

**Universidad de Deusto**

Facultad de Derecho



**RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO Y LA OCUPACIÓN DEL SUELO Y DE LA  
PROPIEDAD URBANA EN BRASIL. UNA VISIÓN PROPOSITIVA DESDE EL  
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Dña. Geana de Miranda Leschko

Dirigida por: Dr. D. José Luis Ávila Orive

Bilbao, septiembre de 2015



**Universidad de Deusto**

Facultad de Derecho

**TESIS DOCTORAL**

**RÉGIMEN JURÍDICO DEL USO Y LA OCUPACIÓN DEL SUELO Y DE LA  
PROPIEDAD URBANA EN BRASIL. UNA VISIÓN PROPOSITIVA DESDE EL  
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

El director

Dr. D. José Luis Ávila Orive

La doctoranda

Dña. Geana de Miranda Leschko

Bilbao, septiembre de 2015



*Dedico esta tesis a las 242 almas que se perdieron en el incendio de la discoteca Kiss en Santa María, mi ciudad, el 27 de enero de 2013.*



## **AGRADECIMIENTOS**

Han pasado años, meses y muchas horas de dedicación, esfuerzo y comprometimiento con la investigación, hasta la llegada de este momento, la redacción de la última página escrita de este estudio, los necesarios agradecimientos a todos aquellos que han contribuido para el desarrollo de mi tesis doctoral.

Quisiera agradecer, primeramente, al profesor Dr. José Luis Ávila Orive por su incondicional apoyo y colaboración en todo este proceso. Sus orientaciones han sido fundamentales para la consecución de este estudio.

Asimismo, deseo agradecer a mi marido Marcello, por confiar en mis capacidades y por estar a mi lado siempre que lo he necesitado. Gracias 'cora' por tu cariño y comprensión.

También quisiera agradecer a mi familia – principalmente mis queridos padres y hermanas –, y amigos, que me han apoyado de muchas formas, siempre con buenas palabras y haciéndome creer que era capaz de realizar esta tesis. Igualmente han contribuido para ello mis compañeras de investigación, Janvi y Cristina, con quienes he dividido más intensamente esta experiencia; mis amigos de ACLIMA, testigos de mis esfuerzos; y por último a Sonia Gutiérrez Benítez, Juan Luis Moragues y Vega Arnaez Arce, por despertar en mi el interés por el Derecho Urbanístico y por haber aportado, en el ámbito de mi investigación, importantes contribuciones a la comprensión del ordenamiento español.



## ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA PROPIEDAD PRIVADA .....</b>	<b>17</b>
I.1. Evolución del concepto de derecho de propiedad .....	18
I.1.1. Breves antecedentes de la propiedad privada: del Derecho romano al sistema feudal.....	20
I.1.2. Aproximación al concepto tradicional de propiedad privada.....	26
I.1.2.1. Identificación de la concepción tradicional del derecho de propiedad privada en el ordenamiento brasileño .....	29
I.1.2.2. Reacción al individualismo propietario en Brasil .....	44
I.1.3. La concepción social del derecho de propiedad.....	55
I.1.3.1. El derecho de propiedad privada y su configuración como un derecho fundamental en la actual Constitución Federal de Brasil: reflexiones desde el marco constitucional español .....	68
I.2. La funcionalización del derecho de propiedad privada .....	80
I.2.1. Aproximación al concepto original de la función social de la propiedad privada y su reconocimiento en el ordenamiento brasileño.....	81
I.2.2. Configuración constitucional de la función social de la propiedad privada .....	88
I.2.2.1. La configuración de la función social de la propiedad y su reflejo en la naturaleza jurídica de la propiedad privada.....	88
I.2.2.2. Operatividad de la función social de la propiedad .....	108
<b>CAPÍTULO II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DESARROLLO DEL URBANISMO.....</b>	<b>113</b>
II.1. Marco general: la organización territorial en Brasil .....	116
II.1.1. El marco normativo del sistema de organización territorial en Brasil .....	116
II.1.1.1. Peculiaridades del Estado federal brasileño .....	118
II.2. Las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo en el Estado federal brasileño .....	128
II.2.1. Las competencias legislativas y materiales atribuidas a la Unión y a los estados federados brasileños .....	133
II.2.2. Las competencias atribuidas a los municipios brasileños .....	155
II.2.2.1. Reflexiones sobre la distribución constitucional de competencias en materia de urbanismo en base al modelo urbanístico español .....	162
II.3. Las fuentes de derecho urbanístico y los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico.....	168
II.3.1. Las normas de derecho urbanístico.....	171

II.3.1.1. Breve histórico.....	172
II.3.1.2. Las actuales fuentes normativas de derecho urbanístico y la identificación de un posible sistema normativo .....	175
II.3.1.2.1. Algunas notas sobre el recién promulgado Estatuto de la Metrópoli .....	183
II.3.1.3. Reflexiones y aportaciones para la sistematización de la legislación urbanística brasileña desde el ordenamiento español: planeamiento, gestión y disciplina urbanística como ejes del sistema.....	193
II.3.2. Tipología y jerarquía de planes de urbanismo y de ordenación del territorio .....	202
II.3.2.1. Planes de ordenación federales .....	210
II.3.2.2. Planes de ordenación regionales .....	213
II.3.2.3. Planes urbanísticos municipales .....	220
II.3.2.3.1. La previsión constitucional del Plan Director.....	224
II.3.2.3.2. El desarrollo normativo del Plan Director en el Estatuto de la Ciudad: reflexiones y aportaciones sobre su función y contenido mínimo desde el ordenamiento español .....	235
II.3.2.3.3. Otros planes urbanísticos municipales: reflexiones y aportaciones desde el sistema de planeamiento español .....	245

**CAPÍTULO III. LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA Y SU ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO.....** 254

III.1. El derecho de propiedad del suelo urbano .....	255
III.1.1. La propiedad privada del suelo urbano.....	261
III.1.1.1. Encuadramiento de la evolución de la propiedad privada del suelo en Brasil, con especial atención a la propiedad urbana .....	263
III.1.1.1.1. Introducción de la propiedad privada del suelo en Brasil: La Ley de Tierras del Imperio .....	264
III.1.1.1.2. La propiedad urbana en el periodo industrial brasileño .....	270
III.1.1.1.3. El populismo y la consolidación de un modelo de crecimiento urbano .....	274
III.1.1.1.4. Las iniciativas de acceso a la propiedad urbana y el régimen militar.....	279
III.1.1.1.5. La Constitución Federal de 1988 y el Estatuto de la Ciudad: el panorama actual.....	284
III.2. La propiedad privada urbana y su actual configuración jurídica .....	288
III.2.1. La identificación del concepto y del contenido de la propiedad privada urbana.....	289
III.2.2. La función social de la propiedad privada urbana .....	293
III.2.2.1. El incumplimiento de la función social de la propiedad urbana en el marco jurídico brasileño: posibles alternativas desde el ordenamiento español .....	305
III.2.3. El régimen jurídico de la propiedad privada urbana .....	312

III. 2.3.1. La conformación del régimen jurídico de la propiedad privada urbana en el ordenamiento municipal.....	312
III.2.3.2. Los límites de la propiedad urbana y el derecho de construir en el Código Civil .....	320
III.2.3.3. La incidencia de la Ley 6.766/1979, sobre parcelación de suelo para fines urbanos .....	321
III.2.4. Alternativas desde el ordenamiento jurídico español para la instrumentalización de la función social de la propiedad urbana y la organización de las bases del régimen jurídico de la propiedad del suelo en Brasil: la dinámica adoptada en las Leyes del Suelo españolas .....	324

**CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN DEL CONTENIDO URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA..... 332**

IV.1. El régimen del uso y la ocupación de la propiedad urbana: contenido y aplicación .....	333
IV.1.1. La clasificación del suelo y sus efectos en el régimen de la propiedad del suelo .....	335
IV.1.1.1. El estado actual del suelo como criterio para la definición del sistema de clasificación de suelos: aportación desde la actual Ley de Suelo española .....	344
IV.1.2. La zonificación y la calificación de los usos del suelo urbano.....	348
IV.1.3. La revisión y alteración del planeamiento: alternativas a la cuestión del control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico desde el ordenamiento español .....	359
IV.1.4. Las obligaciones y los deberes de los propietarios .....	372
IV.1.4.1. Aproximación a la revisión de la actual Ley de Parcelación del Suelo urbano: deberes y obligaciones de los propietarios o particulares en el proyecto de ley 3.057/2000 .....	375
IV.1.4.2. Aportaciones desde la Ley de Suelo española: deberes y cargas definidos en razón del nivel de transformación urbanística necesaria y la reparcelación .....	378
IV.2. El derecho de construir.....	390
IV.2.1. El derecho de construir y el <i>ius aedificandi</i> .....	392
IV.2.2. La naturaleza y el contenido del <i>ius aedificandi</i> .....	396
IV.2.3. La cuestión de la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico. ....	405
IV.2.4. La negociabilidad del aprovechamiento urbanístico: los instrumentos jurídicos previstos en el Estatuto de la Ciudad .....	412
IV.2.4.1. Otorgamiento oneroso del derecho de construir .....	414
IV.2.4.2. Transferencia del derecho de construir.....	424
IV.2.5. La urbanización como requisito para la edificación en las nuevas parcelaciones: la iniciativa para urbanizar y sus consecuencias.....	428
IV.2.5.1. El agente urbanizador previsto en el ordenamiento español: posible alternativa ante el monopolio de iniciativa del propietario para promover la urbanización en Brasil .....	434

**CONCLUSIONES**..... 442

**BIBLIOGRAFÍA**..... 464

## LISTADO DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Direta de Constitucionalidade (Acción Directa de Constitucionalidad)
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade (Acción directa de inconstitucionalidad)
BNH	Banco Nacional da Habitação (Banco Nacional de la Habitación)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CEPAC	Certificado de Potencial Adicional de Construção (Certificado de Potencial Adicional de Construcción)
CEPAM	Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (Centro de Estudios e Investigaciones de la Administración Municipal)
CF	Constituição Federal (Constitución Federal)
CNDU	Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (Consejo Nacional de Desarrollo Urbano)
DNIT	Departamento Nacional de Infraestruturas de Transportes (Departamento Nacional de Infraestructuras de Transportes)
EIA	Estudo de Impacto de Vizinhança (Estudio de Impacto de Vecindad)
FFJJ	Fundamentos Jurídicos
FJ	Fundamento Jurídico
FNRU	Foro Nacional da Reforma Urbana (Foro Nacional de Reforma Urbana)
FUNAI	Fundação Nacional do Índio (Fundación Nacional del Indígena)
FUNDURB	Fundo de Desenvolvimento Urbano (Fondo de Desarrollo Urbano)
IBAM	Instituto Brasileiro da Administração Municipal (Instituto Brasileño de Administración Municipal)
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Instituto de Investigación Económica Aplicada)
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria)
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano (Impuesto Predial y Territorial Urbano)

MST	Movimento Sem Terra (Movimiento Sin Tierra)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PNDR	Política Nacional de Desenvolvimento Regional (Política Nacional de Desarrollo Regional)
PNOT	Política Nacional de Ordenação do Território (Política Nacional de Ordenación del Territorio)
SBPE	Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (Sistema Brasileño de Ahorro y préstamos)
SEMPULA	Secretaria Municipal de Planejamento Urbano (Secretaria Municipal de Planeamiento Urbano)
SDR	Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional (Secretaria de políticas de desarrollo regional)
SERFHAU	Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (Servicio Federal de Habitación y Urbanismo)
SFH	Sistema Financeiro de Habitação (Sistema Financiero de Habitación)
SSTC	Sentencia del Supremo Tribunal Constitucional Español
SUDAM	Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Superintendencia de Desarrollo de la macro-región de la Amazonia)
SUDECO	Superintendência de Desenvolvimento do Centro-Oeste (Superintendencia de desarrollo de la macro-región del Centro-oeste)
SUDENE	Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (Superintendencia de Desarrollo de la macro-región del Nordeste)
SUDESUL	Superintendência do Desenvolvimento da Região Sul (Superintendencia de Desarrollo de la macro-región del Sur)

## INTRODUCCIÓN

Desde la promulgación del vigente texto constitucional brasileño en 1988 y más recientemente por medio de la aprobación del Estatuto de la Ciudad en 2001, del Estatuto de la Metrópoli en 2015 y de los debates legislativos sobre la revisión de la ley del parcelación del suelo para fines urbanos de 1979, al derecho urbanístico se le viene reconociendo gradualmente como un poder transformador de la realidad urbana en Brasil.

Sus instrumentos y materias son objeto de intensos debates y propuestas en la práctica de las administraciones públicas y tribunales, así como en el ámbito académico, lo que les confiere el estatus de tema sensible y de actualidad en este país. El acompañamiento de este proceso, cuyos efectos o la ausencia de ellos se perciben en cualquier ciudad brasileña, y el acceso a otra realidad jurídica, la del ordenamiento urbanístico español, han despertado el interés en identificar puntos de conexión entre estas realidades diversas: el sistema urbanístico español, ya consolidado, y el brasileño, en construcción y carente de perfeccionamiento.

La fragmentación normativa de la regulación de la actividad urbanística que aún caracteriza el ordenamiento urbanístico brasileño, la escasa regulación de materias urbanísticas por la Unión y por los estados federales y la conformación asimétrica del derecho de la propiedad urbana en las leyes y planes urbanísticos municipales, son algunas de las causas que motivan la realización de este trabajo, permeado por una visión propositiva desde el ordenamiento urbanístico español.

De manera específica, ha sido la imposibilidad de identificar los parámetros o las bases que conforman el régimen jurídico del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad privada urbana en el ámbito municipal brasileño, ante la atomización del mismo en más de cinco mil regímenes distintos desarrollados por cada una de las administraciones municipales brasileñas, lo que ha motivado la fijación del análisis sobre la regulación jurídica de esta materia.

