 1991 sigue siendo, a pesar de los sucesivos intentos por reformarla que surgen desde diversos espacios -desde los más democráticos hasta los más retardatarios-, uno de los pactos políticos más importantes que han sido construidos por los colombianos, en medio de sus ambigüedades, tensiones y contradicciones.

El análisis planteado se organizará en torno a dos de las principales apuestas éticas y políticas de la Constitución de 1991, que al parecer no acaban de ser asumidas e incorporadas en las prácticas cotidianas de transformación, ocupación y conservación de la tierra. Esas apuestas son, la irrupción de la figura del derecho-deber y la superación de arraigados principios civilitas como el de la propiedad que remiten a una profunda redefinición de la oposición entre público y privado, que ha sido una de las bases de la modernidad..

1. Rápidas referencias a una historia por lo general mal contada

Durante un largo periodo la propiedad ideológicamente se ha presentado como un avance de la humanidad en tanto elemento de acceso a la civilización y en términos de la superación de las formas de dominación feudales y de la barbarie. Los juristas que participaron en el proceso de formulación del Código Civil napoleónico consideraban la propiedad como *el alma universal de toda la legislación*, representación que se inscribe en los rasgos distintivos de la ciencia política moderna: la propiedad asegura la sujeción de los ciudadanos al Estado, modera el impuesto, sirve de criterio para determinar los ciudadanos que son llamados a conformar la representación nacional. Portalis, ponente del Código Civil concluye su intervención ante la Asamblea Legislativa con esta frase: "No es posible amar su propiedad sin amar las leyes que la protegen, favorecer la propiedad es inspirar el amor a las leyes" Pero en esta presentación se ocultan algunos trazos esenciales de esta historia, ya que simultáneamente con el acceso a la propiedad y la superación de la sujeción

servil en el contexto feudal, se rompieron múltiples solidaridades aldeanas y rurales, o se ocultaron, desconocieron o negaron muchas otras formas de relación de los seres humanos con la tierra basadas en la idea de común, de comunidad, de responsabilidades compartidas

El advenimiento de la propiedad moderna corresponde también a un movimiento de supresión de la fijación política de los hombres a la tierra. Madjarian precisa que esta fijación es un fenómeno complejo que aparece a la vez en la Edad Media europea (y en diversas comunidades indígenas, campesinas y aún urbanas a lo largo del planeta) como obligación y como derecho. El nacimiento de la propiedad moderna, cualquiera que sea el modo de emergencia, produce la separación institucional del hombre de la tierra. Se trata de una nueva forma de relación de los hombres con la tierra, caracterizada por la supresión del vínculo político que unía tanto a amo o señor como al siervo a un *terruño* común.

Como bien indica François Ost, la Revolución francesa no solo arrasó con los privilegios feudales sino que procedió a la liquidación progresiva de las solidaridades aldeanas y rurales. La liberación del siervo al igual que su servidumbre, tiene una doble expresión: su independencia en relación con la tierra tiene como contrapartida que la tierra se libera de él. El derecho de circular, que es uno de los rasgos esenciales de la libertad que ha adquirido tiene por complemento el derecho de la tierra de circular sin atadura humana. Esta ruptura abrirá paso, sobre todo en el llamado Tercer Mundo, a la sostenida reivindicación de las reformas agrarias y urbanas.

El tejido jurídico a la escala del derecho de propiedad, definido a través de los códigos romano y napoleónico, parte del supuesto de que la propiedad es el derecho supremo sobre los bienes, y que los otros derechos solo podrían ser limitaciones o fracciones de ese derecho total y absoluto. François Ost señala que mientras la declaración de derechos del hombre de 1789 había consagrado al derecho de propiedad como "inviolable y sagrado", el Código Civil se encargó de traducir la aspiración de situarla en el plano del derecho natural, en el terreno del derecho positivo, garantizando el carácter absoluto, exclusivo y perpetuo de los derechos del propietario.

