

Para una ciudad incluyente y sustentable, otro régimen de propiedad

Para uma cidade inclusiva e sustentável, outro regime de propriedade

For an inclusive and sustainable city, a different property regime

Antonio Azuela

Maestro en Derecho por la University of Warwick, Inglaterra, doctor en Sociología por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y profesor del Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM. El autor agradece los comentarios de Miguel Ángel Cancino, Camilo Saavedra, Carlos Herrera, Francisco Dorantes y Marco A. Esquivel a una primera versión de este texto, que es una versión ampliada de un artículo aparecido en la revista Configuraciones, 40, enero–abril de 2016.

A la memoria de Doreen Massey

Resumen

El artículo contiene una propuesta para re-conceptualizar los derechos de propiedad urbana en el contexto del debate que culminará con la expedición de una Constitución Política para la Ciudad de México en enero de 2017. Después de hacer un recorrido por tres tipos de fuentes (las doctrinas jurídicas, las ciencias sociales y el derecho positivo mexicano) se propone traer al contexto urbano una disposición que se incluyó en la Constitución General de la República desde 1917, para regular el aprovechamiento de los “elementos naturales susceptibles de apropiación” en beneficio de la sociedad. Así, el espacio edificable se concibe como un recurso natural susceptible de apropiación, distinto al suelo. A partir de esa distinción será posible no solamente una regulación adecuada del aprovechamiento sino, sobre todo, la captura por el estado, de la plusvalía generada colectivamente en el proceso de urbanización.

Palabras clave: Constitución; Propiedad; Ciudad de México.

Resumo

O artigo apresenta uma proposta para a reconceptualização dos direitos de propriedade urbana no contexto do debate que culminará na aprovação de uma Constituição Política para a Cidade do México em janeiro de 2017. Depois de uma revisão de três tipos de fontes (doutrinas jurídicas, ciências sociais e direito positivo mexicano), propõe-se trazer ao contexto urbano uma disposição incluída na Constituição Geral da República desde 1917, para regular o uso dos “elementos naturais suscetíveis de apropriação” em benefício da sociedade. Assim, o espaço edificável é concebido como um recurso natural suscetível de apropriação, distinto do solo. A partir desta distinção será possível não somente uma regulação adequada do uso, mas também, sobretudo, a captura pelo Estado das mais-valias geradas coletivamente no processo de urbanização.

Palavras-chave: Constituição; Propriedade; Cidade do México.

Abstract

The article presents a proposal to re-conceptualize urban property in the context of the new Political Constitution for Mexico City, that will be discussed and passed in January 2017. After a review of three sources (legal doctrines, social sciences approaches to property and Mexican law), the author proposes to bring into the urban context a provision that was originally included in the Constitution in 1917 for the regulation of natural resources in the rural world. According to such provision, the State has the power to regulate the use of “natural elements susceptible of appropriation” for the benefit of society at large. Urban space that can be developed is defined here as a natural resource, different from the land’s surface, a distinction that will allow to capture for the public the value increments that are produced in the urban processes.

Keywords: Constitution; Property; Mexico City.

Introducción

Entre septiembre de este año y enero del próximo, una Asamblea Constituyente discutirá y aprobará una Constitución Política para la Ciudad de México (CPCM), que de este modo dará un paso más en la búsqueda por su autonomía política como un miembro más del pacto federal mexicano. Parece extraño, pero uno de los temas olvidados en el debate que se ha dado en los últimos meses es la ciudad misma, su estructura territorial y el modo en que se ahí reproducen la exclusión social y la falta de sustentabilidad ambiental. Si la asamblea constituyente reconoce esas cuestiones tendrá que abordar el tema de la propiedad del suelo, la institución que con mayor fuerza regula los procesos urbanos. Esto implica asumir la complicada herencia del constitucionalismo social mexicano, que orientó la reforma agraria y el control estatal de los recursos naturales en la era post-revolucionaria.

Dado que una de las grandes transformaciones de México en el último siglo ha sido precisamente el haberse convertido en una sociedad predominantemente urbana, la pregunta es si hay algo en nuestra tradición constitucional que podamos utilizar para enfrentar los retos de nuestra condición urbana.

Son dos los grandes temas que merecen la atención de la asamblea constituyente: el primero es la creciente conflictividad social que se vive en la ciudad por la enorme cantidad de emprendimientos inmobiliarios que, además de afectar la calidad de vida de muchos habitantes, se autorizan sin consulta previa a la ciudadanía. El segundo es la enorme injusticia que representa el hecho de que los incrementos del valor del suelo, que provienen del esfuerzo colectivo, sean capitalizados por los propietarios de la tierra, con lo que la ciudad pierde la oportunidad de financiar su desarrollo con la riqueza que genera el mismo proceso de urbanización. Mientras el primero de esos problemas es ampliamente conocido y seguramente dará lugar a principios y procedimientos de participación social en la determinación de los usos del suelo (y, sobre todo, en sus modificaciones), el segundo no ha sido suficientemente reconocido por la opinión pública y requiere un

replanteamiento del modo como se concibe la propiedad del suelo y del espacio urbanizable.