En el ámbito del presente estudio, considerando lo anteriormente expuesto, las hipótesis planteadas son las siguientes: a) El sistema normativo urbanístico brasileño carece de un régimen básico de regulación del uso y la ocupación de la propiedad urbana. Esta carencia obstaculiza el desarrollo del derecho de la propiedad urbana de forma racional, jurídicamente segura e igualitaria en las ciudades brasileñas, siendo oportuna y conveniente la promulgación por parte de la Unión de normas generales que regulen estos aspectos; y b) La función social de la propiedad en el ámbito de los

planes y leyes urbanísticas municipales posee escasa aplicación y sus efectos no se hacen notar sobre la conformación y ejercicio del derecho de la propiedad privada urbana, comprometiendo la consecución de los intereses de la colectividad que deben orientar el desarrollo de la actividad urbanística. En razón de esto, es necesario introducir en el ordenamiento brasileño previsiones de aplicación general acerca de la imposición de cargas y deberes urbanísticos a las propiedades urbanas, que sean de interés para la colectividad, como medida de cumplimiento de la función social de la propiedad en el ámbito urbano.

El análisis de la regulación jurídica del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana en Brasil, que se lleva a cabo en este estudio, parte de la comprensión de los elementos que conceptualmente la integran: el derecho de propiedad privada, que conforma su contenido material, y la normativa urbanística que le sirve de marco formal e instrumental.

En los dos primeros capítulos se realiza el análisis de estas dimensiones, que se inicia en el capítulo I con la presentación del proceso jurídico-evolutivo del instituto de la propiedad privada, durante el cual se propicia una creciente intervención por parte de la Administración Pública en la conformación y en el ejercicio de su derecho, en razón del reconocimiento o de la introducción de una dimensión social en la esfera de dicho instituto jurídico.

En el contexto de este proceso evolutivo, se analiza el actual perfil propietario recogido en el ordenamiento jurídico brasileño y se identifican las posibles tensiones conceptuales que se han producido en razón de su configuración como un derecho fundamental que debe cumplir una función social, conforme se determina en el texto constitucional vigente.

Considerando que la clave jurídica que fundamenta esta situación propietaria se corresponde con la introducción de la función social de propiedad en este ordenamiento, se buscará determinar el alcance de su operatividad en los distintos textos constitucionales brasileños, enfatizando el análisis de los preceptos que a él se refieren en la actual Constitución Federal brasileña.

Reconocida la importancia transformadora de la función social de la propiedad sobre la concepción tradicional del derecho de propiedad, se aborda el análisis de la naturaleza de esa función social con el objeto de determinar si se constituye como un elemento interno o externo al derecho de propiedad, y consiguientemente los efectos de la adopción de un modo u otro de configuración.

Paralelamente a este proceso jurídico-evolutivo, de manera gradual y aun no totalmente consolidada, las propias limitaciones administrativas al derecho de propiedad también han ido evolucionando en el ordenamiento brasileño en razón de la necesidad de un mayor grado de intervención por parte de la Administración Pública en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo con vocación urbana, en el sentido de orientar la actuación de los propietarios hacia la consecución de una ordenación en la cual se encuentren acomodados de manera equilibrada los intereses privados de los propietarios y los intereses colectivos o públicos, conformando paulatinamente una nueva rama del Derecho, como es el derecho urbanístico, cuyo desarrollo normativo se postula como objeto central del capítulo II del presente estudio.

En el ámbito del referido capítulo, se aborda el análisis de los encargos constitucionales en materia de urbanismo y ordenación del territorio atribuidos a cada esfera de la Administración Pública brasileña, con el objetivo de identificar los límites competenciales y materiales de la actuación legislativa correspondiente a cada una de ellas, principalmente con relación a la definición de los objetivos que conforman la ordenación territorial y la urbanística, exponiendo la problemática que conlleva la adopción de una concepción amplia del urbanismo, como la que se ha consolidado en la doctrina brasileña. En la práctica de las administraciones locales, la influencia de tal concepción se hace notar en la elaboración de planes urbanísticos que recogen objetivos típicos de la ordenación territorial, cuya plena consecución se hace inviable desde la esfera local en ausencia de instrumentos de ordenación territorial conformados desde esferas competenciales más amplias.

Con relación a las competencias legislativas atribuidas a los diferentes entes que conforman la federación brasileña, así mismo, se buscará presentar alternativas al estado de la cuestión de la producción legislativa urbanística heterogénea por parte de los municipios que, en el ejercicio de sus competencias para legislar sobre asuntos de interés local, vienen componiendo un sistema de fuentes normativas asimétricas con relación a su alcance y determinación. Situación que perjudica el desarrollo coherente de la actividad urbanística en Brasil y afecta el ejercicio igualitario de derechos por parte de los propietarios urbanos y de la colectividad. En este contexto, la experiencia española ofrece alternativas de interés, recogidas en el estudio, para la posible uniformización de las fuentes de derecho urbanístico municipales por medio de la actuación legislativa de la Unión y de los estados federados, y la regulación integral de la actividad urbanística conforme a sus hitos fundamentales: el planeamiento, la gestión o ejecución del planeamiento y la disciplina urbanística.

También en el marco de este capítulo se analiza la tipología y la posible jerarquía de planes de urbanismo y de ordenación del territorio, cuyo desarrollo por medio de leyes viene determinado en las normativas de referencia. Con relación a este aspecto de la materia, la necesaria aprobación de los planes mediante ley será objeto de análisis, en cuyo ámbito se propone una alternativa para facilitar el acceso a los particulares de medios de defensa de sus intereses ante las decisiones discrecionales de la Administración municipal plasmadas en el Plan Director municipal, instrumento básico del planeamiento urbanístico en Brasil.

Con relación a la figura del Plan Director, se realiza su análisis específico aún en este capítulo, con el fin de aclarar su concepto y aportar una alternativa para el perfeccionamiento de la regulación de su contenido básico en el Estatuto de la Ciudad, cuyo estado actual de insuficiencia genera confusiones sobre su función en la práctica de las administraciones locales, repercutiendo en la regulación del destino urbanístico de la propiedad privada urbana y su régimen del uso y la ocupación, que debe recogerse en él, en razón de lo dispuesto en la Constitución Federal brasileña. También se determina la relación que el mismo debe mantener con los demás planes urbanísticos municipales, con fundamento en la experiencia de planeamiento llevada a cabo en el ordenamiento español.

En el capítulo III se exponen algunos aspectos histórico-sociológicos que confirman y explican el estatus que hoy ostenta la propiedad privada urbana en la sociedad brasileña y los motivos por los cuales su proceso de consolidación trae en el trasfondo una historia de segregación y falta de acceso a la propiedad urbana, pautada en el trato desigual de los ciudadanos brasileños ante las leyes y en la escasa actuación de los gobiernos brasileños de distintas épocas en el sentido de intervenir el ejercicio del derecho de propiedad privada por medio del establecimiento de normas reguladoras de las actividades urbanísticas. Esta problemática influye en la elaboración y aplicación de cualquier normativa relacionada con el derecho de la propiedad, principalmente las que se desarrollan propiamente en la esfera urbanística con carácter intervencionista.

En el referido capítulo, así mismo, se busca delimitar conceptualmente la propiedad privada urbana y su contenido material posible, cuestión que pone en evidencia la situación de asimetría y heterogeneidad del sistema brasileño. También se trata de identificar la operatividad de la función social de la propiedad sobre la conformación y el ejercicio del derecho de la propiedad privada urbana en el ámbito de los planes urbanísticos, por medio del análisis de tres Planes Directores municipales y

el análisis del sistema de sanciones y obligaciones previsto en la Constitución Federal y desarrollado en el Estatuto de la Ciudad para casos de incumplimiento, cuya aplicabilidad en la práctica de las administraciones municipales se ha visto restringida en razón de la condición de derecho fundamental ostentada por la propiedad privada urbana y de la determinación de un sistema poco flexible.

Se analizan también en el capítulo III las legislaciones en sus distintos niveles que inciden sobre la conformación del actual régimen jurídico del derecho de propiedad privada urbana en Brasil: la Constitución Federal de 1988, el Código Civil de 2002, el Estatuto de la Ciudad de 2001, la Ley de Parcelación del Suelo de 1979, los Planes Directores y otras leyes diversas promulgadas por las distintas municipalidades brasileñas.

Por fin, en este capítulo, se analiza la posible introducción en el ordenamiento brasileño de un sistema de regulación de la propiedad del suelo análogo al desarrollado en el ordenamiento español por medio de las distintas Leyes del Suelo, fundado en la previsión del cumplimiento de cargas y deberes urbanísticos como medida de operatividad de la función social de la propiedad en los Planes Directores municipales.

El capítulo IV, el último del presente estudio, se centra en analizar y exponer el contenido urbanístico de la propiedad privada urbana en el actual ordenamiento brasileño. Se analiza la problemática que conlleva la adopción de criterios propios por las administraciones locales para clasificar en suelo integrante del territorio municipal. Así mismo, se analiza la posible adopción de criterio similar al desarrollado en la actual Ley de Suelo española como alternativa al estado de insostenibilidad y escaso dirigismo público que caracterizan el sistema que se viene aplicando, de manera general, en Brasil.

Se aborda, así mismo, la cuestión de la promulgación de leyes de zonificación de manera independiente de los objetivos del Plan Director, conllevando una situación de poca transparencia en la realización de alteraciones o modificaciones puntuales de los índices urbanísticos por parte de las administraciones municipales, no tomando en consideración el principio de la función social de la propiedad que debe orientar la elaboración de los planes urbanísticos y consiguientemente la definición del destino urbanístico de la propiedad de acuerdo con intereses colectivos y generales. En este contexto, se presentan como alternativas para el perfeccionamiento del sistema de

control de las decisiones administrativas relativas a la clasificación y calificación del suelo, diversas aportaciones desde el ordenamiento español.

En este capítulo también se lleva a cabo el análisis de otras cuatro cuestiones con incidencia sobre el contenido urbanístico de la propiedad urbana: la revisión del contenido de la ley general de parcelación del suelo para fines urbanos, en cuyo ámbito se plantea oportuno introducir algunas aportaciones desde la experiencia española en la conformación de los deberes y cargas impuestos a la propiedad urbana; la noción de la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico y el mecanismo de la reparcelación como alternativas para una distribución más equitativa de las cargas y beneficios derivados del desarrollo urbano en Brasil; la reciente previsión de la transferencia y negociabilidad del aprovechamiento urbanístico recogida por medio de los instrumentos de otorgamiento oneroso del derecho de construir y la transferencia del derecho de construir, recogidos en el Estatuto de la Ciudad y la materialización de la urbanización como requisito para la edificación de las parcelas, en cuyo ámbito se plantea la introducción de un mecanismo similar al agente urbanizador previsto en la legislación urbanística española, como una alternativa para desbloquear el monopolio de la iniciativa de urbanizar de los propietarios privados que caracteriza el modelo brasileño de expansión urbana.

## **CAPÍTULO I. APROXIMACIÓN JURÍDICA A LA PROPIEDAD PRIVADA**

El presente capítulo se elabora con el objetivo general de exponer la evolución del concepto de derecho de propiedad hasta la conformación de su actual perfil en el marco del ordenamiento jurídico brasileño, en razón de que el correcto entendimiento del régimen jurídico de la propiedad privada urbana parte de la identificación y del reconocimiento del contenido material que le sirve de base, el derecho de propiedad privada.

Para la consecución de dicho objetivo analizaremos la influencia del concepto tradicional de propiedad privada en la conformación de los primeros marcos normativos brasileños. Para ello, nos centraremos en presentar la definición conceptual que se vincula inicialmente al instituto jurídico de la propiedad privada y su consolidación en el ordenamiento brasileño. Así mismo, trataremos de exponer las claves de la reacción al individualismo propietario que caracterizó dicha etapa de la evolución conceptual del derecho de propiedad privada en Brasil, y que culmina con la adopción de un concepto social de derecho de propiedad en distintos textos constitucionales brasileños, incluyendo el actual.

Realizadas tales consideraciones que recogen la evolución conceptual de la propiedad privada y establecidos los antecedentes normativos de la regulación de su derecho en el marco jurídico brasileño, trataremos de analizar el actual perfil propietario recogido en la Constitución Federal brasileña. De manera específica, en el ámbito de una reflexión sobre la diferencia de tratamiento dispensado a la institución jurídica de la propiedad en el ordenamiento brasileño y en el español, nos proponemos responder al siguiente cuestionamiento: ¿Cuáles son las implicaciones y la problemática que conlleva la configuración del derecho de propiedad como un derecho fundamental en el vigente texto constitucional brasileño?

Así mismo, considerando el destacado efecto que la función social de la propiedad ejerce sobre la conformación de las bases del régimen jurídico de la propiedad privada urbana, nos proponemos como objetivo específico de este capítulo analizar y exponer, de forma general, el proceso de funcionalización del derecho de propiedad privada en el ordenamiento brasileño. Entendemos que la comprensión del concepto, de la configuración y de la operatividad de la función social de la propiedad privada sobre el derecho de propiedad privada en el marco jurídico de Brasil, se hace indispensable para que podamos en futuros apartados examinar la actuación y los efectos de dicho elemento sobre la conformación del derecho de una clase específica

de propiedad, la propiedad privada urbana o del suelo urbano. Además de eso, el análisis de dichos aspectos nos ofrecerá indicadores en los cuales apoyarnos para formular respuestas a las siguientes cuestiones: ¿Qué concepto de derecho de propiedad privada se recoge en el actual ordenamiento brasileño? ¿Cuál es el nivel de comprometimiento del legislador brasileño con la efectividad de la función social de la propiedad en el actual marco normativo?

### **1.1. Evolución del concepto de derecho de propiedad**

La propiedad privada, desde sus orígenes en tiempos primitivos, ha ocupado una posición prominente junto a la colectividad como un elemento clave para el establecimiento de regímenes políticos, económicos y sociales, y por ello se ha convertido en objeto de especial consideración por la ciencia jurídica<sup>1</sup>.