Desde entonces vivimos entonces con ese mito creado por la legislación civil, que tiende a hacernos creer en la supremacía del derecho de propiedad, olvidando que inmediata y simultáneamente esa misma legislación multiplica los límites, determinaciones y excepciones a su ejercicio. Joseph Comby, a partir de un trabajo de revisión de los textos fundadores de esta institución, plantea que no es que haya habido una relativización reciente de un derecho de propiedad que hubiera sufrido sucesivas amputaciones o que hubiera sido degradado con el tiempo, sino que "... la propiedad territorial absoluta nunca existió, solo fue un proyecto, por no decir que un fantasma".

Según estas investigaciones, se ha revelado que el lenguaje romano rechazaba atribuir el derecho de usar, o sea el *usus* al *dominus* y que Santo Tomás de Aquino, fiel a dicha tradición clásica podrá decir que solo es apropiada por el individuo la gestión de la cosa, no el *usus* que en principio debe conservarse común.

Ese mito de la concepción absolutista de la propiedad del que habla Joseph Comby se construyó gracias a la creación por parte de los legistas del Renacimiento de un "derecho

romano" de la propiedad, "sobre medidas", imaginario, susceptible de hacer progresar la propiedad burguesa contra la propiedad feudal, extrapolando un pasaje anodino del Digesto de Justiniano, para de allí extraer una exaltación del derecho de propiedad, en nombre de Roma, como *jus utendi* y *jus abutendi*. Sobre todo Pothier, a mediados del siglo XVIII sería quien lanzaría la fórmula del famoso tríptico del *usus*, del *fructus* y del *abusus* que traduciría la "mística de la omnipotencia del propietario".

También se ha mostrado la manipulación que incluso se ha hecho con los referentes teóricos e ideológicos más importantes de la propiedad, como, por ejemplo, John Locke, quien en el capítulo consagrado a la propiedad en el "*Segundo tratado del gobierno civil*" anuncia que se esforzará por establecer como los hombres pueden adquirir la propiedad de porciones distintas de lo que Dios ha dado a los hombres en común, incluso sin el acuerdo expreso de todos los copropietarios. Los fundamentos que Locke invoca para legitimar esa apropiación son: Para sobrevivir (que en sí mismo es un derecho) el hombre tiene que trabajar la tierra y hacerla fructificar. Por su trabajo, sustrae en provecho propio, una parte de los recursos comunes; la pone aparte, la enriquece y por ese hecho se crea la propiedad. Un título justificado porque, además del trabajo, se apoya en la necesidad, que es algo naturalmente dado y remite a la libertad, que es constitutiva de la naturaleza humana.

No obstante, Locke se cuida de señalar varios límites a ese derecho de apropiación privativa de los recursos originalmente comunes: justificada por la necesidad y el trabajo, la propiedad es igualmente medida por ellos. En otras palabras, la propiedad deja de ser legítima si ella excede la parte necesaria a la satisfacción de una necesidad, también deja de serlo en el caso en que no es el fruto del esfuerzo personal y, además lo que queda debe ser suficiente para los demás, en cantidad y calidad. Ost no deja de advertir que esto no genera ningún problema ante los ejemplos utilizados por Locke: los peces del mar o las tierras, aparentemente sin límites, de América, pero que no aplicaría tan fácilmente en otras situaciones.

Las utilidades posteriores de la obra de Locke retendrán la primera parte de la demostración (la justificación de la propiedad por la libertad, el trabajo y la necesidad) y se olvidarán de la segunda (el triple criterio de la moderación en el uso de los recursos) e incluso el mismo Locke no deja de señalar al final de su estudio que la aparición de la moneda, que permite a los hombres "*poseer más allá de lo necesario*" generó "*desproporciones y desigualdades*" en la posesión de la tierra. A pesar de esta precisión, Locke aprecia esta evolución bajo el enfoque de los principios que él mismo ha fijado. Como lo económico va a autonomizarse cada vez más de ahí en adelante, fuertemente justificado en el orden ético y bien asegurado en el nuevo imaginario político, la propiedad se volvía el trampolín para la multiplicación de los intercambios, es decir, para la difusión del mercado.