Aquí me propongo demostrar que el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) provee el fundamento para una nueva forma de definir el alcance de la propiedad, si se reconoce que el futuro de la ciudad depende del modo en que se regulen sus transformaciones físicas y se distribuyan los beneficios que ellas generan. Para ello tenemos tres fuentes: lo que dicen los juristas, las ciencias sociales y nuestro derecho positivo.

1. Los juristas y la propiedad urbana

En la literatura jurídica la propiedad urbana aparece de manera muy fragmentada. En el campo del derecho urbanístico es evidente la centralidad de la propiedad, pero sus referentes teóricos no están claramente articulados con los debates sobre la propiedad en el derecho constitucional o en la teoría de los derechos humanos. Revisemos brevemente esta fragmentación.

En el mundo de habla hispana el derecho urbanístico mira a la propiedad siguiendo la doctrina de la función social que postuló León Duguit hace más de un siglo (DUGUIT, 1912). Esa doctrina suele traducirse en un principio que parece un mero tecnicismo pero que es fundamental para asegurar el gobierno democrático de los procesos urbanos: la separación entre la propiedad del suelo y el derecho a edificar; separación que muchas veces encuentra apoyo en la legislación.¹ Esto significa, primero, que el derecho a edificar no es parte del derecho de propiedad sino que deriva de una potestad pública (la de regular el desarrollo urbano); y segundo, que los incrementos en el valor de los inmuebles urbanos que no resultan del esfuerzo del propietario sino del de la colectividad, deben ser utilizados para financiar los bienes

¹ Véase, entre otras, la ley colombiana número 388 de 1997 (MALDONADO COPELLO, 2003), el Estatuto de la Ciudad de Brasil de 2001 (FERNANDES, 2010; ALFONSÍN, 2011) y la Ley del Suelo española de 2008 (GARCÍA-BELLIDO, 2005).

públicos que requiere la vida urbana y que los particulares no producen espontáneamente.

En muchos países europeos también se han consolidado figuras jurídicas equivalentes (DENÈFLE, 2016) y eso no significa, por cierto, que la propiedad pueda ser atacada sin fundamento legal o violando los principios del debido proceso, sino solamente que su uso queda condicionado a un interés público definido democráticamente. Ahí donde el urbanismo europeo ha producido espacios socialmente incluyentes y ha podido plantearse el problema de la sustentabilidad de las ciudades, uno de los fundamentos ha sido esa escisión entre la propiedad del suelo y el derecho a edificar (SHAW, NADIN, WESTLAKE, 1995).² En este contexto, el caso de México resulta paradójico: si bien con la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH) de 1976, fue el primer país de la región en contar con una legislación urbanística que apuntaba en esa dirección, desde hace tiempo ha dejado de ser una referencia en la materia. No obstante, y como se verá más adelante, el artículo 27 de la CPEUM proporciona el fundamento para instituir en México esa diferenciación.

Ahora bien, es importante hacer notar que en el mundo de las doctrinas jurídicas la tesis de la función social no tiene un acomodo fácil. En México, a pesar de que el artículo 27 ha sido visto como el centro del pacto social de la era post-revolucionaria, desde hace décadas los constitucionalistas no se han ocupado de él. Salvo una excepción notable (DÍAZ Y DÍAZ, 2014), ningún jurista se ha interesado seriamente en explorar si el paradigma del artículo 27 es viable en la post-post-revolución (AZUELA, 2011), o qué habría que hacer para ajustarlo a los nuevos tiempos. Este silencio no es exclusivo de México y como muestra sirva el caso Salvador Chiriboga resuelto en 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que una familia terrateniente de la ciudad de Quito impugnó la expropiación de un enorme predio rústico (de unas 600 hectáreas), que desde antes de ser rodeado por el crecimiento de la ciudad había sido designado para funcionar como parque

² En América Latina, uno de los casos de éxito de esa diferenciación es el de los Cepac (Certificados de potencial adicional de construcción) en Sao Paulo (SMOLKA, 2013).