El concepto de propiedad y del derecho que la conforma, está en constante evolución y adaptación, conforme a los valores económicos, políticos, religiosos y sociales de cada época<sup>2</sup>. La propiedad, independiente de la forma que adopte, incluyendo la propiedad privada, es un fenómeno social, además de jurídico. En razón de esto, no es posible, o sería perjudicial para su correcta comprensión, tomársela separadamente de la realidad o del momento histórico-social en que esté integrada<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Profundizando en las razones de la trascendencia de la propiedad, BORRELL Y SOLER encuentra su justificativa en la propia naturaleza humana: “¡Propiedad! ¡Dominio! No son palabras vanas, sino expresión de ideas fundamentales, que brotan del instinto, pero en ellas la razón descubre que tienen raíz en la misma naturaleza humana, y son una de las bases en las que han de descansar las relaciones entre los hombres y la organización social; y, por consiguiente, la ley jurídica de las sociedades. El niño, antes de que pueda expresar de otra forma sus sentimientos, ya tiende sus brazos para coger las cosas que llaman su atención, y una vez las tiene, cierra sus manecitas para retenerlas, y protesta ruidosamente si quieren quitárselas. El hombre emplea largas horas de sus mejores años para adquirir bienes necesarios o superfluos, y el avaro atesora en medida, porque la codicia nunca dice *basta*. Porque el hombre no es un simple espíritu, sino que lo tiene unido a un cuerpo sujeto a necesidades físicas que ha de satisfacer con cosas materiales (...)”. BORRELL Y SOLER, Antonio M. *El dominio según el Código Civil español*. Barcelona: Bosch, 1948, p. 5.

<sup>2</sup> Resulta de interés la distinción que formula FIGUEIREDO entre el concepto de propiedad y de derecho de propiedad. Para dicha autora, el concepto de ‘derecho de propiedad’ se corresponde con el perfil delineado por el ordenamiento jurídico de determinado país, en un momento histórico específico, para la propiedad. En cuanto “propiedad” es un concepto económico-social que se abstrae del concepto de derecho de propiedad. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 21 y ss.

<sup>3</sup> COSSIO Y CORRAL, ejemplifica afirmando que “desde el momento en que se produce en manos de algunos una concentración de bienes, surgen a su favor poderes económicos que a la larga llegan a convertirse en verdaderos poderes políticos, por lo que la historia del derecho de propiedad es el trasfondo que se oculta detrás de todas las luchas políticas y sociales. La propiedad confiere poderes, no sólo sobre las cosas, sino también sobre las personas, lo que hace que los propietarios utilicen ese poder para defender la supremacía que les confieren los bienes adquiridos, y, si es posible, para incrementarla. Por eso es una verdad conocida la de que la transformación de las estructuras económicas articuladas mediante el concepto de dominio supone no sólo una transformación operada en el mundo de las relaciones privadas, sino también, y principalmente, un cambio, más o menos radical en cada caso, de las

Ejemplo de ello es que la actual regulación del derecho de propiedad privada recogido en el ordenamiento jurídico de Brasil refleja, aún, el embate entre la concepción individualista de la propiedad, típica en el Estado liberal de derecho, y las exigencias que se derivan de los actuales modelos de Estado, que preconizan la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo, conforme se verificará a lo largo del presente estudio.

No obstante, previo al análisis de los fundamentos de la conceptualización de la propiedad privada entre el individualismo y la socialización, que caracteriza el momento actual brasileño, se hace necesario el desarrollo de algunas breves notas sobre los precedentes de la propiedad privada en los principales sistemas económicos, cuyas concepciones han contribuido en el proceso evolutivo de este instituto.

Según LACRUZ BERDEJO, un primer estadio de este proceso evolutivo “conduce desde la propiedad colectiva de los pueblos primitivos a la propiedad individual, primero de los bienes muebles y luego de las fincas, rompiéndose paulatinamente los vínculos que sujetan éstas a la comunidad”, completando su ciclo en el Derecho romano clásico, en el cual no se aceptaban más limitaciones al dominio que las precisas e indispensables, fomentando con eso el amplio desarrollo de la iniciativa individual<sup>4</sup>.

De manera específica, con respecto a las sociedades primitivas, es necesario señalar que la propiedad privada no era individual, sino colectiva y pertenecía a la comunidad, la tribu o el clan. La posesión era protegida por la fuerza física, por la costumbre y legitimada por la herencia o por el uso prolongado<sup>5</sup>. Según PIPES, “las sociedades primitivas reconocían el derecho a ocupar y cultivar tierras baldías así

---

formas políticas” COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*. Derechos reales y derecho hipotecario, derecho de familia y derecho de sucesiones. Tomo II. Revisado por COSSÍO Y MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN ALONSO, José. Madrid: Civitas, 1988, p. 62.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Derechos reales. Posesión y propiedad. Tomo III. Vol. I, parte 2. Barcelona: Bosch, 1988, p. 8.

<sup>5</sup> CASTAN TOBEÑAS advierte sobre la problemática relacionada con los orígenes de la propiedad, caracterizándolos como ‘oscuros’, para luego seguir afirmando que: “nadie duda la existencia, en todos los tiempos, de una propiedad mobiliaria, más o menos extensa. Pero, en cambio, se discute mucho acerca de la aparición de la propiedad territorial y sobre la primitiva forma que ésta pudiera revestir”. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Español, Común y Foral*. Derecho de cosas. Los derechos reales en general, el dominio, la posesión. Tomo II. Vol. I. 14ª Ed. Madrid: Reus, 1992, p. 103. Para consultar las observaciones críticas del referido autor en orden al problema de la génesis de la propiedad, véase lo recogido en las pp. 104 y 105.

como a conservar las tierras heredadas del patriarca”, práctica habitual durante la Edad Media en Europa<sup>6</sup>.

### **I.1.1. Breves antecedentes de la propiedad privada: del Derecho romano al sistema feudal**

Siguiendo con el análisis de la evolución conceptual de la propiedad privada y de su derecho, se puede afirmar que la noción legal de la expresión ‘propiedad privada’ surge como resultado del establecimiento de los imperios y de las ciudades, con la imposición de una autoridad pública<sup>7</sup>.

En las ciudades de la Grecia Helénica, ‘propiedad’ y ‘ciudadanía’ eran conceptos que mantenían una estrecha relación, ya que los ciudadanos griegos eran los únicos que podían poseer tierras y los propietarios de tierras eran los únicos que podían ser considerados ciudadanos griegos. En la sociedad helénica la correlación entre estos conceptos era tal que, a modo de ejemplo, poseer títulos de propiedad era uno de los requisitos para acceder a los altos cargos públicos<sup>8</sup>.

La noción de propiedad privada como un derecho tiene sus orígenes en Roma, donde, por primera vez, se recogió ese interés personal en la categoría de *ius*. En el Derecho romano, el derecho de propiedad se conceptualiza como el más amplio poder conferido a una persona sobre una determinada cosa: *Plena in re potestas*. Concepción individualista que se va fortaleciendo durante las diferentes etapas

---

<sup>6</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Traducción DIEGO, Josefina de. Madrid: Ed. Turner Publicaciones, 1999, p. 135.

<sup>7</sup> El surgimiento de los imperios, resultado de las necesidades de organización del régimen de regadíos mediante grandes obras en los ríos, termina por convertir el modelo colectivo de propiedad en un patrimonio atribuible a los reyes y sacerdotes, del cual los súbditos se convierten en usufructuarios; y de las ciudades, como medida para “amparar los derechos de los grupos que las integran, contra los ataques exteriores de fuerzas extrañas”, al constituir unidades de poder político, rompen la cohesión interna de los grupos que las conforman, favoreciendo el nacimiento de la propiedad privada, “tal como se nos ofrece constituida, por ejemplo, en las formas del viejo Derecho quirritario”. COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil...op. cit.*, p. 62.

<sup>8</sup> Ibídem p. 140. Además, afirma COULANGES que, en el mundo griego, es posible identificar una idea relacionada con lo que actualmente se entiende como una limitación a la propiedad urbana. El autor explica que, por una cuestión de carácter religioso, cada casa representaba un dios, que era adorado por la familia que en ella residía, y solamente debía protección a ésta única familia, por lo cual no debía unirse o mezclarse con otros, tampoco en razón del matrimonio. Como consecuencia de esa creencia, una misma pared no podía ser compartida por dos viviendas. Si lo era, se entendía que el recinto sagrado se había vulnerado provocando la desaparición de los dioses domésticos. COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Traducción BARROS, Frederico O. Pessoa de. São Paulo: Editora das Américas, 2006, pp. 88-93.

históricas de esta civilización, reforzando la posición del dueño (señorío) y sus facultades frente a la colectividad y frente al Estado<sup>9</sup>.

De manera específica, con respecto a la propiedad privada, y de manera general, con respecto a la construcción del Derecho, el legado romano es incuestionable y pervive en la actualidad, en los pilares de nuestra sociedad<sup>10</sup>.

En los textos legales romanos no se puede inferir una definición de propiedad privada, los juristas se preocuparon de delinear las facultades del propietario, los modos de adquisición del dominio y los instrumentos de defensa de su tutela frente a los demás hombres<sup>11</sup>. No obstante, es posible identificar las características atribuidas a la propiedad en las distintas etapas históricas: exclusividad, ilimitación y perpetuidad<sup>12</sup>.

La nota de exclusividad se debía a que cada dueño lo era de una cosa concreta y determinada; la perpetuidad se atribuía en razón de que el nacimiento de un derecho o el establecimiento de una relación de dominio, no determinaban la extinción del derecho original sobre la propiedad. La ilimitación, significaba que el propietario podría ejercer las más amplias facultades con tal de que no infringiese lo determinado en las leyes, como medida de protección del interés de los demás propietarios y del interés público.

Así, las limitaciones a la propiedad podrían ser de derecho privado, por haber sido pactadas entre los interesados, como por ejemplo el usufructo, y de derecho público, entre las cuales, RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, destaca la prohibición de incinerar y enterrar los cadáveres dentro de los muros de la ciudad; la de reivindicar

---

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, 2012, pp. 381 y 382.

<sup>10</sup> En este sentido, RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, expone que: “Si la humanidad debe a Israel el legado de su fe en un solo Dios verdadero, creador y providente, padre y juez de todos los hombres, en medio de un mundo pagano politeísta – lo que se ha llamado ‘milagro hebreo’ – y si es deudora de Grecia de la maravilla de su empresa intelectual, el descubrimiento de la fuerza de la razón para acercarse a los principios y a las dimensiones últimas del ser – ese perenne ‘milagro griego’ –, a Roma le debe, mas que a ningún otro pueblo, el sentido del derecho, la intuición de los valores de justicia en la vida concreta y la articulación de los medios técnicos para alcanzarla lo más perfectamente posible en la convivencia histórica”. El autor sigue afirmando que en Roma se elaboró “con una agudeza inmensamente mayor que la de los otros pueblos antiguos, incluida Grecia, un sistema de conceptos jurídicos muy precisos sobre la relación del hombre con los bienes y frente a los demás hombres; sistema que merced a la recepción del Derecho romano en la Europa medieval y moderna, ha llegado sustancialmente hasta nuestros días”. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. *La propiedad: sus problemas y su función social*. Vol. I. Salamanca: Ediciones Anaya, 1961, pp. 62 y 63.

<sup>11</sup> SHULTZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Traducción SANTA CRUZ TEIGEIRO, José. Barcelona: Bosch, 1960, p. 321.

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco. *Derecho romano*. Madrid: Universidad de Madrid, 1959, pp. 260 y 261.

los materiales incorporados a un edificio ajeno; la de demoler casas para vender los materiales empleados en su edificación; limitaciones por motivos sanitarios o urbanísticos, como la de sobrepasar los edificios una determinada altura; el paso forzoso por una finca, entre otros<sup>13</sup>.

La jurisprudencia romana también fue perfilando distintos modos de adquisición de la propiedad, que se distinguían conforme a las situaciones en que se fundaban: las adquisiciones que se realizaban existiendo anterior titularidad sobre la cosa, para los casos en que el dueño realizaba un acto voluntario que convertía a otro en propietario (modos derivativos de adquirir la propiedad); y las adquisiciones *ex novo*, que no traían una titularidad anterior (modos originarios de adquisición de la propiedad)<sup>14</sup>.

Así mismo los juristas romanos fueron determinando los diferentes tipos de propiedad, por ejemplo, la propiedad quiritaria, cuya titularidad era asequible exclusivamente a ciudadanos de Roma y a quienes no lo siéndolo tuvieran el *ius commercii*, y que recaía solamente sobre cosas muebles y sobre inmuebles que se encontrasen en la península itálica (*solo italico*) o en aquellos lugares a los que se hubiera otorgado el *ius italicum*<sup>15</sup>.

Tras la caída del Imperio romano en occidente, durante un largo periodo de tiempo las leyes romanas relacionadas con la propiedad privada estuvieron desaparecidas del panorama europeo. Dicho periodo, conocido como Alta Edad Media, estuvo marcado por las frecuentes invasiones bárbaras, causantes de una sensación de inestabilidad y violencia en la sociedad de la época. Situación que terminó por ocasionar el abandono del concepto unitario de propiedad, construido por el Derecho romano, y la disolución del derecho real como reacción frente a la necesidad de seguridad que se imponía<sup>16</sup>.

En un primer momento, las tribus bárbaras impusieron sus propias normas pero, una vez asentadas y organizadas para la práctica de la agricultura,

---

<sup>13</sup> RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquim. *La propiedad ...op. cit.*, p. 67.

<sup>14</sup> RASCÓN GARCÍA, César. *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 2011, p. 225.

<sup>15</sup> *Ibídem*, p. 222.

<sup>16</sup> AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*. Época Feudal – Época de la Monarquía. Época de la Revolución. Tomo II. Madrid: Revista de la Legislación, 1880, p. 5 y ss.

reemplazaron la jurisdicción personal por la territorial, retomando algunas prácticas romanas basadas en la propiedad privada<sup>17</sup>.

Esta fusión de normas es el origen de un singular sistema de señorío y sometimiento – el feudalismo –, en el cual la propiedad se encuentra dividida y limitada. Durante esta época, ocurre un fenómeno transformador del Derecho: El dominio de la tierra y la jurisdicción sobre los súbditos se confunden, y ese dominio pasa a ser concedido por el monarca a los señores a cambio de la presentación de homenajes y servicios (ayuda en la guerra y prestación de tributos)<sup>18</sup>.