En efecto, uno de los rasgos distintivos de la propiedad consagrada por el Código Civil napoleónico es el de la circulación, que bien pronto será transformación. De acuerdo con Francois Ost, "... el dinamismo de las relaciones jurídicas hechas posibles por el Código Civil, destronó hace mucho tiempo la propiedad-disfrute en provecho de la propiedad especulación". La especulación tiene en su base el despojo de toda obligación, la movilidad de la tierra y su mercantilización, por eso, como se verá, uno de los elementos más claros

de los ajustes recientes al contenido del derecho de propiedad es el de restituir los vínculos entre uso y obligación.

Para pasar al análisis de las transformaciones de la propiedad en la Constitución de 1991, resaltamos algunas de las características de la propiedad moderna: Lo primero, que acaba de señalarse, es su capacidad para delinear una cosa o un bien objeto de la apropiación, caracterizada por su diferenciación del ser humano que la posee, para que pueda circular de forma autónoma en el mercado, lo que contrasta con las formas no modernas de relación de los seres humanos con la tierra. La ruptura fundamental que instaura el régimen de bienes que hoy conocemos en occidente es la emergencia de su alineación, que es la versión depurada de la noción de disposición.

El segundo gran cuestionamiento de los juristas al crear la propiedad es hacia la comunidad. Para los inventores del Código Civil, que remiten a la noción del individuo como centro del universo, la comunidad en sentido estricto nunca habría existido e incluso no habría podido existir, de manera que los bienes reputados comunes antes de la ocupación no son otra cosa que bienes vacantes. En otras palabras, están sometidos a la ley del primer ocupante y por la ocupación se vuelven propios de quien los ocupa.

La propiedad concreta una centralización individual de los derechos sobre la tierra, a través de ese derecho, supuestamente único, universal y absoluto, por oposición a una gran diversidad o multiplicidad de relaciones jurídicas con la tierra, dispersas en el grupo social.

Además, el derecho de propiedad rompe con la idea de la permanencia y la duración y es llevado hacia el consumo. A nivel rural el propietario tiende a sobreexplotar el bien para sacarle provecho, pagar las deudas y los impuestos, lo que altera los equilibrios naturales. A nivel urbano la presión será siempre por obtener la autorización para urbanizar y así obtener los rendimientos. Por último, una de las características centrales de la propiedad occidental, en su versión original, es la ausencia de obligaciones positivas ante los demás, ya que remite a una simple sustitución recíproca que es lo que caracteriza al intercambio mercantil. Las obligaciones tienden a convertirse en obligaciones contratadas por un individuo (es decir, emanadas de un contrato) y no derivadas de un determinado *status* al interior del grupo social (tanto del bien como de la persona). Más específicamente la especulación tiene en su base el despojo de toda obligación, ligado a la movilidad de la tierra y su mercantilización. Por eso, uno de los elementos más claros de las redefiniciones contemporáneas del derecho de propiedad tienden a restituir los vínculos entre uso y obligación y a recuperar el principio de la solidaridad.

2. Las apuestas éticas y políticas plasmadas en la Constitución de 1991

Ha sido un lugar común a lo largo de la última década resaltar que uno de los elementos más importantes de la Constitución de 1991 es la importante expansión de derechos que ella consagra, y, en efecto, tenemos una de las Constituciones recientemente expedidas en el planeta, en la que más derechos se consagran y hay cantidad de escritos y de trabajos resaltando que este es uno de sus efectos más positivos.

Mi propuesta de análisis es que uno de los elementos más importantes de la Constitución de 1991 no es precisamente la expansión de los derechos individuales y subjetivos, que siguen anclados en la exaltación del individualismo con el riesgo evidente de la exclusión reiterada del *otro, otro* que generalmente son los más débiles de nuestro grupo social. Aunque aparezcan como expresión de democracia y de construcción de cohesión social, proceso cuya importancia no se desdeña, es preciso abordar una relectura de sus verdaderas implicaciones. A mi modo de ver la Constitución de 1991 introdujo un elemento aún más importante que es la afirmación de la existencia de derechos - deberes, ligados al principio de la solidaridad, que se constituye verdaderamente en un reto en una sociedad profundamente irresponsable como la nuestra a todos los niveles, en que su pacto social es tan precario y en que el recurso al Estado y al derecho que de él se deriva ha sido utilizado casi exclusivamente como el canal para legitimar y mantener privilegios y exclusiones. Uno de los campos en que claramente irrumpe esta nueva concepción es en el de las relaciones con la tierra y, particularmente la propiedad.