metropolitano por el plan correspondiente. Después de casi una década de litigio, la Corte no supo cómo decidir cuál sería una justa indemnización y terminó recurriendo al penoso expediente de establecer un promedio entre la cantidad que los propietarios demandaban y la que ofrecía el gobierno. La sentencia no solo reconocía a los propietarios el derecho a obtener valores especulativos por sus predios; uno de los magistrados que discrepaban pero quedaron en minoría, Sergio García Ramírez, llamó la atención en su voto disidente sobre el hecho de que esa era la indemnización más alta que había otorgado la Corte en toda su historia para reparar la violación de un derecho humano. La desorientación de la Corte en ese bochornoso caso se debe ni más ni menos a que no tuvo a la mano una doctrina constitucional sensible a la propiedad en el contexto urbano, que le orientase para un caso tan sencillo. La sociedad se urbanizó pero el imaginario espacial del constitucionalismo, si hay alguno, siguió igual (MALDONADO COPELLO, PEÑA, 2013). En los debates sobre derechos humanos ocurre lo mismo. Sabemos de la ampliación, para algunos desmesurada, del catálogo de los derechos que tendrían que ser reconocidos y garantizados, pero del derecho de propiedad casi no se habla y queda en el aire la pregunta central ¿es o no la propiedad un derecho fundamental? Obviamente, los juristas liberales no dudan en responder afirmativamente. Pero están también posturas como la de Luigi Ferrajoli, para quien la propiedad *no* es un derecho fundamental (FERRAJOLI, 1999). Sus argumentos son convincentes y por desgracia no hay espacio aquí para explicarlos.³ Lo que importa destacar es que ellos son enteramente incompatibles con la tesis de León Duguit, porque ésta era parte de un proyecto que trataba de erradicar del lenguaje jurídico la idea de los derechos y de suplantarla con la de las funciones sociales. Invocar la función social seguirá siendo un recurso poderoso para oponerse a la visión liberal predominante en el derecho civil, pero ya no será suficiente para ubicar la propiedad en el universo de los derechos fundamentales, por lo que será

³ Por cierto, un constitucionalista mexicano, Pedro Salazar, publicó recientemente un ensayo en el que se suma a la tesis de Ferrajoli al tiempo que se declara un “liberal igualitario” (SALAZAR, 2014). Acaso sea ese el punto de partida para una discusión sobre el derecho de propiedad en el contexto de los derechos humanos.

necesario buscar otra conexión entre lo que se sostiene en el derecho urbanístico y las aproximaciones más generales sobre el derecho.

Es interesante considerar la producción jurídica de habla inglesa y en particular de los Estados Unidos, que sí se han ocupado de la propiedad como problema constitucional. Y es que la oleada neoconservadora que invadió la jurisprudencia norteamericana desde la era de Reagan está lejos de haber obtenido un triunfo definitivo. Si hace cuatro décadas Bruce Ackerman vaticinaba que el análisis económico del derecho terminaría con las dudas sobre el estatuto de la propiedad (ACKERMAN, 1977), hoy el tema es más debatido que nunca⁴. Sería imposible ofrecer aquí una síntesis de la bibliografía, pero para los fines de estas notas importa señalar tres cuestiones: primero, muchos de los grandes debates sobre la propiedad han sido motivados por regulaciones urbanísticas y/o ambientales del uso de la propiedad; segundo, ha quedado claro que la regulación estatal no es enemiga del funcionamiento de los mercados sino su condición más importante – cosa que ya estaba clara en el programa original del neo liberalismo (ESCALANTE, 2016). Tercero, la estrategia más generalizada para analizar críticamente los regímenes de propiedad consiste en hacer distinciones, sobre todo entre diferentes derechos: desde Hohfeld (1913) ya no se habla de la propiedad, sino de un “haz de derechos” (*a bundle of rights*) que deben ser examinados por separado. Solo desde las posiciones neoconservadoras se sigue pensando en *la* propiedad como una institución dotada de coherencia interna. En cualquier caso, el debate es de una gran riqueza y hay todo menos un consenso, muy a pesar de lo que quisieran tanto los juristas tradicionales como quienes se alinean con las corrientes dominantes en la economía.

⁴ Entre los muchos autores que ofrecen miradas alternativas al liberalismo clásico (y al neo), véase Alexander, 2006; 2008; Freyfogle, 2007; Purdy, 2010; Radin, 1993; Rose, 1994.

2. Las ciencias sociales y el urbanismo

Las ciencias sociales también ayudan a comprender la propiedad estableciendo diferencias. Hace casi un siglo, un historiador de la talla de Richard H. Tawney decía que era “ocioso argumentar a favor o en contra de la propiedad privada sin especificar las formas particulares de propiedad de las que se habla” (TAWNEY, 1920) y es probable que la primera gran diferenciación de la propiedad haya sido la que produjo la economía política hace más de dos siglos entre los conceptos de renta y ganancia. Esta última proviene de la propiedad de un capital e implica un proceso de trabajo, mientras aquella se obtiene de la simple propiedad de la tierra, sin trabajo de por medio. Incluso hoy, en todo el espectro ideológico, hablar de “rentismo” o de “buscadores de rentas”, trae una valoración negativa. La crítica al rentismo urbano estuvo en el centro de las ideas progresistas desde fines del siglo diecinueve y la propiedad de la tierra aparecía siempre en la agenda de las políticas y la legislación.

Después de eso, han sido muchas las formas en que se han establecido diferencias en las relaciones de propiedad en el espacio urbano y el territorio en general. Una de las más sobresalientes fue la que plantearon, desde la geografía crítica, Doreen Massey y Alejandrina Catalano en los años setenta para aplicar la teoría de la renta al contexto urbano, a partir de la distinción entre diferentes tipos de propietarios en Gran Bretaña: la nobleza, la iglesia, las universidades, los desarrolladores urbanos... (MASSEY, CATALANO, 1978). Lo cierto es que la teoría de la renta no ha logrado consolidarse, aunque todavía hay intentos relevantes, en particular en América Latina (JARAMILLO, 2009).