A lo largo de varios siglos y en razón de distintos factores, las estructuras económico-sociales establecidas durante el feudalismo se van agrietando y sufriendo transformaciones y con ellas, el propio régimen de la propiedad se ve afectado. Se produce un florecimiento de la vida en las ciudades europeas de la Baja Edad Media, en las cuales el status de cada persona ya no dependía de la ocupación de un lugar inalterable en la jerarquía de vínculos personales derivados de la tenencia de las tierras y la consecuente relajación de la cohesión del grupo social. Esto propició el reconocimiento de la propiedad inmueble como bien apto para el comercio jurídico, en base a la fe pública del Registro de la Propiedad, cambiando definitivamente el panorama económico y confirmando la existencia de una nueva clase social, la burguesía urbana<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> PIPES, Richard. *Propiedad y libertad...op. cit.*, p. 145.

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*. Revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María. Madrid: Dykinson, 2006, p. 134. Sobre la descomposición de la propiedad en el Medievo, ESPÍN CÁNOVAS explica que “se producía un desmembramiento de la propiedad territorial entre el señor y el vasallo. Aunque aquél continuaba siendo propietario, la perpetuidad del derecho de disfrute otorgado al vasallo hizo que se le llegase a considerar a éste también como propietario, y para distinguir los derechos de ambos, se llamó dominio directo a la propiedad del señor y dominio útil a la del vasallo”. ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español. Vol. II. Derechos reales*. 7ª Ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1985, p. 88. Véase también CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Español...op. cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>19</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. El derecho real, la posesión, la propiedad, sus límites, adquisición y pérdida, ejercicio de acciones. Vol. III, parte 1. 4ª Ed. Barcelona: Bosch, 1994, pp. 150 y 151. Profundizando en la importancia de la aparición de una nueva clase social y de la conformación de un nuevo modelo de vida, existente solamente en las ciudades, como elementos aceleradores del fin del modelo feudal, AZCÁRATE Y MENÉNDEZ enseña: “Al propio tiempo, por el efecto del impulso que reciben la industria y el comercio, aparece una nueva clase que no tenía puesto en la jerarquía feudal, ya que la base de ésta era el mérito militar, y que fue por lo mismo núcleo del tercer estado y elemento principal de la construcción de los Municipios. De aquí la resolución comunal, este hecho importante de la historia que tiene lugar en casi toda Europa en los siglos XII, XIII y XIV y que vino a influir también en la suerte del feudalismo, porque si los Comunes y Municipios que se crean o se reconstituyen eran en un respecto, por lo que tenían de privilegiados y particulares, a modo de repúblicas feudales, en otro fueron el germen del Estado y negación de lo que caracterizaba al feudalismo, en cuanto que en su seno no había propietarios funcionarios, sino que la función era independiente de la propiedad, mostrándola así en ellos el concepto recto de la autoridad, del poder y de la soberanía (...); además de que dentro de sus muros reinaba la igualdad, y las cartas-pueblo que los concedían los Reyes con frecuencia declaraban la propiedad libre de las cargas y gabelas con que estaba gravada en provecho de los señores; por lo cual fueron, no sólo un fuente de libertad para los plebeyos y villanos, sino un modelo

Señala AZCÁRATE Y MENÉNDEZ como principal elemento extraño al sistema feudal pero decisivo para su suerte, la reaparición del Derecho romano, inicialmente en Italia en el siglo XI con los glosadores, para luego infiltrarse por toda Europa, “viniendo a ser, no obstante su antigüedad, como un derecho nuevo que pedía una nueva sociedad”. El autor sigue explicando que en este contexto reaparece el Estado, revestido de las “magníficas y ostentosas prerrogativas del Imperio”. A los propietarios soberanos del feudalismo, los jurisconsultos de la época imponen la soberanía concentrada en el jefe del Imperio:

“(…) al poder de algunos, la sumisión de todos; a la propiedad limitada, el *jus utendi el abutendi*; y por eso fue él [el Derecho romano] la palanca poderosa con que los Monarcas, auxiliados por los legistas, rompen el régimen feudal atacándole primero en su organización con la política, y más tarde, aunque con menos fortuna, en sus instituciones civiles”<sup>20</sup>.

En este contexto, los reyes logran concentrar el poder frente a los señores feudales y también frente a la Iglesia y a las comunidades locales, los Estados nacionales de corte absolutista se van imponiendo sobre el mapa político europeo como signo inequívoco del cambio. El descubrimiento del continente americano, con la consecuente acumulación de riquezas, los avances en el ámbito de las ciencias experimentales y la convicción del dominio del hombre sobre la naturaleza, contribuyó a la consolidación del cambio hacia una nueva etapa: el mundo moderno<sup>21</sup>.

La crisis de las creencias tradicionales como resultado del desarrollo del Humanismo renacentista y la ruptura de la unidad religiosa a consecuencia de la Reforma Protestante, caracterizada por la “repulsa de toda la autoridad en el orden espiritual, y la entronización del principio del libre examen”, también contribuyeron para la conformación del nuevo panorama histórico, en el cual el hombre surge como “dueño y señor de sí mismo”<sup>22</sup>.

Durante esta etapa histórica las relaciones sociales, normalmente objeto del Derecho privado, se realizaban bajo la tutela del Derecho público, cuya configuración

---

que excitó constantemente el deseo de los aldeanos, que con razón decían: somos hombres como los que habitan las ciudades”. AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...op. cit.*, pp. 200 y 201.

Para un análisis en profundidad del tema de los fueros municipales y del derecho de las ciudades españolas en la Edad Media, consultar GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso. *Textos de Derecho local español en la Edad Media: catálogo de fueros y costumbres municipales*. Madrid: Instituto de Ciencias Jurídicas, 1989.

<sup>20</sup> AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...op. cit.*, p. 201.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 89 y 90.

<sup>22</sup> RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquim. *La propiedad ...op. cit.*, pp. 87 y 88.

permitía que la actividad del Estado se desarrollase de forma autoritaria. No se entendía la existencia y el desarrollo de una vida social al margen del Estado<sup>23</sup>.

En el absolutismo las desigualdades sociales que marcaron la etapa feudal seguían acentuándose, la superación del feudalismo se había acotado al ámbito político. La propiedad vuelve a su concepción romana clásica, pero en manos del clero y de la nobleza que, después de todo, siguieron conservando sus propiedades privilegiadas<sup>24</sup>.

A finales del siglo XVIII, se instala en Europa un movimiento reformador impulsado por distintos reyes y ministros que buscaba cumplir, en parte, con una serie de aspiraciones y nuevos conceptos de sociedad, estado y derecho, fruto de las nuevas corrientes filosóficas, jurídicas, económicas y políticas que se venían consolidando durante la segunda mitad del siglo XVIII<sup>25</sup>.

Bajo estas influencias tiene lugar la Revolución francesa y tomando como base la ideología del movimiento iusnaturalista, que se instaura como una reacción a la situación de injerencia de lo público en el orden privado, tan característico del Estado absolutista, se va conformando el programa revolucionario.

De acuerdo con la doctrina iusnaturalista racionalista, cuyo máximo vigor se encuentra en la Ilustración del siglo XVIII, “la propiedad privada sería un derecho natural del ser humano y, por consiguiente, con los atributos propios de todo derecho natural: innato y universal, a priori”. Es de destacar la labor de los juristas de dicho movimiento que, apoyados en el método cartesiano y en el instrumento técnico del redescubrimiento del Derecho romano clásico, fueron elaborando, desde la Baja Edad Media hasta el siglo XIX, un contrastado modelo jurídico del instituto de la propiedad, que posteriormente, encontró positivación en el Código Civil napoleónico y en los que le siguieron<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> En este sentido, en base a las lecciones de PAREJO ALFONSO, se puede inferir una de las principales características del Estado absoluto: la regencia de la actividad del poder público por un Derecho Público diferenciado del Derecho Común o propio de los particulares, imperando desde luego el principio *quod principi placuit*. En estas circunstancias, es el Derecho Público el que permite que la actividad del Estado se produzca y se gestione de forma autoritaria. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho Administrativo*. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1984, p. 31.

<sup>24</sup> AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...op. cit.*, pp. 269 y 270

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 270.

<sup>26</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 15. Complementando estas exposiciones LACRUZ BERDEJO: “Los autores suelen poner de relieve la contribución de LOCKE, para quien, de la idea de que cada uno posee un derecho de propiedad fundamental sobre sí mismo – si no, estaríamos en

En este proceso de construcción ideológica, también contribuyen los filósofos y economistas del siglo XVIII, principalmente los fisiócratas y los economistas liberales: los primeros, por defender que a cada individuo le fuese permitido buscar, sin más interferencias, sus intereses particulares; y los segundos, conducidos por las ideas de Adam Smith, por pretender la inmediata eliminación de todas las trabas al pleno disfrute de la propiedad y de la libertad de circulación de bienes que el antiguo régimen mercantilista imponía<sup>27</sup>.

Así, bajo la concepción liberal, los derechos individuales, entre ellos el de propiedad privada, se configuraban como definidores del ámbito de autonomía individual de los ciudadanos y su realización suponía, por tanto, la realización del interés propio de cada individuo, sin más limitaciones que aquellas establecidas en la ley.

El interés general de la colectividad (el interés de la sociedad) se consideraba extraño al ámbito de ejercicio de los derechos individuales y, consecuentemente, de la propiedad privada. El orden y el bien común, conforme a los preceptos del Estado liberal, son vistos como un resultado indirecto de la realización del interés individual, fusionándose con este<sup>28</sup>.

### **I.1.2. Aproximación al concepto tradicional de propiedad privada**

En el contexto de la Revolución francesa, que convulsionó Francia durante los años 1789 a 1799 y que puso a partidarios y opositores del Antiguo Régimen en disputa, se establece un nuevo orden económico basado en la propiedad y en la libertad de comercio e industria, que se reflejaría en los textos jurídicos elaborados

---

un régimen de servidumbre- se deduce que cada uno es 'naturalmente' propietario, no sólo de su trabajo, sino igualmente de los frutos de su trabajo, así como de todo lo que con él se relaciona. Es el trabajo el origen de la propiedad. 'La hierba que se ha comido mi caballo o el mineral que yo he extraído, en cualquiera de los lugares donde tenía yo un derecho común con los otros, se convierte en *mi propiedad*, sin la cesión ni el acuerdo de nadie. El trabajo que me pertenece ha establecido mi derecho de propiedad, al retirar estos objetos del estado común en que se encontraban'. 'Quienquiera que, obedeciendo a este mandato divino (trabajar), se adueña de una parcela de la tierra, la cultiva y la siembra, le añade algo que es de su propiedad, y que nadie puede reivindicar ni quitarle sin cometer con ello una injusticia". LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil...op. cit.*, p. 11.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 155. En el mismo sentido MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. La formación de las Instituciones públicas y su sometimiento al Derecho. Vol. I. 3ª Ed. Madrid: lustel, 2011, pp. 202 y 203.

<sup>28</sup> Señala COSSÍO Y CORRAL que tal concepción no se debía a que los juristas de aquel entonces carecían de sentido de solidaridad humana, sino al entendimiento de que: "(...) la conducta del hombre, en su esencia, es solidaria, y que la mejor manera de que disponía el individuo para servir al bien común era la administración sensata de sus propios intereses, la producción de riqueza en su propio provecho, que daría lugar a una masa de bienes que por su misma abundancia se derramaría hasta llegar a todos los demás". COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil...op. cit.*, p. 63.

durante este periodo y en el inmediatamente posterior (la etapa de Napoleón Bonaparte), cuyo objetivo principal era consolidar este nuevo *status quo*<sup>29</sup>.

En el nuevo régimen, la protección de la propiedad privada jurídicamente frente al Estado, bajo la influencia de las ideas y corrientes del pensamiento ilustrado, anteriormente indicadas, se califica como una cuestión de protección de los propios efectos económicos de la propiedad, más específicamente de la propiedad de la tierra, entendida como la única fuente de riqueza, de la cual todos los hombres dependían directa o indirectamente<sup>30</sup>.

La Revolución pretendía, pues, elevar el derecho de propiedad a la categoría de derecho natural e inviolable, dotándolo de todo tipo de privilegios y garantías. Este objetivo tiene su consecución en la Declaración del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 26 de agosto de 1789, en la cual la propiedad privada se consagra, efectivamente, como un “derecho natural e imprescriptible del hombre” (art. 2), “un derecho inviolable y sagrado”, por lo que “nadie puede ser privado de ella, a no ser que lo exija de manera evidente la necesidad pública legalmente constatada, bajo la condición de una indemnización justa y previa” (art. 17)<sup>31</sup>. Declaración que, posteriormente, en 1791 integraría el preámbulo de la Constitución francesa.

---

<sup>29</sup> Para una completa descripción de la situación en la Francia prerrevolucionaria véase AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad...op. cit.*, p. 271 y 272, del cual sacamos algunos fragmentos expositivos de las condiciones antagónicas en que vivían los ciudadanos franceses de distintas clases sociales en esta época: “Al pie de la escala, un pueblo privado de todo derecho, miserable objeto de todas las arbitrariedades, devorado por la miseria, temblando siempre ante las exigencias del fisco, temblando también ante las de los señores cuyas tierras cultivaba, reducido a esconder los ahorros que temía verse arrebatados por poco que pudiese sospechársele de haber logrado sacar de sudores algo más su cotidiano sustento (...) por último, en la cima, el elemento oficial de los dignatarios de la iglesia y de la Corte, de altos personajes del Estado, ostentando un desenfrenado lujo, y disputándose las liberalidades y los favores de un amo a quien perpetuas necesidades de dinero asociaban a las más vergonzosas especulaciones”. Completando el panorama histórico prerrevolucionario, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, explica que la Monarquía Borbónica recibe un legado de crisis económica que se remonta a la Francia de Luis XV y Luis XVI, el “despotismo de los soberanos, la insuficiencia e inseguridad de las leyes, y desorden de la administración, la incertidumbre sobre la propiedad de los bienes, las guerras, los impuestos desordenados” eran identificados por Quesnay, destacado economista de esta época, como los causantes de la “destrucción del hombre y de los soberanos”. Esta crítica, reconocida y validada por la burguesía, terminaría por conformar una parte del programa revolucionario burgués, en el cual se defendía la adopción de medidas económicas que afectasen directamente a la estructura del país, como vía única para la consecución del modelo de Estado deseado, un modelo en el que debería primar la igualdad, la legalidad y la fraternidad. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *¿Qué es la propiedad privada?*. Barcelona: La Gaya Ciencia, 1977, p. 8.