De acuerdo con lo indicado en el punto precedente, es evidente que uno de los derechos que está en la base de la construcción de la modernidad occidental es la propiedad, ligada a la representación de civilización y progreso, y también de libertad. Por esta razón, por ejemplo, durante muchos años fue el único derecho económico reconocido por la comunidad internacional. Como expresa Boaventura de Sousa Santos, cuatro axiomas fundamentales de la modernidad están en la base de los problemas fundamentales con que nos enfrentamos y uno de ellos es la legitimidad de la propiedad privada independientemente del uso de la propiedad.

Estas circunstancias dan mayor relevancia aún al cambio radical consagrado en la Constitución de 1991 y, sobre todo en los desarrollos legales y jurisprudenciales que ha posibilitado. Esas transformaciones son: el replanteamiento de la noción de función social de la propiedad, la redefinición del contenido del derecho de propiedad, la irrupción de algunos derechos colectivos, la aproximación a la noción de patrimonio.

La fórmula de que la propiedad es una función social está incorporada a la Constitución desde 1936. De acuerdo con Fernando Hinestrosa (abogado civilista) mientras la Constitución de 1886 se inscribía en el paraíso de los civilistas: derechos adquiridos, justo título, expectativas, situaciones jurídicas concretas o en proceso de consolidación, los constituyentes de 1936 buscaban "... sentar el principio de que no es posible o admisible o lícito el ejercicio arbitrario, incontrolado, egoísta de ningún derecho, comenzando por el de dominio, y eso se logró".

Pero la Constitución de 1991 fue aún más allá: primero no solo reafirmó la definición de la propiedad como función social que implica obligaciones sino que estableció que además era inherente una función ecológica, y señaló que en caso de expropiación la indemnización se fijará teniendo consultando los intereses de la comunidad y del afectado. Además, estableció como un derecho colectivo, la participación de las entidades públicas en la plusvalía que genere su acción urbanística y la regulación de la utilización del suelo urbano en defensa del interés común.

El primer efecto, que ya no tiene ninguna discusión es que en Colombia la propiedad no es un derecho fundamental, pero más aún se puede afirmar que en nuestro país la propiedad ni siquiera es un derecho, ya que constitucionalmente está definida como una función social y ecológica. Numerosos juristas colombianos y la Corte Constitucional han reafirmado claramente este principio. La Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que la propiedad privada en modo alguno es un derecho absoluto y que la función social de la propiedad no se debe entender como un simple límite externo para su ejercicio, sino como parte sustancial del mismo o que la sistemática apelación al instrumento legal para limitar la propiedad en cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución ha dado lugar a un conjunto de regímenes del dominio, prolíficos en limitaciones y obligaciones a la propiedad -, alejada de la matriz unitaria de la concepción civilista, frente a la cual no funcionan como excepciones o reglas especiales, sino como superación de la misma, reducida ya a mera referencia histórica". Con la expedición de la Constitución de 1991, el concepto de propiedad ha asumido nuevos elementos que le han dado una nueva connotación y un perfil de profunda trascendencia social.

La propiedad privada ha sido reconocida no solo como un derecho sino como un deber que implica obligaciones, y en esa medida el ordenamiento jurídico garantiza no solo su núcleo esencial, sino su función social y ecológica, que permite conciliar los derechos del propietario con las necesidades de la colectividad, debidamente fundamentadas. También debe ser entendida como deber, teniendo en cuenta que su función social, como elemento constitutivo y no externo a la misma, compromete a los propietarios con el deber de solidaridad plasmado en la Constitución. La configuración legal de la propiedad, entonces, puede apuntar indistintamente a la supresión de ciertas facultades, a su ejercicio condicionado o, en ciertos casos, al obligado ejercicio de algunas obligaciones

A partir de la expedición de la ley 388 de 1997 en las prácticas urbanas, que son básicamente procesos de subdivisión, transformación ocupación, habitación y conservación de territorios estos principios se traducen en importantes premisas:

1. La primera, un nuevo significado del principio de la función social de la propiedad. Durante algún tiempo la interpretación de esta fórmula se tradujo en dos alternativas:

Una, la prerrogativa de expropiación que tienen las entidades públicas o,

Dos, en la supuesta imposición al propietario de explotar adecuadamente su tierra o de incorporarla al mercado, para contrarrestar la idea de una propiedad inmóvil, traducida en la retención o el acaparamiento, que se caracterizaba como una forma de propiedad feudal, representación, por lo demás heredada del orden colonial.