Pero acaso la distinción más evidente en el medio urbano es la que existe entre ser propietario de una casa para tener un lugar donde vivir y/o trabajar y todas las demás formas de apropiarse el espacio urbano.⁵ También

⁵ Hace tiempo se discute si la plena propiedad de la vivienda (como parte del estado de bienestar en Europa o del sueño americano) es la única o la mejor manera de satisfacer esa necesidad (DENÈFLE, 2016). Ese debate ha adquirido mayor complejidad cuando se considera la dimensión de género como parte de la cuestión de la vivienda (VARLEY, 1996) y tiene una relación directa con la antropología de la vida material o del mundo de las cosas.

aquí es inútil intentar una síntesis de la bibliografía. Lo que se requiere en la tarea de repensar la propiedad son dos cosas: reconocer la necesidad de combatir el uso especulativo de la propiedad para recuperar la plusvalía urbana y de ese modo financiar políticas urbanas incluyentes, por un lado, y tener claro cuáles son los procesos de producción del espacio urbano en los que ese uso tiene lugar.

Es inútil intentar siquiera una síntesis de lo que las ciencias sociales han aportado para comprender lo que significa la propiedad en diferentes circunstancias. En realidad, lo que se requiere para la tarea de repensar la propiedad en el contexto de la Constitución de nuestra ciudad implica elegir cuáles son las formas de apropiación del espacio que resultan más problemáticas en este momento, lo que justificaría incluirlas en la agenda constitucional. Y eso significa dar un paso, que no es otro que el del urbanismo, o sea el de un arte que se ubica entre las ciencias sociales y la política. En ese terreno lo que más debe preocuparnos es lo que parece ser el proceso social dominante de nuestros tiempos: el reciclaje urbano⁶. Y es aquí donde entra un elemento que no hemos mencionado hasta aquí, o sea el tema de la sustentabilidad de la ciudad. Sin entrar en un tratamiento general de la cuestión, resulta evidente que la pregunta fundamental de nuestra ciudad, hoy en día, es si lo que se está construyendo nos lleva a una ciudad incluyente y sustentable. Esto significa reconocer una tendencia histórica de largo aliento: si, entre los años 30s y los 70s, la ciudad creció predominantemente en forma horizontal, hoy en día ella crece en forma vertical. No es que el crecimiento horizontal se haya detenido, es que ocurre en el vecino Estado de México y eso es materia de coordinación metropolitana, que obviamente también debe ser parte de la agenda constitucional. Así, nuestra reserva de crecimiento es *el espacio por encima de la ciudad* y es ahí donde se producirá (o no) una ciudad incluyente y sustentable.

Ese espacio es su *recurso* más importante y más adelante se explica que esto supone un giro en la concepción jurídica de la propiedad; aquí

⁶ El concepto de reciclaje está en el centro de los debates actuales de la sustentabilidad urbana (JEHLING, 2015).

importa señalar que las elites de nuestra ciudad tendrán que renunciar a la idea de que hay que impedir el crecimiento urbano, porque esa idea significa que en ella no habrá un lugar para nuestros hijos y nuestros nietos. La Ciudad no puede darse el lujo de quedarse como es, pero tiene que pensar su transformación a partir de lo que es; tiene que pensar nuevas forma de reciclarse. El reto es monumental porque además hay un malestar con *cualquier* iniciativa de transformación del espacio, de modo que un nuevo modelo urbano, para ser viable, requiere un pacto social que permita legitimar nuevas orientaciones. Si terminara por imponerse la idea del crecimiento cero, la ciudad estaría condenada a seguir siendo excluyente e insustentable. Hay quien dice que solo existe una nueva constitución cuando hay una transformación de la propiedad. Puede ser, pero el tipo de transformación que necesitamos no consiste en alguna especie de “reparto de tierras”, sino en una reconfiguración de los derechos de propiedad en el espacio urbano. Distinguir radicalmente entre la propiedad del suelo y el derecho a construir es la base de la transformación que la ciudad necesita.

3. El derecho positivo

Al examinar el derecho positivo mexicano la pregunta es: ¿queda algo de nuestra tradición constitucional para construir un nuevo régimen urbanístico? En particular ¿existe algún elemento para fundamentar la separación entre la propiedad del suelo y el derecho a construir?

La reforma constitucional de 1976 y la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH), parecían impulsar un proyecto de inclusión social en el contexto de una planeación racional. Sin embargo, la planeación resultó ser más débil que la propiedad de la tierra – tanto la de los individuos como la de los núcleos agrarios. De las cenizas de ese proyecto queda apenas el principio de la distribución equitativa de las cargas y beneficios del desarrollo urbano,⁷

⁷ Artículo 3 fracción II de la LGAH.

que puede ser el punto de partida de una re-conceptualización de la propiedad urbana.