<sup>30</sup> Para profundizar en el tema de la función económica que cumple la protección legal de derecho de propiedad ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 98. La contraposición entre solidaridad y propiedad en la actualidad quedan recogidas en esta obra a partir de la p. 63.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana. *La Revolución francesa en sus textos*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 6 y ss.

La consolidación de la propiedad privada en una posición central del sistema jurídico y la consiguiente subordinación respecto a ella de todas las demás instituciones, se realiza en el Código Civil francés de Napoleón Bonaparte, promulgado en el año 1804, en el cual la propiedad queda definida como “el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no se usen en contra de lo previsto por las leyes y los reglamentos” (art. 544)<sup>32</sup>.

Sobre la expresión “de la manera más absoluta” empleada en el *Code*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO explica que trae en su esencia la voluntad del codificador francés de proteger frente a los poderes públicos, la propiedad privada surgida tras la Revolución. Esta voluntad conduce al codificador a afirmar el “carácter absoluto del poder de los propietarios para colocarlos así en pie de igualdad frente a otro poder absoluto, la soberanía del Estado”. No procediendo que se confunda el empleo de la inicialmente referida expresión con la concesión de facultades ilimitadas a los propietarios, lo que “carecería de lógica junto a la referencia contenida en el mismo texto legal de la existencia de límites legales y reglamentarios”<sup>33</sup>.

De eso se puede inferir que, en el contexto liberal, el papel del Estado queda limitado a definir y a establecer un orden jurídico para la sociedad que haga posible el ejercicio de sus derechos por todos y cada uno de los ciudadanos, incluido entre ellos el de propiedad privada, sin más limitaciones que las indispensables para la consecución de ese objetivo.

Así, bajo la concepción liberal, inspirada por la tradición jurídica individualista *del dominium* romano <sup>34</sup>, el concepto tradicional de propiedad privada queda configurado como un derecho real absoluto e ilimitado, en principio, en su contenido, ejercicio y duración. Se considera absoluto en su contenido porque concede al dueño un poder pleno sobre el bien objeto de su derecho; y en su ejercicio, porque el uso y aprovechamiento del bien queda a la libre voluntad y conveniencia del propietario o titular, sin más deberes que el de respetar las excepciones naturales al derecho de

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *¿Qué es la propiedad...op. cit.*, p. 8.

<sup>34</sup> Las ideas sobre la propiedad antigua - el Derecho de propiedad romano, han contribuido en mucho para la conformación de la concepción liberal de derecho de propiedad. No obstante, LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS llama la atención para el hecho de que muchas de estas ideas no son conformes a la realidad histórica y se hallan más de acuerdo con una “verdadera mitificación de la propiedad quiritaria”. LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993, p. 6.

propiedad impuestas por la Ley – no atentar contra el derecho de los demás y no efectuar un uso inmoral de la cosa o contrario a la razón<sup>35</sup>.

#### **I.1.2.1. Identificación de la concepción tradicional del derecho de propiedad privada en el ordenamiento brasileño**

Tras la independencia de Brasil, más precisamente un año después, se promulga el decreto de mantenimiento de la vigencia de la legislación portuguesa hasta la organización de un código patrio. En esta época empieza el camino rumbo a la codificación de la legislación civil brasileña. La necesaria elaboración de un código criminal y de un código civil para el nuevo Imperio quedó plasmada en la Constitución brasileña de 1824<sup>36</sup>.

No obstante la existencia de tal determinación constitucional, solamente el Código Criminal terminó siendo elaborado con alguna prisa y promulgado en el año 1831. En el ámbito civil permanecieron vigentes las Ordenaciones Filipinas del Reino de Portugal, otras tantas leyes extravagantes, además de la Ley de la 'Boa Razão' que permitía la interpretar ausencias legislativas con fundamento en los costumbres<sup>37</sup>. No fue hasta el año 1854, tras la promulgación del Código Comercial de Brasil, que se decidió realizar el primer trabajo de elaboración de un proyecto de texto de un Código Civil, proyecto este que aún estaría lejos de representar la concretización de la codificación civil brasileña, que solamente se materializaría y entraría en vigencia el año 1917<sup>38</sup>.

La intensa producción de leyes descentralizadas o dispersas orientadas a la regulación de las relaciones en el ámbito privado que tuvo inicio desde la independencia de Brasil, fue decisiva para la escisión de las tradiciones jurídicas portuguesa y brasileña. En este sentido explica FONSECA:

---

<sup>35</sup> ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979, p. 75.

<sup>36</sup> Quedaba recogido en el Título VIII, apartado 18 del art. 179 del texto constitucional de 1824 que se organizaría, cuanto antes, un Código Civil y un Código Criminal, fundado en las sólidas bases de la justicia y la equidad.

<sup>37</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. "Mutações paradigmáticas da codificação (...)"...*op. cit.*, pp. 15-17.

<sup>38</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. "Reflexões sobre a codificação da propriedade fundiária moderna brasileira: diálogos entre direito e economia política". En TEPEDINO, Gustavo y FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 295. Sobre el panorama vivido durante la etapa de promulgación del primer Código Civil brasileño y las labores que han antecedido su elaboración, véase también GRINBER, Keila. *Código Civil e Cidadania*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2002, pp. 11-20.

“(…) Es en este punto, además, donde las tradiciones jurídicas portuguesa y brasileña se separan: mientras la antigua metrópoli, a partir de 1822, sufrirá fuerte influencia del pensamiento liberal, con una consecuente susceptibilidad a los principios y premisas contenidas en el *Code Civil* napoleónico de 1804 (...) la antigua colonia continuará a aplicar la vieja legislación heredada de los tiempos coloniales sin proceder a radicales rupturas, adaptándola a las tradiciones específicas de los brasileños, a la cultura jurídica, entonces, en formación y sobremanera a los intereses económicos de las élites agrarias brasileñas (...)”<sup>39</sup> (traducción propia).

En este contexto, afirma GOMES que Brasil fue fiel a la tradición jurídico lusitana no solamente en razón de la larga vigencia de las Ordenaciones del Reino en el panorama jurídico nacional, sino también porque en un principio no se notaba la necesidad de introducirse en el ordenamiento de la época el ideario liberal del individualismo jurídico de Napoleón ante la centralidad de una economía basada en el modo de producción esclavista. Las relaciones jurídicas, especialmente las relativas a la familia, propiedad, herencias y a la contratación de servicios se caracterizaban aún por un privatismo doméstico, orientado por la élite rural patriarcal de terratenientes y sus representantes intelectuales, muchos de ellos formados en Europa, cuyos objetivos comunes eran mantener su poder y defender sus propios intereses<sup>40</sup>.

No obstante eso, es en esta sociedad ambigua que tiene origen la codificación civil de 1916 con el consecuente alejamiento entre la realidad material poco desarrollada desde el punto de vista capitalista y la adopción de construcciones teóricas extranjeras inspiradas por los ideales liberales, lo que permitió algún grado de avance en la ciencia jurídica brasileña de la época. Es posible afirmar, con GOMES, que la codificación brasileña es el claro resultado de esta ambigüedad, ya que en el referido Código Civil quedan acomodadas las aspiraciones de una sociedad capitalista emergente, que tenía que convivir con elementos sociales y económicos derivados del

---

<sup>39</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. “A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Núm. 44, 2006, p. 66. Originalmente: “(...) É esse o ponto, aliás, onde a tradições jurídicas portuguesa e brasileira se separam: enquanto a antiga metrópole, a partir de 1822, sofrerá forte influência do pensamento liberal, com uma consequente suscetibilidade aos princípios e premissas contidas no Code Civil napoleônico de 1804 (...) a antiga colônia continuará a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais sem proceder a radicais rupturas, adaptando-a às tradições específicas dos brasileiros, à cultura jurídica e então em formação e sobretudo aos interesses econômicos das elites agrárias brasileiras (...)”.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2006, p. 11. Para un resumen del contenido principal de la referida obra véase PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. “Reflexões sobre a codificação (...)”. En TEPEDINO, Gustavo y FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Pensamento crítico...op. cit.*, p. 286-291.

predominio de una estructura agraria, aún fuertemente establecida, cuyos intereses también deberían ser asegurados<sup>41</sup>.

En efecto, la tardía edición del Código Civil brasileño de 1916 no representó una significativa alteración del *status quo* establecido en Brasil y de las relaciones de poder vigentes hasta entonces. Su promulgación promovió la convergencia de los intereses de la clase propietaria brasileña (burguesía industrial y burguesía agraria), con la consolidación de instrumentos jurídicos que permitiesen el mantenimiento de sus intereses económicos, y el desarrollo de los mismos, de manera igualitaria. La referida ley representa la síntesis de los deseos de garantía de los intereses de las clases dominantes de la época sumados a la preocupación de una clase emergente, que buscaba traducir jurídicamente las aspiraciones de una sociedad interesada en afirmar la excelencia del régimen capitalista de producción<sup>42</sup>.

Así, la propiedad pasa a ser objeto de una codificación en los términos que habían predominado en Europa. Donde su configuración liberal, conforme ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, además de propiciar la superación del régimen feudal dónde él existió, retomó el concepto unitario romano de propiedad. En este contexto, el derecho de propiedad presenta como características principales la exclusividad y en el individualismo. Y esto es lo que viene a señalar GOMES:

“El derecho de propiedad es absoluto, exclusivo y perpetuo. Su titular lo ejerce del modo que le parezca el más conveniente, incluso por medio de la destrucción de la cosa sobre la que recae, pudiendo, obviamente, reducirla a la inactividad económica (...). Pero, por más numerosas que sean [las limitaciones legales] no afectan, por su naturaleza, al carácter absoluto del derecho de propiedad, una vez que limitan su ejercicio en determinadas circunstancias, pero, no les sacrifican en su esencia. (...) Las facultades inherentes al dominio no sufren sustancialmente con tales limitaciones, porque el propietario conserva el poder de dar el destino al bien que le pertenece (...) cultivando el suelo o dejándolo sin

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 18-20. Complementando estos argumentos, FONSECA atribuye a tres factores fundamentales las razones por las cuales Brasil acabó por desarrollar de manera tardía, con relación a sus vecinos latinoamericanos, la codificación de su legislación civil, que serían los siguientes: a) La ausencia de una cultura jurídica brasileña inmediatamente tras la proclamación de la independencia del país; b) La incipiente cultura jurídica que vino a desarrollarse en la segunda etapa del siglo XIX era curiosamente influenciada, en mayor medida, por la cultura alemana; y c) La inexistencia en el país de un verdadero interés ciudadano y, por lo tanto, la ausencia de una relación de identificación entre las garantías jurídicas determinadas en la ley civil y el atendimiento de las necesidades del pueblo, ya que en la estructura social agraria, mayormente rural y analfabeta, patriarcal y aun con significativa presencia esclava, no era posible suponer que sus conflictos ordinarios se verían resueltos por la ley civil imperial. FONSECA, Ricardo Marcelo. “A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Núm. 44, 2006, pp. 69 a 71.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 28-31.

cultivo, (...) en suma, procediendo autocríticamente. En este sentido, la propiedad es un derecho absoluto, la *plena in re potestas*<sup>43</sup> (traducción propia).

Conforme a eso, la más reconocida doctrina brasileña es tajante a la hora de calificar el texto civil de 1916 como un auténtico representante del fenómeno codificador del siglo XIX, cargado en sus preceptos de concepciones marcadamente liberales e individualistas<sup>44</sup>. Pese a que cronológicamente su promulgación haya tenido lugar en el siglo XX, es una legislación que ya nace de espaldas a las ideas y corriente jurídicas contemporáneas a su elaboración<sup>45</sup>.

Los debates previos a su elaboración así como su concretización, han sido permeados por las ideas fundadas en el racionalismo moderno y en la creencia de la necesaria elaboración de un cuerpo único de leyes, coherente y completo en sus determinaciones<sup>46</sup>. El autor del proyecto de ley que vendría a ser promulgado como el Código Civil de 1916, Clóvis BEVILÁQUA, conocía la existencia de movimientos de reacción frente al 'egoísmo' individualista. Pese a eso, defendía que la introducción en el ordenamiento brasileño de estas nuevas corrientes jurídico-sociales tendría consecuencias perjudiciales en el ámbito económico y social. En este sentido señalaba el propio BEVILÁQUA:

---

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. "Significado e evolução contemporânea do direito de propriedade". *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais*. Vol. 5, octubre 1953, p. 59. Originalmente: "O direito de propriedade é absoluto, exclusivo e perpétuo. Seu titular o exerce de modo que lhe pareça o mais conveniente, inclusive pela destinação da coisa sobre que recai, podendo, obviamente, reduzir-la à inatividade econômica. (...) Mas, por numerosas que sejam, não afetam, por sua natureza, o caráter absoluto do direito de propriedade, uma vez que limitam o seu exercício em determinadas circunstâncias, mas não lhe sacrificam a essência. (...) As faculdades inerentes ao domínio não sofrem substancialmente com tais limitações, porque o proprietário conserva o poder de dar destinação ao bem que lhe pertence (...) cultivando sua terra ou deixando-a inculta, aplicando o não seu capital, em suma, procedendo autocráticamente. Neste sentido, a propriedade é ainda um direito absoluto, a *plena in re potestas*".

<sup>44</sup> Entre otros destacamos MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 85; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 104; GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas...* op. cit., p. 32, para quien el Código Civil brasileño es, reconocidamente, fruto de las doctrinas individualistas y voluntaristas que, consagradas por el Código Napoleónico e incorporadas por las codificaciones del siglo XIX, han inspirado al legislador brasileño a la hora de la redacción del texto brasileño en 1916.

<sup>45</sup> FACHIN, Luiz Edson. "Estado, posse e propriedade: do espaço privado à função social". *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Vol. 06, núm. 11, Curitiba, 1997, p. 45.

<sup>46</sup> GRINBER, Keila. *Código Civil e Cidadania...* op. cit., pp. 32 y 33. Donde la autora explica que esto era así porque la cultura jurídica brasileña de la época ya estaba impregnada de los postulados positivistas y evolucionistas. Los juristas brasileños involucrados en los debates y labores de elaboración de la norma civil acreditaban que la sociedad evolucionaría positivamente por medio de la promulgación de 'buenas leyes'. Según ellos, cuanto mejores y más avanzadas las leyes, mejor y más avanzada la sociedad. Así mismo, en este panorama, ya era posible verificar entre los juristas de la época una fuerte resistencia a cualquier injerencia de doctrinas jurídicas sociales, sus ideas se fundaban en el individualismo jurídico que vino a permear y fundamentar el texto del Código Civil de 1916. Ejemplo de eso se encuentra en ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, pp. 12 y 13.