En efecto, dado que la conquista hispana fue antes que todo una empresa privada, se basó en la adjudicación realizada por la Corona (e incluso por los mismos conquistadores) de extensiones de tierras e indios para ser explotadas económicamente, con el fin de obtener rentas, disposición que, por lo demás, logró ser eludida en muchos casos. A este mismo objetivo

apuntaba la primera ley de tierras adoptada en 1936 para las zonas rurales, al adoptar la figura de la extinción del dominio para las tierras que no fueran explotadas durante diez años (luego extendido a 15) y será también una de las figuras principales de la primera ley de reforma urbana expedida en 1989.

Esta concepción ha sido reconsiderada y superada, al comprender que la especulación con la tierra no se reduce a su retención, de manera que puede hoy afirmarse que la función social equivale al conjunto de limitaciones y obligaciones que pueden ser impuestas a la propiedad en nombre de los intereses colectivos (de urbanizar o construir en los tiempos fijados por el Plan de Ordenamiento, de abstenerse de hacerlo, de conservación, de traslado gratuito a la colectividad de la tierra correspondiente a las cesiones obligatorias necesarias para los usos de interés común, de imposibilidad de lotear o subdividir sin licencia, de transferencia a los municipios de hasta un 50% de los incrementos de precio de los terrenos derivados de decisiones urbanísticas como el cambio de calificación del suelo).

La función ecológica de la propiedad que como todas las normas jurídicas es tan solo un material para ser traducido, apropiado y dotado de significado en el juego de los distintos intereses y en el terreno de las prácticas de construcción de ciudad abre a la institución de la propiedad hacia contenidos aún más innovadores. Desafortunadamente en el trámite en la Constituyente no fue posible incorporar finalmente la noción de patrimonio que habría permitido avanzar definitivamente en la superación de la concepción de la propiedad como una relación excluyente y ausente de responsabilidades. No obstante, la noción de función ecológica, unida a la consagración del derecho al medio ambiente como colectivo y al deber de protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación se aproxima a la figura del patrimonio.

Más que la posibilidad de imponer limitaciones a la propiedad remite a la búsqueda de nuevas prácticas de relación con la tierra y la naturaleza no necesariamente atravesada por la explotación o el lucro ilimitados, la inscribe en la reivindicación ecologista dirigida a repensar el modelo de desarrollo y las prácticas productivistas y consumistas. Tal como lo plantea la discusión recogida en la primera parte de esta presentación a repensar el uso y el disfrute, separado del abuso, no solo vinculado al interés común sino reencontrando la propiedad conservación aparentemente sofocada por la propiedad transformación o especulación.

El derecho de urbanizar y de construir no está incorporado *per se* en el derecho de propiedad sino que es un derecho que se adquiere en la medida en que se asuman las cargas que a favor de la colectividad determine el Plan. Más que simples limitaciones a la propiedad es una redefinición profunda de su contenido lo que se ha producido en nuestro país, que lleva incluso al reencuentro con las visiones no modernas de las relaciones con la tierra e

incluso a rescatar aquellos supuestos errores cometidos en la expedición de la Declaración de derechos del hombre. Esta transformación se traduce en el rompimiento con la visión unitaria y absoluta, que como dice la Corte Constitucional hoy aparece como un simple referente histórico de un pasado superado y el reconocimiento de la existencia simultánea de una diversidad de derechos que relativizan totalmente la propiedad.

Al separar el derecho de urbanizar y el de construir del de propiedad se puede hacer efectivo el carácter de derecho-deber y se puede afirmar el principio de solidaridad y se posibilita la aplicación de mecanismos de recuperación de las plusvalías para la colectividad.