Por lo que hace a la jurisprudencia, lo cierto es que no hay una doctrina que deje en claro el estatuto constitucional de la propiedad. Cada vez que los jueces federales decidieron avalar las regulaciones urbanísticas recurrieron a referencias al “interés público” (nunca precisadas conceptualmente) y caracterizaron las reglas de uso del suelo como “modalidades a” la propiedad, con ocasionales referencias a la “función social de la propiedad”. Sin que esas categorías hayan sido abiertamente derrotadas, lo cierto es que la jurisprudencia se ha vuelto cada vez más exigente en relación con la regulación urbanística y tiende a inclinarse del lado de los propietarios.

Es verdad que la jurisprudencia de las últimas décadas ha sido un factor importante para contrarrestar ciertos rasgos autoritarios del régimen de propiedad del México post-revolucionario – tal es el caso del reconocimiento del derecho de audiencia previa en casos de expropiación. Sin embargo, la tendencia al fortalecimiento de los derechos de propiedad ha llegado tan lejos, que incluso los autores de orientación liberal nos alertan sobre el abuso del amparo⁸ en contra de la expropiación (ELIZONDO, PÉREZ DE ACHA, 2008). Sorprende, por ejemplo, que en 2010 la Corte haya sostenido que la propiedad es un derecho fundamental, como si hubiese desaparecido el párrafo primero del artículo 27 de la Constitución, que claramente la define como un derecho derivado de la propiedad originaria de la nación. Es decir, sin que las ideas de “función social” y de “modalidades” hayan desaparecido, lo cierto es que los jueces parecen cada vez más dispuestos a ampliar el alcance de los derechos de los propietarios.

Es en el contexto de un nuevo activismo judicial que el constituyente de la Ciudad de México tendría que llevar la tradición del constitucionalismo social mexicano al tema urbano. Pues bien, en el artículo 27 hay un fundamento para llevar adelante tal propósito y, en particular, para establecer

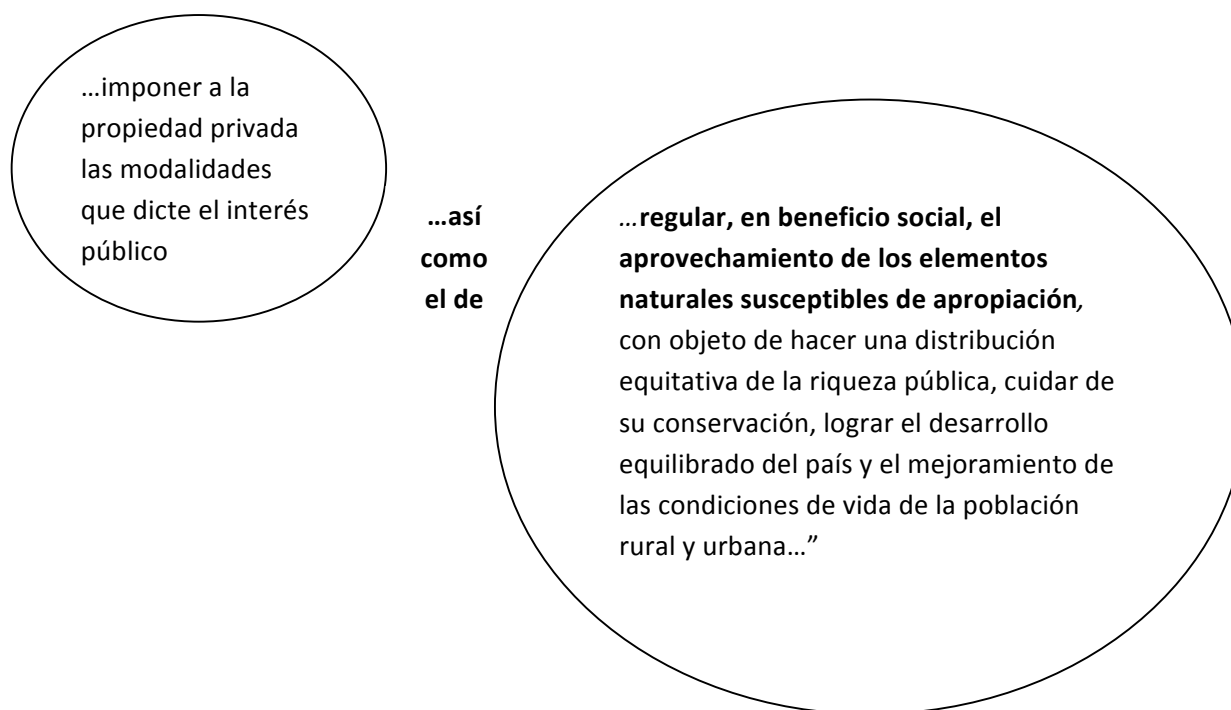
⁸ El juicio de amparo, que se promueve ante un juez federal, es el recurso legal más importante que tienen los gobernados para defenderse de los actos de autoridad que violan sus derechos.

la separación entre la propiedad del suelo y la del espacio por encima de él, y de ese modo sentar las bases para un nuevo régimen de propiedad. Se trata de una parte del párrafo tercero que hasta ahora solo ha sido pensada para el mundo rural. A continuación (Figura 1) se transcribe esa disposición de manera que se aprecie su diferencia.