“Existe, modernamente, en reacción al individualismo, una tendencia a ir restringiendo, hasta extinguir el dominio territorial del individuo. Es error funesto; porque, para explorar el suelo y sus elementos componentes, la sociedad necesita tornarlos productivos por el esfuerzo del hombre; pero aquella tendencia, bajo el pretexto de atenuar el egoísmo individual, alza en norma el egoísmo social, reduciendo el estímulo al trabajo, en detrimento del progreso social, desde el punto de vista económico, así como del prisma de la ética (...). En una palabra, es necesario seguir reconociendo la propiedad del individuo sobre la tierra, con las limitaciones que, racional y justamente, exige la convivencia humana, en tanto que esas restricciones no obstaculicen o anulen el estímulo de la actividad individual, que es la fuerza indispensable al bienestar y al progreso de las colectividades”<sup>47</sup> (traducción propia).

Considerando el momento histórico por el cual pasaba Brasil, la promulgación del Código Civil facilitó la organización del emergente modelo capitalista liberal que se venía organizando en el país y la consolidación del ideario individualista y burgués, que priorizaba la forma sobre el contenido<sup>48</sup>. Así, es posible identificar a lo largo de la referida legislación civil, la clara opción del legislador brasileño de 1916 por la adopción de una concepción de Estado que no debería intervenir en el orden social y económico predominante en el panorama brasileño de la época. Su actuación debería corresponderse a la de un arbitro neutral, garantizador de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos: la libertad, la seguridad y la propiedad.

De manera específica, con respecto al derecho de propiedad, la concepción adoptada en el Código Civil brasileño de 1916 era totalmente compatible con las determinaciones y los preceptos establecidos en el texto constitucional vigente durante su promulgación, la Constitución brasileña de 1891 que, con especial precisión, atendía a esa necesidad de absoluta garantía de la propiedad privada, y de su derecho, por parte del Estado<sup>49</sup>. En su texto se determinaba lo siguiente:

---

<sup>47</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p.132. En obra fundamental sobre el tema, anteriormente citada, GOMES señala que Clóvis Beviláqua no ignoraba la existencia de una reacción al individualismo jurídico. Afirma el autor que Beviláqua asumía, de modo nítido y firme, una posición contra las innovaciones de los pueblos más adelantados – refiriéndose, de manera específica, al movimiento alemán que abogaba por el reconocimiento de derechos sociales por el Código Civil Alemán –. Aún según este autor, Beviláqua estaba convencido de que las ‘nuevas formaciones’ no poseían sustantividad y que no merecían atención, para que no se procesase una intervención funesta en la economía y en la vida social. Así, GOMES afirma que Beviláqua era conecedor, por lo tanto, de los incipientes movimientos de revisión del Derecho privado, pero entendía que las condiciones sociales del país, su retraso económico y su modelo de distribución de riquezas no sostenían su asimilación. En la opinión de Gomes, por más esclarecido que fuera el pensamiento de Beviláqua, en su condición de profesor de Derecho Comparado, éste entendía que no sería posible superar las limitaciones del medio, ya que, en caso de que lo hiciera, estaría adoptando una posición falsa y peligrosa. GOMES, Orlando. *Raíces históricas e sociológicas...op. cit.*, pp. 32-38.

<sup>48</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. “Reflexões sobre a codificação (...)”. En TEPELINO, Gustavo y FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Pensamento crítico...op. cit.*, p. 296.

<sup>49</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Vol. I. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 238.

“Art. 72. La Constitución asegura a brasileños y a extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la libertad, a la seguridad individual y a la propiedad, en los términos siguientes:

Párrafo 17. El derecho de propiedad se mantiene en toda su plenitud, con excepción de la expropiación por necesidad o utilidad pública, mediante previa indemnización<sup>50</sup> (traducción propia).

Conforme a lo dispuesto en dicho texto constitucional, el Estado brasileño de la época se fundamentaba en tres principios básicos: a) La democracia, al presuponer la soberanía popular; b) La libertad individual, al promover la separación entre el Estado y la sociedad; y c) El derecho, en cuanto garantía de la sujeción del Estado a la ley. Así, el individuo adquiriría el estatus de ciudadano por medio del ejercicio de la libertad, que se mantenía vinculada a la propia concepción de propiedad privada<sup>51</sup>.

En este contexto, la propiedad privada, a su vez, no sólo se correspondía con un instituto jurídico apto para regular la relación entre hombres y objetos, sino que actuaba como el elemento nuclear que confería estabilidad a una determinada estructura de poder, garantizada coercitivamente por el Estado, que actuaba como el responsable de la división de la sociedad entre “propietarios y no propietarios, ricos y pobres, de manera inconciliable<sup>52</sup>”.

Siguiendo esta pauta ideológica, el Código Civil de 1916 disponía en su art. 524 sobre el derecho de propiedad privada en los términos siguientes: “La ley asegura al propietario el derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes, y de reivindicarlos de quien quiera que injustamente los posea<sup>53</sup> (traducción propia).

La decisión del legislador brasileño por la determinación del contenido de la propiedad a partir de la definición de las facultades conferidas al propietario y la no adopción de un concepto de propiedad privada, no fue una coincidencia, respondía a

---

<sup>50</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de febrero de 1891. *Diário do Congresso Nacional*, de 24 de febrero de 1891, p. 523. Disponible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) (última consulta enero de 2015). Originalmente: “Art. 72. A constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Parágrafo 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

<sup>51</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. “Reflexões sobre a codificação (...)”. En TEPEDINO, Gustavo y FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Pensamento crítico...op. cit.*, p. 292.

<sup>52</sup>Ibidem, p. 292.

<sup>53</sup> BRASIL. Código Civil dos Estado Unidos do Brasil, Ley 3.071 de 1 de enero de 1916. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 5 de enero de 1916, p. 133. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm) (última consulta enero de 2015). En el cual originalmente se recoge en el art. 524 que: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

un propósito jurídico-ideológico. Inspirado por la definición analítica y estructural de la propiedad privada adoptada en el *Code* francés de 1804, el legislador brasileño buscó establecer un sistema jurídico privatista basado en la abstracción, en el cual todos los individuos son iguales en la medida en que a todos ellos se les reconoce como propietarios potenciales<sup>54</sup>. En este marco jurídico, la subjetividad abstracta es presupuesto necesario para el establecimiento del nuevo orden en Brasil; igualados todos los individuos en razón de su calidad propietaria, los problemas reales derivados de la desigualdad material de los ciudadanos quedaban excluidos de la ecuación<sup>55</sup>.

Se trata de una abstracción que busca vislumbrar la relación del individuo con su propiedad siempre como una relación de derecho real<sup>56</sup>. Eso significa que, independientemente del tipo y de la naturaleza del bien, el propietario podrá usar, gozar y disponer de él de la manera que le plazca. Así mismo, podrá reivindicarlo cuando sea 'injustamente' privado de él. El derecho de propiedad se reafirma como un derecho subjetivo y se consagra una concepción unitaria de la propiedad, por la cual el individuo propietario podrá excluir a todos los demás del uso y disfrute de su bien<sup>57</sup>.

En este contexto, el concepto de propiedad queda vinculado doblemente al de libertad: por un lado, se vincula como un espacio de realización de la propia libertad individual del ciudadano, ámbito en el cual el individuo ejercita su personalidad y; por el otro, como una medida protectora contra las necesidades existenciales de supervivencia que puedan relacionarse con el ciudadano y con su familia<sup>58</sup>.

El concepto de propiedad también se vincula al de libertad, conforme afirma CORTIANO JÚNIOR, en razón la abstracción conceptual empleada en art 524 del

---

<sup>54</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade...op. cit.*, pp. 104 y 105.

<sup>55</sup> Segundo BARCELLONA, "La idea de subjetividad abstracta es, en términos, absolutamente necesaria: 1) para garantizar la distancia entre pensamiento y ser, y en consecuencia la disponibilidad del objeto y de la naturaleza; 2) para mediar la universalidad general del orden y la individualidad empírica de la existencia, para presuponer un proyecto de orden a partir de una antropología individualista; 3) para liberar las relaciones entre los individuos de las determinaciones específicas de las relaciones personales y poderlas representar como relaciones objetivadas entre esferas de libertad abstracta; 4) para liberar la riqueza y los recursos necesarios para satisfacer las necesidades humanas, de toda determinación personal que los convertía en mera proyección de las jerarquías y de los Estados". BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Traducción GARCÍA RODRÍGUEZ, Jesús Ernesto. Madrid: Trotta, 1996, p. 45.

<sup>56</sup> Para BITTAR, los derechos reales tratan de las relaciones entre las personas y las cosas, por medio de las cuales se establece un vínculo de exclusividad, que retira de la colectividad la posibilidad de apropiación, del uso o de fruición como *iura* oponible *erga omnes*. En otras palabras, el vínculo entre el titular y el bien otorga a aquél poder sobre la *res*, sometiéndola a su voluntad y a sus designios, respetados los contornos definidos en el ámbito jurídico. BITTAR, Calor Alberto. *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 02.

<sup>57</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 289; y MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. III. Direito das coisas. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1966, pp. 88 y 89.

<sup>58</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade...op. cit.*, pp. 91 y 92.

Código Civil brasileño de 1916. La referida abstracción, tendría como objetivo liberar la propiedad privada de las condiciones empíricas de los bienes y de las personas<sup>59</sup>.

La separación que se verifica en el texto del Código Civil de 1916 entre sociedad civil y Estado, sirve para justificar la total autonomía del individuo. Cuya garantía jurídica exige la protección del propietario/individuo contra cualquier clase de injerencia externa en su patrimonio. Lo que termina por resultar en la posibilidad de limitar el contenido del derecho de propiedad solamente con relación a su ejercicio, o sea, externamente. El uso, disfrute y disposición del referido derecho quedan resguardados contra interferencias que puedan afectar el interés y la voluntad propietaria. Así, aun según CORTIANO JÚNIOR:

“La propiedad sería, así, un poder atribuido al titular, excluyente de la participación de los demás individuos, y cuyos únicos límites serían aquellos impuestos por la propia ley (...) Así, se determinan las facultades que pueden ser ejercidas de forma absoluta, salvo restricciones legales. Tales restricciones funcionan como limitaciones y no como delimitaciones de las facultades propietarias y residen, generalmente, en el derecho administrativo. Constituyen limitaciones externas, o negativas, aunque no provenientes de hechos externos a la propiedad”<sup>60</sup> (traducción propia).

En este marco, la protección prevista desde el ordenamiento jurídico a la propiedad privada se efectúa para garantizar al propietario el ejercicio de sus poderes sin limitaciones externas, a excepción de las determinadas en ley. De esa manera, mediante la existencia de un contrato que legítimamente ratificase la adquisición de la propiedad privada, su propietario quedaba facultado a invocar el orden jurídico para la protección de sus intereses patrimoniales. En la legislación civil de 1916, la tutela del derecho de propiedad se configura como esencialmente negativa y reactiva, orientada a la defensa del propietario y su propiedad, en caso de conflictos patrimoniales<sup>61</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que los elementos caracterizadores de la concepción individualista que permearon el Código Civil de Napoleón - la seguridad jurídica, el patrimonialismo y la abstracción -, quedaron

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>60</sup> CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade...op. cit*, pp. 106 y 108. Originalmente: “A propriedade seria, assim, um poder atribuído ao titular, excludente da participação das demais pessoas, e cujos únicos limites seriam aqueles impostos pela própria lei. (...) Assim, fixam-se os poderes que podem ser exercidos de forma absoluta, salvo as restrições legais. Tais restrições funcionam como limitações, e não como delimitações, dos poderes proprietários e residem, via de regra, no direito administrativo. Constituem limitações externas, ou negativas, ainda que não advenham de fatos externos à propriedade”.

<sup>61</sup> MALDANER, Alisson Thiago. *O individualismo proprietário e a função social da propriedade na Constituição de 1988*. Monografía. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012, p. 30.

recogidos y plasmados de manera inequívoca en el primer Código Civil brasileño. La referida ley se limitaba, en sus preceptos, a regular las diferentes situaciones jurídicas en las cuales el individuo/propietario podría verse involucrado. El individuo se consideraba de manera abstracta, desprovisto de cualquier atributo social diferenciador de su condición, no siendo reconocidas, en la codificación de 1916, demandas externas relacionadas con la dignidad de las personas o de fondo social<sup>62</sup>.

Para los fines que ahora nos ocupan, un estudio en profundidad de todos los aspectos jurídicos relacionados con el derecho de propiedad privada bajo la vigencia del Código Civil brasileño de 1916 no se hace necesario, ya que el interés principal del presente apartado está en desvelar las claves de la propiedad privada en el actual ordenamiento jurídico de Brasil. No obstante, para comprender el estado actual de los dispositivos reguladores del derecho de propiedad se hace necesario identificar los principales efectos de este primer modelo propietario en el ordenamiento jurídico brasileño y, a lo largo de tiempo, en la propia sociedad del país.

Uno de los efectos más perjudiciales sentidos por la sociedad brasileña de la época ante la consolidación de este sistema, extremadamente patrimonialista e individualista, fue la desconsideración de los ciudadanos no propietarios y su condición de invisibilidad ante la ley civil, así como la prevalencia de la seguridad jurídica sobre la justicia material<sup>63</sup>. Profundizando en el ámbito del derecho de propiedad, señala FACHIN que:

“Esa exclusión se opera con relación a personas o situaciones a las cuales la entrada en el marco de las titularidades de derechos y deberes es negada. Lo que se niega, no se deniega sólo en el lenguaje discriminatorio. Diversos sujetos son intencionalmente colocados al margen del sistema jurídico, formando parte de aquellos que no son portadores de invitaciones al ingreso de las titularidades de derechos y obligaciones. Modelada para atender a esos intereses y colocada en la estructura estandarizada por los valores dominantes, la propiedad revela su vocación cuando niega el acceso a su estatuto de derechos. La norma jurídica sirve, en esta dimensión, de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujetos naturales que no alcanzan el estatuto de efectivos sujetos de derecho”<sup>64</sup> (traducción propia).