Como se ha dicho, cada vez se ha vuelto más claro que la especulación no puede ser restringida a la retención de los terrenos, sino que es un conjunto de prácticas tendientes a obtener el traslado de rentas del trabajo de la mayoría de los miembros de la sociedad hacia unos pocos, los propietarios de tierra. Esta capacidad es especialmente desarrollada y fuerte en una sociedad como la nuestra, caracterizada por el rentismo, capacidad que en modo alguno está ligada a una visión inmóvil de la tierra sino, todo lo contrario a la habilidad de los operadores que en un mercado legal o ilegal altamente móvil, saben imponer sus intereses.

Como ya se ha indicado en trabajos anteriores, la especulación es una suerte de trampa con el mercado. Una de las definiciones de especulación del diccionario de la Real Academia de la Lengua es "Procurar provecho o ganancia fuera del tráfico mercantil". Esta última es la que más se ajusta a las prácticas de los propietarios de tierra urbana de nuestras ciudades porque el especulador no actúa en el mercado sino sobre el mercado y sus ganancias se derivan, antes que todo, de su capacidad para imponer a otros agentes del precio de una determinada tierra.

Justamente a revertir estas prácticas es que puede contribuir una interpretación democrática y transformadora de la Constitución Política y de leyes como la de Desarrollo Territorial o la de medio ambiente y una exigencia decidida por su aplicación.

Pero como bien lo sabemos, la Constitución o la ley no son tanto un acontecimiento sino un proceso en el cual la promulgación hace parte de un *continuum* donde permanentemente se manifiestan conflictos de intereses sociales y económicos diversos en el que se construyen permanentemente compromisos inciertos e inestables.

Señalaré dos circunstancias que enrarecen este propósito. La primera es la incapacidad de la mayoría de nuestros abogados y de nuestros jueces, por comprender las profundas transformaciones de nuestro derecho positivo, en temas como el del urbanismo o el medio ambiente y, en general, el de los derechos territoriales. La segunda la persistencia de la reivindicación del derecho de propiedad, como símbolo del acceso al progreso y la civilización, en primer término y luego como máxima expresión de la libertad.

Nuestras facultades de Derecho continúan formando abogados anclados en las visiones civilistas de la propiedad y la responsabilidad, que en sus largos años de formación raramente entran en contacto con aquellas normas dirigidas a regular relaciones tan cruciales y esenciales para la vida del ser humano y para nuestra cohesión social como son todas aquellas relacionadas con el territorio. Se ha vuelto así una profesión que, a pesar de su importancia e impacto social, continúa encerrada en sí misma, reproduciendo canones y principios aprendidos de manera acrítica y mecánica que se dirigen por lo general solamente a mantener los privilegios e intereses de unos pocos.

Los abogados están llamados a hacer un mayor esfuerzo en la comprensión y reinterpretación de los profundos cambios reclamados por las transformaciones en los modos de vida y las relaciones en el nivel global y también en las prácticas cotidianas de la gran mayoría de la población de nuestras sociedades. En el mismo terreno se mueve la resistencia de un jurista occidental a aceptar la existencia de derechos colectivos como la de los pueblos indígenas a sus territorios que reclaman la creatividad para replantear la aparentemente inamovible institución de la soberanía, o los derechos colectivos de las comunidades negras a sus relaciones comunitarias con la tierra.

En el mismo sentido se expresa la resistencia a repensar la noción de responsabilidad ya no como la relación causal entre una falta o acción y un daño, sino como un llamado o compromiso hacia el futuro, tal como lo plantea la legislación ambiental. Aparece también la resistencia a deslindar derecho de propiedad de derecho de construir o a reafirmar en decisiones administrativas y sentencias un supuesto derecho absoluto que, como se ha visto en esta presentación, realmente nunca existió.

Son incomprensibles las dificultades de los abogados y los jueces para aceptar que es contrario a la justicia social y a los mínimos principios éticos (y jurídicos en el caso colombiano) que el propietario recupere para sí la totalidad de aquellas rentas que no se derivan de su esfuerzo y su trabajo propio sino del esfuerzo de la colectividad.