Figura 1

Párrafo tercero del artículo 27 de la CPEUM

“La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de



Fuente: elaboración propia.

Lo que aquí se propone aquí es, simple y sencillamente, concebir al espacio por encima del suelo, que constituye la principal reserva sobre la cual crecerá la ciudad en el futuro, como un *recurso natural susceptible de apropiación*.⁹ Naturalmente, la propuesta suscita muchas dudas y más adelante se aclaran algunas. Pero hay una cuestión que conviene abordar

⁹ Esta propuesta surgió en 2014 como parte de un debate promovido por la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial en torno al régimen urbanístico de la Ciudad de México.

desde ahora: ese espacio no es propiedad de nadie, a pesar de una vieja creencia. En la Edad Media se acuñó una máxima, que incluso parece poética, según la cual el dueño de un terreno lo es también “desde el cielo hasta el infierno” (*usque ad coelum et ad inferos*),¹⁰ pero la historia del derecho ha demostrado que eso no era más que una invención, aunque haya conquistado la imaginación de los juristas. Primero, con el advenimiento de los estados absolutistas quedó claro, en casi todas partes, que los minerales del subsuelo eran propiedad del soberano (y ningún propietario de tierras fue indemnizado). Siglos después apareció la aviación y aquello de la propiedad “hasta el cielo” también se vino abajo. Lo que ha ocurrido desde mediados del siglo XX, ahí donde se ha intentado distribuir equitativamente las cargas y los beneficios de la urbanización, es justamente el derrumbe de la creencia de que el dueño del terreno tiene un derecho ilimitado a construir sobre él.

Para quien no está familiarizado con el tema esto parece un acto de prestidigitación. Pero la verdad es que si tomamos en serio lo que dice la Constitución y lo traemos al contexto urbano resulta perfectamente pertinente. El texto constitucional es suficientemente amplio para abarcar un recurso tan esencial para nuestras vidas como el espacio por encima de la ciudad, que unas veces trataremos de conservar como espacio abierto y otras veces estaremos dispuestos a destinar para el desarrollo. Enfrentar esa disyuntiva y decidir las formas de su aprovechamiento, así como la distribución de los beneficios y las cargas que se generan, es parte del arte de gobernar una ciudad y de garantizar que en el futuro sea incluyente y sustentable. Si el constituyente de la ciudad de México decide avanzar en esa dirección, ahí tiene el fundamento constitucional.

¹⁰ Fue Accursio de Bolonia, en el siglo XII, quien acuñó la frase que no se sabe por qué se convirtió en una “máxima”, a pesar de ser tan plausible como el cielo y el infierno.

Conclusión

He explorado tres “fuentes” para imaginar un nuevo régimen de propiedad para la Ciudad de México. De la primera de ellas, o sea de la literatura jurídica, destaco la idea de dejar de hablar de *la* propiedad como si fuese una institución con algún tipo de coherencia interna o una entidad con “atributos” universales. El pensamiento jurídico del último siglo ha enfrentado a los análisis conservadores sobre la propiedad haciendo distinciones sobre la diversidad de derechos y de fórmulas jurídicas que se suele ocultar bajo una idea genérica de la propiedad. Entre las múltiples manifestaciones posibles de esta estrategia analítica, una que es particularmente relevante para el contexto urbano, es la distinción entre la propiedad del suelo y el derecho a edificar, que se encuentra a lo largo de la literatura jurídica especializada, porque forma parte del derecho positivo en muchos países. Esa distinción ha sido la clave ahí donde se ha optado por la inclusión social y la sustentabilidad.

La misma distinción también encuentra abundante explicación en nuestra segunda fuente, o sea en las ciencias sociales. No hay que perderse en la inmensidad de la producción académica para reconocer que, en el medio urbano, hay algunas condiciones que son perfectamente reconocibles y que deben ser parte de la agenda legislativa de toda gran ciudad, como el hecho de que un trozo de tierra no tiene un valor intrínseco sino que su precio se deriva de lo que ocurre a su alrededor, así como la paradoja de que la ciudad genera riqueza pero sufre para costear la infraestructura que la hace posible.