---

<sup>62</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. “Mutações paradigmáticas da codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*. Vol. 21, núm. 57, 2004, pp. 24-26. En este sentido véase también MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. “O ‘Ser’ e o ‘Ter’ na codificação”. En FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-111.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>64</sup> FACHIN, Luiz Edson. “Estado, posse e propriedade (...)”...*op. cit.*, p. 51. Originalmente: “Essa exclusão se gera em relação à pessoas ou situações às quais a entrada na moldura das titularidades de direitos e

En este contexto, vinculado el ejercicio de derechos a la apropiación de bienes, el único derecho restante a la gran mayoría de la población brasileña era el mantenerse mediante la venta de su fuerza de trabajo<sup>65</sup>. Situación que, considerada conjuntamente con la histórica inexistencia de medios y de políticas públicas capaces de promover o facilitar el acceso de las clases más pobres de la población a la propiedad privada del suelo, ha resultado en el aumento de la ya pronunciada desigualdad social que sigue, aun en la actualidad, caracterizando Brasil. Donde la desmesurada apropiación de los beneficios vinculados al trabajo ajeno de muchos por muy pocos sigue realizándose como fundamento del propio sistema económico, sosteniendo la competitividad del país en los mercados internacionales.

Es importante señalar que ese modelo propietario estuvo vigente en Brasil hasta hace muy poco tiempo y aún hoy, tras más de 10 años desde la promulgación de su sustitutivo – el Código Civil de 2002 –, los preceptos y concepciones contenidos en él, por más obsoletos que puedan entenderse desde el punto de vista de la evolución jurídica del instituto de la propiedad privada, siguen latentes en la sociedad brasileña, arraigados en la mente de los jueces, del empresariado, en la enseñanza académica, etc. De tal manera, que la posterior promulgación de cuatro textos constitucionales distintos que, en mayor o menor grado de pragmatismo jurídico, incorporaban preocupaciones de fondo social en sus preceptos, no fueron capaces de reformar totalmente ese orden<sup>66</sup>.

Centrado el tema en el ámbito urbano, la concepción de la propiedad privada adoptada en el Código Civil de 1916, cuando solamente el 10% de la población de Brasil vivía en ciudades, fue el orden dominante a lo largo del proceso de urbanización del país. Hasta hace muy poco tiempo, el tratamiento liberal individualista dado a la propiedad preceptuado en dicha legislación, servía de fundamento para la mayoría de

---

deveres é negada. O que se nega não se denega apenas na linguagem discriminatória. Diversos sujeitos são propositalmente colocados a margem do sistema jurídico, inseridos no elenco daqueles que não portam convites ao ingresso das titularidades de direitos e obrigações. Modelada para atender a esses interesses e colocada na estrutura padronizada pelos valores dominantes, a propriedade revela seus papéis quando nega o acesso ao seu estatuto de direitos. A norma jurídica resta servindo, nessa dimensão, de instrumento para dedicar capítulos inferiores a sujeitos naturais que não passam ao estatuto de efetivos sujeitos de direitos”.

<sup>65</sup> RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. “A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. En FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos...op. cit.*, pp. 5 y 6.

<sup>66</sup> En este sentido véase FERNANDES, Edésio. “Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: Algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México*. Vol. 37, núm. 109, enero/abril 2004, pp. 41-69; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011; FACHIN, Luiz Edson y GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. “Aspectos da funcionalização da propriedade no modelo brasileiro”. En ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, pp. 124-147.

las decisiones judiciales, constituyendo un verdadero obstáculo para las tentativas de acción del Estado orientadas al control del uso, ocupación y desarrollo del suelo urbano<sup>67</sup>.

Bajo esta perspectiva, la ciudad se entendía como un conjunto de parcelas de propiedad privada y algunas áreas públicas, y al orden jurídico le competía básicamente regular las relaciones entre particulares, imponiéndoles restricciones al pleno ejercicio del derecho de propiedad por medio de limitaciones administrativas y otras civiles fundadas en las relaciones de vecindad<sup>68</sup>. La orientación del proceso de desarrollo urbano del país, en este marco, se dejaba en las manos del interés privado.

La permanencia de la noción de derecho de propiedad privada según lo dispuesto en el Código Civil de 1916 durante el proceso de urbanización y por consiguiente el efecto limitado de la legislación urbanística, conforme FERNANDES, hizo con que la propiedad se convirtiese esencialmente en un factor de producción, conformando un valor de cambio. Esta postura liberal con relación a los medios de acceso al suelo permitió que las condiciones del mercado sin control definiesen la posibilidad de adquisición de terrenos y viviendas<sup>69</sup>.

Esto ocurrió, según el autor, debido al hecho de que el ideario liberal era perfectamente adecuado para satisfacer determinados intereses económicos, que identificaban en las ciudades brasileñas un escenario propicio para la acumulación capitalista sin control. En este contexto, el concepto de propiedad privada absoluta fue fundamental para la maximización de las ganancias del mercado especulativo del suelo, lo que vino a beneficiar principalmente los grandes propietarios, algunos de ellos remanentes de las oligarquías rurales que perdieran su hegemonía económica frente a otros sectores del capital, aunque manteniendo un cierto poder y prestigio político<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 6.

<sup>68</sup> Ídem.

<sup>69</sup> Ibídem, p. 224.

<sup>70</sup> En la época en que los primeros grupos significativos de inmigrantes empezaron a llegar del medio rural, Brasil ya contaba con una estructura de apropiación y propiedad de tierras consolidada. Como herencia del sistema agrario exportador, la estructura de la propiedad de la tierra en Brasil era altamente concentrada y se caracterizaba por la existencia de grandes propiedades, la mayoría de ellas abandonadas en aquellas épocas debido a la decadencia de las plantaciones de monocultivos. Durante más de cuatro siglos de colonización (de 1550 a 1822), de Gobierno imperial (1822 a 1889) y de Gobierno republicano (de 1889 en adelante), el país fue testigo de un intenso proceso de privatización de la tierra, el cual fue definitivamente reconocido por la legislación imperial de 1885, que consolidó todas las situaciones de dominio. Tales aspectos históricos sobre la introducción de la propiedad privada del suelo en Brasil serán objeto de análisis en un apartado específico del presente estudio.

Así, es posible afirmar que en Brasil, el segundo sector, conformado por el capital inmobiliario, absorbió los efectos provocados por la inestabilidad del primer sector, que se relacionaba con el capital productivo industrial. El capital económico fue orientado al mercado inmobiliario en tiempos de crisis y recesión. Una vez empleada, ésta opción de inversión se tornó cada vez más atractiva. La economía sufría (y sigue sufriendo) con la inmovilización del capital en un proceso especulativo de tal entidad, que frecuentemente se convertía en el principal factor del proceso de producción<sup>71</sup>.

Dicha ambigüedad garantizaba la máxima seguridad de las inversiones en bienes inmobiliarios, incluso para grupos sociales locales e internacionales, así como para las clases medias. En razón de eso, la tradicional concepción liberal del derecho de propiedad privada se mantuvo durante tantos años, contra todos los intereses que defendían una profunda reforma<sup>72</sup>. El crecimiento urbano se produjo en medio de esta controversia, en la cual jamás hubo una definición clara del alcance y de los límites de la intervención del Estado en el ámbito de la propiedad privada.

Además de eso, tal disputa explica la tardanza en la promulgación de normas específicas de derecho urbanístico y la ineficiente institucionalización del planeamiento urbanístico en Brasil. Conforme se verificará a lo largo del presente estudio, a dicha controversia también se puede atribuir ser la causante de la conformación de un orden jurídico urbanístico claramente contradictorio, una vez implementadas las referidas normas urbanísticas.

Por la época de su aparición, el Código Civil español de 1889, también refleja una idea de propiedad privada derivada de la llamada 'concepción liberal del derecho de propiedad'. La doctrina española civilista más moderna, coincide en reconocer que el concepto de derecho de propiedad recogido en el Código Civil ha sufrido clara influencia del Derecho romano y de su carácter absoluto, definiéndolo como el poder jurídico más amplio sobre la cosa corporal<sup>73</sup>. Así mismo, en ella se destaca la idea de

---

<sup>71</sup> FERNADES, Edésio. *Direito Urbanístico...op. cit.*, p. 225.

<sup>72</sup> Ídem.

<sup>73</sup> Para profundizar en el análisis de las concepciones de derecho de propiedad en la doctrina española véase CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Español...op. cit.*, p. 104 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho civil...op. cit.*, p. 93; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Tomo III. Vol. I, parte 2. Derechos Reales. Barcelona: Bosch, 1988, pp. 15 y 16; PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil...op. cit.*, pp. 159 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil*. Derecho de bienes. Tomo III. 11ª Ed. Madrid: Edisofer, 2010, p. 235; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. VI. Derechos reales. Cizur Menor: Civitas, 2012, p. 33; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. 2ª Ed. Madrid: Edersa, 1988, p. 79; MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, 1980, p. 51.

la propiedad muy ligada al concepto de libertad, se entiende la existencia de la propiedad privada como una condición del ejercicio de la libertad<sup>74</sup>.

Pese a su relación de parentesco con el art. 544 del Código de Napoleón, a la época de la elaboración del Código Civil español la corriente que no defendía la propiedad vinculada ilimitadamente ya había encontrado eco dentro de España. De manera distinta que en Brasil, y denotando una mayor flexibilidad ideológica, el legislador español, de manera provisora, redactó un precepto lo suficientemente elástico para acomodar distintas orientaciones políticas<sup>75</sup>. El art. 348 del Código español no se refiere a la “manera más absoluta” de goce y tampoco cita a “los reglamentos” como fuente de límites a las facultades del propietario, como lo hizo el precepto francés.

La configuración normativa flexible del derecho de propiedad en el Código Civil español ha propiciado, entre otros aspectos, la evolución conceptual del instituto propietario en este país. Tanto es así, que su contenido fue reconocido con posterioridad por la actual Constitución española bajo una nueva concepción y estructura, más acorde con los objetivos del Estado democrático de derecho<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> MONTÉS PENADÉS señala que la normativa del Código español sobre la propiedad puede ser calificada como el final del proceso de implantación del orden burgués. En esta etapa, España vive un momento turbulento de revoluciones y movimientos sociales, ya que el Código se promulga después de producirse la abolición de los señoríos, la desvinculación y la desamortización de la propiedad. La revolución ansiada por la burguesía requería, principalmente, la modificación del régimen de la propiedad, de su estructura y su completa liberación de las trabas del antiguo régimen. La idea de libertad, que se había de proyectar en la utilización de las fuerzas productivas y en el tráfico de bienes, se iniciaba con el proceso de liberalización de la explotación de las tierras y, en este contexto, “la propiedad, declarada inviolable y garantizada frente a la intervención del Estado por las leyes de expropiación (...) se constituyó en uno de los pilares fundamentales del sistema” MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada...op. cit.*, pp. 37 y 47.

<sup>75</sup> El art. 348 del Código Civil español recoge que “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”. La flexibilidad conceptual empleada en este precepto ha sido reconocida por distintos sectores de la doctrina española, de la cual destacamos LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil...op. cit.*, p. 30, que emplea el calificativo “neutralidad” para explicar la elasticidad del concepto civil de propiedad y su capacidad de adaptación a los cambios y nuevas circunstancias sociales, políticas, económicas y jurídicas sobrevenidas desde su consagración en el Código Civil español. Véase también en sentido similar MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada...op. cit.*, p. 52; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *¿Qué es la propiedad...op. cit.*, pp. 17 y 18; y BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*. Madrid: Civitas, 1988, p. 348.

<sup>76</sup> Así, LASARTE ÁLVAREZ se ha referido a “la perfección técnica y gran dosis de flexibilidad del artículo 348 del Código Civil, precisamente como consecuencia de su generalidad”. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. LXXII, núm. 1. Madrid: Editorial Reus, 1976, p. 16. BARNÉS VÁZQUEZ ha afirmado que el art. 348 del Código Civil “ha conservado su vigencia gracias a que es una norma lo suficientemente elástica y formalista como para poder adaptarse a las actuales coordenadas dogmáticas y jurídico-positivas en que la propiedad se desenvuelve, toda vez que admite que las facultades de goce y disposición puedan ser limitadas o, mejor, definidas materialmente por las leyes”. BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional...op. cit.*, p. 341. MEDINA DE LEMUS señala que “el concepto de propiedad ofrecido por el artículo 348 CC es el único dotado de suficiente consistencia técnico-jurídica que aparece como clave en la búsqueda de un concepto constitucional del

Además de eso, tal precepto sigue ofreciendo el fundamento teórico para la identificación de los caracteres del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico español, conforme se desprende de la sentencia de 24 de octubre de 2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil):

“(…) según se desprende de lo dispuesto por el art. 348 del Código Civil, presenta como caracteres propios ser un derecho: a) unitario; b) general y abstracto, en cuanto comporta la existencia de facultades indeterminadas sobre la cosa pues abarca todas las que no hayan sido excluidas, sin que consista en una mera suma de facultades (sentencia de 2 de octubre de 1975); c) elástico, ya que, en caso de existir algún derecho que lo limite, la facultad que el mismo comporta la recupera el propietario cuando dicho derecho real se extingue (sentencia de 27 de junio de 1991); d) exclusivo, pues permite excluir del goce a los demás incluso si su uso es inocuo, y e) perpetuo, pues dura mientras exista el objeto (sentencia de 20 de mayo de 1993)”<sup>77</sup>.

Conforme a lo dispuesto en esta sentencia, el contenido del derecho de propiedad no puede ser entendido como una simple suma de facultades conferidas u otorgadas al propietario<sup>78</sup>. No obstante, el legislador del Código Civil español ha echado mano de la tradicional agrupación de facultades *ius utendi, fruendi et disponiendi* para definir de forma genérica y sintética el ámbito jurídico medular de actuación del propietario, tal y como hizo el legislador brasileño.