En el medio urbano casi ningún incremento en el precio de la tierra es derivado del trabajo del propietario, por el contrario, son producidos por las normas urbanísticas, por las inversiones públicas en obras o, lo que es peor, por los movimientos especulativos y que al captarlas producen pobreza, exclusión, segregación, degradación ambiental, minimización de los espacios colectivos en la ciudad, desequilibrios en las finanzas públicas y, más que todo, violencia y disolución de vínculos de solidaridad.

Aunque es justamente en el terreno ético y político que esos principios deberán ser afirmados es un reto inmediato para los abogados comprender esas transformaciones y avanzar en la renovación de sus prácticas, para contribuir en la construcción de la sociedad radicalmente distinta que urgentemente necesitamos.

El otro tema es el de la persistencia en la reivindicación del derecho de propiedad. Aunque nuestro país marca una importante diferencia con un movimiento presente en América

Latina dirigido a reforzar el derecho de propiedad, su aplicación práctica no está exenta de dificultades.

Mientras la discusión y la implementación de los procesos de ordenamiento no sea sacado del terreno de la lógica civilista, los avances serán pequeños. Como dice Fernando Hinestrosa, el primer efecto de la consagración de la fórmula de la función social de la propiedad fue sentar el principio de que no es admisible el ejercicio arbitrario, incontrolado de ningún derecho, empezando por el dominio y que ese principio lo apartaba de las categorías propias del paraíso de los civilistas, derechos adquiridos, justo título, expectativas, etc.

Como afirma Edesio Fernández, a propósito de la expedición en Brasil del Estatuto de la Ciudad, la debida comprensión del Derecho Urbanístico -su naturaleza y posibilidades- también requiere una reflexión crítica del proceso de producción de tales leyes y de los obstáculos para su cumplimiento y, que es imperativo que los juristas establezcan los vínculos necesarios entre los estudios jurídicos y los estudios urbanos y ambientales, ya que solo una visión interdisciplinaria del fenómeno de la urbanización intensiva develaría la complejidad de las cuestiones y de los problemas jurídicos urbanos.

Continuando con el mismo autor "...la debida validación crítica de esta dimensión jurídica del proceso de desarrollo urbano requiere un cambio de paradigma en la manera en que reflexionamos sobre los dos temas básicos: si el Derecho Urbanístico y la gestión urbana no pueden ser estudiados separadamente, es necesario separar el tratamiento jurídico del derecho de propiedad inmobiliaria del ámbito individualista del Derecho Civil para ponerlo en el ámbito social del Derecho Urbanístico, de tal modo que el derecho colectivo para la planificación de las ciudades creado por la Constitución Federal de 1988 sea materializado". Para alcanzar el mismo propósito, el autor propone también separar el tratamiento jurídico de la gestión urbana del ámbito restrictivo del Derecho Administrativo. La ruptura de la clásica dicotomía entre público y privado está dada hace tiempo por las prácticas reales de construcción y transformación de la ciudad, está incorporada también en el derecho positivo de algunos países, el reto es entonces afirmar y extender en la práctica esta ruptura, abriendo la posibilidad de aplicación de los ámbitos de lo social, lo colectivo, lo solidario, lo común.

3. Algunas inquietudes recurrentes

Comby al analizar la paradoja de ese derecho supuestamente absoluto marcado desde el momento mismo de su consagración por las limitaciones y relativizaciones, señala que en el centro de esta paradoja está la imposibilidad de aplicar al espacio la concepción absolutista de la propiedad, porque el espacio no es un objeto sino un lugar donde se ejercen derechos. Esta apreciación coincide con la de Christian Topalov, uno de los especialistas franceses en el tema de las rentas territoriales, quien afirma que en el "mercado" inmobiliario no se vende un producto sino un derecho.

Este es el sentido de las normas constitucionales y legales adoptadas en Colombia en el terreno del urbanismo y el medio ambiente, planteadas bajo la expresión de distribución equitativa de cargas y beneficios, es decir, de derechos y deberes. La apuesta ha sido más

que reafirmar el derecho de propiedad, la de incorporar la noción de obligación y solidaridad, la de ampliar las limitaciones, que como se ha dicho, no son externas sino hacen parte de su esencia al punto de redefinir completamente sus contenidos.