La tarea de incorporar esa distinción en la Constitución de la Ciudad de México ha hecho necesario revisar, como tercera “fuente” de nuestra investigación, lo que nos ofrece el derecho positivo mexicano. Hasta ahora han sido insuficientes los intentos legislativos para llevar las ideas del constitucionalismo social mexicano al ámbito urbano y tanto la doctrina como la jurisprudencia son de una pobreza notable. Sin embargo, existe un fundamento constitucional que proporciona un amplio margen para esta tarea y que nos permite nada menos que *acotar el alcance espacial la propiedad*. Como se ha visto, dentro del texto del propio artículo 27, está la posibilidad de

definir al espacio urbano como un recurso natural susceptible de apropiación, cuyo aprovechamiento debe ser regulado para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública. La propuesta puede parecer extravagante y suscita preguntas como las siguientes:

Primera, ¿implica esta *regulación del aprovechamiento* una ofensiva contra el mercado? No. Ya se sabe que para funcionar eficientemente los mercados requieren una regulación. Aquí se trata de liberar al mercado inmobiliario (o sea el de las mercancías inmobiliarias que la ciudad necesita, como viviendas, lugares de trabajo, etcétera) de las restricciones que le impone la propiedad del suelo. Las únicas restricciones que se justifican son las relacionadas con los impactos ambientales y sociales del desarrollo urbano. Y esa regulación no tiene por qué otorgar privilegio alguno a la propiedad del suelo; lo que cuenta es la decisión (democráticamente procesada) del tipo de espacio al que se aspira.

Segunda, ¿implica esta propuesta una expropiación o una nacionalización del espacio edificable? No porque ese espacio no pertenece a nadie – el único derecho que existe sobre él es la potestad pública de regular su aprovechamiento. No trataré aquí de cerrar la discusión, pero propongo iniciarla con un símil: circular en automóvil por la ciudad no es un derecho que se derive de haber comprado uno, sino de un orden jurídico que a un tiempo posibilita y restringe la circulación. La propiedad no es más que una condición, acaso necesaria pero nunca suficiente para “sacar el coche”. En el mismo sentido, no existe fuente jurídica alguna que ofrezca elementos suficientes para ampliar la definición, originalmente agraria, de la propiedad del suelo.

Tercera, ¿qué significa que el espacio urbano sea un *elemento natural*? Pues eso; a menos que pensemos que el mundo de la naturaleza está formado exclusivamente por seres dotados de ADN, tenemos que aceptar que el espacio que nos rodea en las ciudades, y en particular el espacio entre los edificios (DAVY, 2014), es parte de ella, aunque solo sea porque es el “medio” por el que transitan, entre otras cosas, el aire y la luz solar. Sin él nuestras vidas serían una pesadilla y por eso tenemos que lo reconocerlo como un recurso. Y si esto es cierto para cualquier ciudad, en la nuestra es crítico,

porque su más importante reserva de crecimiento no está en sus alrededores sino encima de ella.

Cuarta, ¿qué significa que dicho espacio sea un recurso *susceptible de apropiación*? Cada recurso tiene su forma de apropiación. En las ciudades nos apropiamos del espacio (en forma privada, se entiende) cuando construimos en él, no antes. Una parte de dicho espacio (por encima de calles y plazas, así como el de las áreas con valor patrimonial) no puede ser aprovechada por nadie en particular porque satisface ciertas necesidades colectivas. El resto es *susceptible de apropiación* porque hay decisiones públicas que así lo establecen. Edificar es el modo de aprovechar ese recurso y al edificar creamos objetos muy distintos al suelo (departamentos, oficinas, academias de Tae Kwon Do...) sin los cuales no podemos apropiarnos del espacio. Esos objetos requieren al suelo como sustento pero no brotan de él, sino de una actividad industrial cuya dinámica no viene del suelo, aunque se valoriza en su localización. Y es a través de ellos como se produce el reciclaje que puede dar lugar (o no) a un nuevo tipo de ciudad; es ahí, en cada manzana o incluso en cada predio, donde se juega nuestro futuro urbano y es por eso que su regulación debe independizarse de la propiedad del suelo.

Quinta, ¿de qué *riqueza pública* estamos hablando? Más allá de la intención original de esa frase del artículo 27, pensada para un mundo rural (URQUIZA, 2014), es evidente que la dinámica urbana produce riqueza y que una parte de ella es captada por el propietario del suelo en forma de renta. Se trata de distribuirla equitativamente sin expropiar a nadie. Más bien, es cuando el propietario del suelo captura la riqueza que produce la ciudad que se viola el principio constitucional que ordena la distribución equitativa de una riqueza pública.

En síntesis, si queremos que la Constitución de la Ciudad de México se apegue a la Constitución General de la República, tenemos que reconocer que el espacio edificable es un elemento natural distinto al suelo y que su aprovechamiento (mediante la edificación) tiene que ser regulado para perseguir los fines que establece el propio precepto. Esos fines no son otros que “hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su

conservación”. O, en el lenguaje de hoy, buscar una ciudad incluyente y sustentable.

Desde luego, con esta propuesta no se pretende abarcar todos los aspectos de un programa constitucional progresista, tales como participación social, la coordinación metropolitana, el derecho a la ciudad y muchos otros; se trata apenas de llamar la atención sobre una cuestión que ha sido olvidada en nuestro debate constitucional a pesar de ser la fuente de las mayores desigualdades que vive la ciudad hoy en día.