Los planificadores están en mora, en la mayoría de los casos, de comprender esta transformación para incorporarla en sus prácticas cotidianas y potenciar los ejercicios de planificación.

Después de todo lo dicho queda la inquietud por la persistencia en nuestros debates de ciertas cuestiones: derechos adquiridos, minusvalías, debido proceso, lesión enorme. Para reforzar los derechos del propietario rápidamente se recurre a las superadas figuras del Código Civil. Pocas personas se acuerdan de la figura civilista del enriquecimiento sin causa, que aplica perfectamente al caso de aquellos incrementos de precio de los terrenos que no se derivan del esfuerzo o trabajo del propietario y que terminan siendo, como lo indica Topalov, un impuesto que paga la sociedad entera a los propietarios de tierra, el tributo territorial.

Pocos son los que, a lo largo de los años, han desentrañado y cuestionado este tributo territorial (a favor de los propietarios) mientras que las voces que señalan la inconveniencia del tributo a cargo de los propietarios son muchas.

En materia de normas de carácter público, como son las de urbanismo, no es posible predicar derechos adquiridos, ya que permanece la prerrogativa de la administración de su modificación, en nombre de los intereses colectivos. También es ética y jurídicamente inadmisibles que el propietario pretenda incorporar en su patrimonio lo que son simples expectativas, reconocerlas como derechos implica reconocer la especulación con la tierra. En otras palabras, solo la licencia urbanística concreta un derecho a favor del propietario de urbanizar o de construir. Hasta ese momento solo existe la posibilidad de acceder a derechos a través de la asunción de cargas (reajuste o reintegro de tierras, cesiones obligatorias gratuitas, pago de plusvalías a favor de la colectividad). Además, la licencia es temporal y puede incluso ser revocada en algunos casos incluso sin reconocimiento pecuniario alguno (como es el caso de las licencias ambientales).

Los avalúos realizados para las expropiaciones deben incorporar el mismo principio, no es un objeto libremente movilizable en el mercado lo que el propietario transfiere a los municipios sino un derecho y ese derecho es básica y esencialmente de la colectividad, ya que lo asigna el Plan y lo concreta la administración en el otorgamiento de una licencia. Mal puede el evaluador incorporar expectativas que no se han concretado jurídicamente.

El avalúo comercial (el valor por el que se transaría un bien en el mercado) es simplemente un punto de partida, del cual se deben despojar todos aquellos derechos que no son del propietario sino de la colectividad, así se llega no solo a un precio justo sino, en el caso colombiano a un precio que consulte no solo los intereses del propietario sino los de la comunidad, como dispone la Constitución Política.

La recuperación de plusvalías en Colombia es antes que todo un derecho colectivo ejercido por las entidades públicas, más que un impuesto o un simple tributo. Por tal razón existen

todos los sustentos políticos y jurídicos posibles para aplicar cualquier tipo de mecanismos tendientes a su recuperación. A pesar de que la ley restringió la recuperación pública de plusvalías a un 50% los inmobiliarios continúan ejerciendo una férrea oposición a compartir con la colectividad el 50% de los incrementos de los precios derivados de decisiones o inversiones públicas. Es la resistencia a aceptar que existe un precio a pagar por la solidaridad.

Una buena perspectiva para analizar las posibilidades de aplicación de los instrumentos de gestión del suelo, atravesados todos ellos por la recuperación de plusvalías, es la que aquí se ha planteado: considerar la ciudad como un espacio donde se ejercen derechos y preguntarse cuáles son los que priman, y cómo se distribuyen esos derechos.

Las preguntas recurrentes del urbanismo siguen a la orden del día: Cuándo alcanzaremos la socialización del derecho de construir? Las plusvalías se privatizan o se socializan o, como lo plantea Carlos Morales, quién es el dueño de las plusvalías que se obtienen de la propiedad del suelo? La organización del territorio debe ser el resultado de la aplicación del plan o del libre juego de las fuerzas del mercado? Por qué la resistencia a incorporar obligaciones a la propiedad?