Referencias bibliográficas

ACKERMAN, Bruce A. *Private Property and the Constitution*. New Haven: Yale University Press, 1977.

ALEXANDER, Gregory S. *Commodity & Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

ALEXANDER, Gregory S. *The global debate over constitutional property: Lessons for American takings jurisprudence*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

ALFONSIN, Betânia. Depois do Estatuto da Cidade: ordem jurídica e política urbana em disputa, Porto Alegre e o urbanizador social. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*, v. 7, n. 2, p. 47-59, 2011.

AZUELA, Antonio. Property in the Post-post-revolution: Notes on the Crisis of the Constitutional Idea of Property in Contemporary Mexico. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1915-1942, 2011.

DAVY, Benjamin. Polyrrational property: rules for the many uses of land.

International Journal of the Commons, v. 8, n. 2, p. 472-492, 2014.

DÍAZ Y DÍAZ, Martín. Ensayos sobre la propiedad. México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

DENÈFLE, Sylvette. Introduction: La propriété, axe essentiel des évolutions idéologiques décentes. In: DENEFLE, Sylvette (Org.) Repenser la propriété. Des alternatives pour habiter. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2016.

DUGUIT, Leo. Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón. Madrid: Librería de Francisco Beltrán, 1912.

ELIZONDO, Carlos; PÉREZ DE ACHA, Luis Manuel ¿Un nuevo derecho o el debilitamiento del estado? Garantía de audiencia previa en la expropiación. Documentos de Trabajo n. 30. México, CIDE: 2008.

ESCALANTE, Fernando. Historia mínima del neo liberalismo. México: El Colegio de México, 2016.

FERNANDES, Edesio. El Estatuto de la Ciudad y el orden jurídico-urbanístico. In: CARVALHO, Celso Santos; ROSSBACH, Anaclaudia (Orgs.). Estatuto de la Ciudad: un comentario. São Paulo: Ministério das Cidades / Alianza de las Ciudades, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FREYFOGLE, Eric T. On Private Property. Finding Common Ground on the Ownership of Land. Boston: Beacon Press, 2007.

GARCÍA-BELLIDO, Javier. Por una liberalización del paradigma urbanístico español (III): el tsunami urbanístico que arrasará el territorio. Ciudad y

Territorio: Estudios Territoriales, n 144, p. 273-288, 2005.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. The Yale Law Journal, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.

JARAMILLO, Samuel. Hacia una teoría de la renta del suelo urbano. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

JEHLING, Mathias. L'utilisation du sol en circuit. Un modèle pour la durabilité urbaine. In: HAKEK, Isabelle; HAMMAN, Philippe; LÉVY, Jean-Pierre. (Orgs.). De la ville durable à la nature en ville. Lille : Septentrion Presses Universitaires, 2015.

MALDONADO COPELLO, María Mercedes. Los principios éticos y jurídicos en materia de ordenamiento territorial y gestión del suelo en Colombia. In: MALDONADO COPELLO, María Mercedes (Org.). Reforma urbana y desarrollo territorial. Experiencias y perspectivas de aplicación de las leyes 9ª de 1989 y 388 de 1997. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá / Lincoln Institute of Land Policy, 2003.

MALDONADO COPELLO, María Mercedes; PEÑA, Diego Peña. Jueces, derechos humanos e indemnización en caso de expropiación: análisis de casos de Ecuador. In: AZUELA, Antonio (Org.) Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas. México: UNAM – Instituto de Investigaciones Sociales / Lincoln Institute of Land Policy, 2013.

MASSEY, Doreen; CATALANO, Alexandrina Catalano. Capital and Land: Landownership by Capital in Great Britain. Londres: Edward Arnold, 1978.

PURDY, Jedediah. The Meaning of Property: Freedom, Community, and the Legal Imagination. New Haven: Yale University Press, 2010.

RADIN, Elizabeth J. *Reinterpreting Property*. Chicago: The University of Chicago Press, 1993.

ROSE, Carol M. *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rethoric of Ownership*. Boulder: Westviwe Press, 1994.

SALAZAR, Pedro. *Confesiones de un liberal igualitario*. Nexos, Marzo, 2014.

SHAW, David; NADIN, Vincent; WESTLAKE, Tim. The compendium of European spatial planning systems. *European Planning Studies*, v. 3, n. 3, p. 390-395, 1995.

SMOLKA, Martim. *Implementing value capture in Latin America: policies and tools for urban development*. Cambridge, MA: Lincoln Institute of Land Policy, 2013.

TAWNEY, Richard. *The Sickness of an Acquisitive Society*. Londres: The Fabian Society / George Allen & Unwin, 1920.

URQUIZA, Humberto. *Los estudios y trabajos ambientales de Miguel Ángel de Quevedo: Una historia de su influencia en las políticas de conservación de las cuencas hidrológicas (1890-1940)*. Tesis de Doctorado en Historia, México, UNAM, 2014.

VARLEY, Ann. Women heading households: Some more equal than others? *World Development*, v. 24, n. 3, p. 505-520, 1996.