La situación que se ha vislumbrado en España con relación a la configuración civil del derecho de propiedad ha sido totalmente distinta de la que se ha llevado a

---

derecho de propiedad privada, siempre que se guarde la precaución de interpretarlo a la luz de la Constitución y no a la inversa”, ya que “la idea de que la propiedad es del derecho de gozar y disponer de una cosa supone una atribución de poder a una persona para la satisfacción de sus intereses personales, ofrece el soporte hermenéutico indispensable para calibrar el núcleo de facultades que corresponde al propietario y dota de sentido a la garantía del contenido esencial del dominio”. MEDINA DE LEMUS, Manuel. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 148.

<sup>77</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. Sentencia 832/2005, de 24 de octubre (FJ 3). Recurso 1111/1999. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=1121272&links=%221111/1999%22%20%22832/2005%22%20%22ANTONIO%20SALAS%20CARCELLER%22&optimize=20051117&publicinterface=true> (última consulta enero de 2015). Para conocer los caracteres del derecho de propiedad identificados por la doctrina española véase, entre otros, DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”. En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1991, p. 1259; CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Español...op. cit.*, p. 163; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. Introducción al Derecho. 11ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 186; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil...op. cit.*, p. 234; LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil...op. cit.*, pp. 22-26; y ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil...op. cit.*, p. 85.

<sup>78</sup> La jurisprudencia y la doctrina civilista coincidentemente, han señalado, tradicionalmente, que el dominio es el señorío abstracto, unitario y pleno sobre la cosa y no una mera suma de facultades de las cuales el propietario puede verse privado temporalmente sin que en razón de ello, su derecho de propiedad pierda su integridad potencial y virtualidad de recuperarlas en el futuro. Véase la crítica realizada por LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil...op. cit.*, p. 26, sobre la definición del dominio como suma de facultades.

cabo en Brasil durante la vigencia del Código Civil de 1916, cuya regulación del derecho de propiedad bajo el ideario liberal privatista ha configurado durante más de ocho décadas un claro obstáculo para la evolución del derecho de propiedad como instituto jurídico que debe estar conectado con los objetivos generales del ordenamiento jurídico y del Estado democrático de derecho, pautado en la igualdad, en la justicia y en bienestar social, que se establece desde 1988.

La concepción civil del derecho de propiedad recogida en la legislación de 1916, sirvió para alejar el derecho de propiedad de posibles limitaciones y restricciones intrínsecas al derecho, legitimando solamente la imposición de límites reconocidos en el ámbito de los derechos de vecindad y las normas administrativas limitadoras del ejercicio del derecho de propiedad fundadas en el poder de policía de la Administración Pública.

Con relación a eso, la flexibilidad conceptual adoptada en el marco civil español con relación al derecho de propiedad ha permitido el desarrollo y la evolución de la configuración de los límites impuestos a la propiedad privada, que han pasado de ser considerados algo excepcional que comprime el contenido y el ejercicio del derecho de propiedad desde fuera en razón de lo dispuesto en la ley, para alcanzar la consideración de elementos conformadores del propio contenido de tal derecho<sup>79</sup>. El reconocimiento de la evolución de las limitaciones al derecho de propiedad desde el Código Civil español hasta la actualidad, queda recogida en una sentencia del 24 de noviembre de 1978 (Sala Tercera) donde el Tribunal Supremo español explica que:

“el punto de vista individualista, de una mal entendida idea de libertad, ni siquiera se acoge por completo en el art. 348 de nuestro decimonónico Código Civil, puesto que, como es sabido, el derecho de propiedad no queda a salvo de las limitaciones establecidas en las leyes, limitaciones que han dejado de ser algo excepcional y extrínseco al derecho nominal, en cuanto la ley opera modernamente, no como límite, sino como factor de conformidad del propio derecho”.

De lo expuesto concluimos que las limitaciones de la propiedad, consideradas excepcionales en la época de promulgación del Código Civil español, ganan hoy en día la consideración de elementos que conforman el contenido del derecho de

---

<sup>79</sup> Para profundizar en la configuración y evolución conceptual de los límites al derecho de propiedad en España véase: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Principios de Derecho Civil*. Propiedad y derechos reales de goce. Vol. IV. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 48; DIÉZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad (...)”...*op. cit.*, pp. 1259 y ss.; BARNÉZ VÁZQUEZ, Javier. “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”. En BARNÉZ VÁZQUEZ, Javier (Coord.). *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 34 y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La titularidad de los bienes del dominio público*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 89 y ss.

propiedad<sup>80</sup>. Situación que aún en la actualidad, pese a la promulgación de una Constitución Federal coherente con el Estado social democrático de derecho, no se ha consolidado totalmente en la práctica jurídica brasileña.

De manera específica, en el ámbito del derecho urbanístico, es posible identificar cierta resistencia a reconocer la evolución de la configuración jurídica de las normas de derecho urbanístico, que con anterioridad a la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se consideraban normas administrativas limitadoras del ejercicio del derecho de propiedad del suelo y que en la actualidad, en razón del estatus a ellas atribuido en este nuevo marco constitucional, deben ser consideradas normas conformadoras del derecho de propiedad del suelo, y no más simples limitaciones externas al ejercicio de tal derecho. Tal resistencia puede ser entendida como resultado de la hegemonía de la concepción tradicional del derecho de propiedad empleada en el Código Civil brasileño de 1916, que ha servido como freno y obstáculo a la consolidación de las normas de derecho urbanístico, cuestión que volveremos a tratar con detenimiento en los próximos capítulos.

#### **I.1.2.2. Reacción al individualismo propietario en Brasil**

Sobre la concepción tradicional de la propiedad privada van a incidir, sin embargo, las nuevas concepciones sociales, que además de materializar una serie de transformaciones en la propia sociedad, acarrearán consecuencias específicas en los ordenamientos jurídicos que han recogido el concepto individualista del derecho de propiedad. Los cambios económicos-sociales determinarán la enfatización, en la dimensión jurídica del instituto de la propiedad, de la reforma social que muchos Estados ya venían implementando o por lo menos dedicándole cierta atención. En el ámbito de la propiedad individual, estos cambios y reformas, se relacionan con la idea de que su utilidad ya no se realiza solamente en beneficio de su titular, y que es legítimo obligarle a tener en cuenta la dimensión social del derecho de propiedad.

---

<sup>80</sup> Con relación a los límites intrínsecos del derecho de propiedad, comunes al ejercicio de todos los derechos subjetivos según se desprende del artículo 7 apartados 1 y 2 del Código Civil español que tratan del ejercicio de los derechos conforme las exigencias de la buena fe y de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo, véase GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. "Comentarios al artículo 7". En SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2006, p. 120 y ss. Para una aproximación a los temas 'relaciones de vecindad' y 'derecho de uso inocuo' véase TRÓLEZ HUERTA, Antonio. "Tema 1. El derecho real. El derecho de propiedad". En DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo II. Vol. I. Madrid: Civitas, 2002, pp. 82-85 y DIÉZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral. 7ª Ed. Madrid: Techos, 2001, pp. 144-147.

La aplicación de los principios del Estado Liberal había resultado en graves problemas sociales y económicos en aquellos países en los cuales dichos principios se habían implementado con un mayor grado de purismo, como por ejemplo en Brasil<sup>81</sup>. En dicho país, las recurrentes crisis financieras provocaron la acentuación de las ya profundas diferencias sociales y el carácter absoluto de la propiedad<sup>82</sup>.

En el contexto mundial, emergen nuevas tendencias filosóficas, como por ejemplo, el criticismo de Kant, el idealismo, el historicismo, etc., que tratan de superar la concepción abstracta e individualista de la libertad para referirla en su articulación con elementos transpersonalistas como ‘el grupo’, la ‘sociedad’, la ‘Nación’, el ‘Estado’, a los que se asignan la función de equilibrar la ‘libertad’ de los individuos con la ‘necesidad’<sup>83</sup>.

Durante todo el siglo XX, se potencia el papel de Estado como poder ajeno a las fuerzas autónomas del mercado y agente necesario para resolver los problemas que estos mecanismos producen y no son capaces de solucionar por sí mismos, principalmente aquellos cuyos efectos se hacen notar el ámbito social y sobre la situación de desigualdad económica y material vivida por la mayor parte de la población. Se demanda que el Estado no se comporte de manera neutral y que pase a desarrollar un papel activo, interviniendo no sólo en la creación de un marco jurídico adecuado, sino también participando directamente en el ámbito económico y social<sup>84</sup>.

A la transformación efectiva del derecho de propiedad también contribuyó el proceso de ‘publicación’ del derecho privado, cuyo principal exponente, en la dogmática jurídico-publicista, ha sido LEÓN DUGUIT. Este iuspublicista francés, a principios del siglo XX y desde una concepción sociológica y positivista, con base en las ideas defendidas por COMTE, llegó a negar la categorización de la propiedad como derecho, para afirmarla como una función social:

---

<sup>81</sup> Señala MOREIRA PIRES que, en Brasil, la idea de que la propiedad debería ser ejercida funcionalmente en razón de la colectividad, tiene origen en la constatación de que las proposiciones del Estado Liberal – garante de seguridad política, social y jurídica – centrado en las relaciones de intercambio observadas bajo la tutela del Derecho privado, no resistirían a las reivindicaciones de los participantes del ‘juego social’. La autora sigue explicando que en este contexto, resultaba evidente que la igualdad formal no había promocionado la igualdad material, en la medida en que la dificultad de acceso a la riqueza había generado un gigantesco déficit en el ámbito social, tornándose necesaria la mutación del Estado Liberal hacia un modelo de Estado Social. PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 63.

<sup>82</sup> BERTAN, José Neure. *Propriedade privada e função social*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 75.

<sup>83</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio. *Registro de la Propiedad y Administración Pública (Servicio público y función pública registral)*. Granada: Comares, 1995, p. 216.

<sup>84</sup> TRÓLEZ HUERTA, Antonio. “Tema 1. El derecho real. El derecho de propiedad”...*op. cit.*, p. 62.

“la propiedad no es ya, en el Derecho moderno, el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee la riqueza tiene sobre ella (...); la propiedad no es un derecho; es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de la riqueza tiene, por el hecho de poseer la riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva la tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social al propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino”<sup>85</sup>.

El reconocimiento en las obras de DUGUIT de la crisis de la concepción liberal individualista y sus perversos efectos, le llevan al extremo de negar la propiedad privada, como derecho subjetivo, lo que le hace defender la idea de que ésta ha de ejercerse más en atención al interés social que en razón del interés del dueño. Esta concepción jurídica pone en jaque la figura del propietario, ya que entendida la propiedad como función, a éste solamente se le permitiría actuar como una especie de funcionario actuando bajo una concesión (o algo similar)<sup>86</sup>. Adelantándonos un poco en el orden de los temas, al ser incompatible con la naturaleza de derecho subjetivo que sigue ostentando en la actualidad la propiedad privada en Brasil, se puede concluir que dicha concepción no fue totalmente admitida e introducida en el ordenamiento de este país.

En realidad, el posicionamiento dominante en el escenario jurídico brasileño tiene sus orígenes en la conciliación de los intereses privados del propietario con las necesidades comunes y sociales, en un mayor o menor grado de sumisión de la propiedad privada a una función social. Así, la introducción en el ordenamiento jurídico brasileño de la idea de que la propiedad debe cumplir en su ejercicio una función social, confirma la adopción de un marco teórico jurídico en el cual es posible la conciliación de esta nueva concepción de propiedad privada con su naturaleza de derecho subjetivo, aspecto sobre el cual discurriremos detalladamente en el próximo apartado.

---

<sup>85</sup> DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Traducción POSADA, Adolfo. Granada: Colmares, 2007, p. 158. Véase también sobre la concepción realista de LEÓN DUGUIT: LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. “Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”. *Estudios de Deusto*. Vol. 25, enero/junio 1977, pp. 101 y ss. Críticamente se indica como punto débil de dicha corriente, entre otros, el considerar la función social como la superación de las doctrinas del abuso del derecho y de la limitación del derecho de propiedad, entendidas por DUGUIT como contradictorias.

<sup>86</sup> Profundizando en ello COLINA GAREA afirma sobre DUGUIT que éste “al dejarse llevar por sus convicciones ideológicas, su rechazo radical del individualismo jurídico y su gusto por el Derecho objetivo-positivo, exageró las consecuencias jurídicas que esas transformaciones sociales iban a producir en el ámbito normativo, Si bien es cierto que los esquemas liberales han sido totalmente superados y que la propiedad ya no puede ser configurada como un derecho subjetivo absoluto e intangible, no es menos cierto que (...) en la propiedad privada concurren los rasgos identificativos de la fisonomía esencial del derecho subjetivo. COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 178 y ss.

Así mismo, han causado un gran impacto e influencia en el panorama jurídico de la época, la promulgación de la Carta Constitucional mexicana de 1917 y la de la Constitución alemana de Weimar de 1919, pioneras en la identificación de una dimensión social a los derechos fundamentales<sup>87</sup>.

El Estado Social Demócrata, previsto en la Carta mexicana pasa a ser mejor definido posteriormente en la Constitución alemana de Weimar, la primera legislación en establecer la función de la propiedad privada, configurándola como un derecho cuyo uso debe servir al bien de la comunidad y destacando por primera vez que la propiedad es fuente de obligaciones para su propietario<sup>88</sup>. Precisas son las palabras de COLINA GAREA sobre la operatividad del citado precepto, del cual:

“(…) parece deducirse que la propiedad deja de ser concebida como un derecho natural, inviolable sagrado y de mera resistencia frente a la acción gubernamental, para quedar su ejercicio ligado (por obligaciones jurídicas) inescindibles al bien de la comunidad. Ligazón que legitima la imposición, en vía legislativa, de límites que, lejos de ser considerados excepcionales, se encuentran dentro de la normalidad. De esta manera, la Constitución alemana de 1919 pretende la consecución, en el ejercicio del derecho de propiedad, de un delicado equilibrio entre el interés individual y el bien social de la comunidad. Equilibrio que se pone de manifiesto cuando observamos que, por un lado la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero por el otro lado, se habilita a la ley para que limite y module su contenido; eso sí, siempre con base en la realización del bien de la comunidad”<sup>89</sup>.

A partir de la publicación de dichas leyes, de manera general, las constituciones de los distintos países occidentales elaboradas posteriormente, se encargarían, no solo de reconocer la propiedad como un derecho fundamental, sino también de determinar su contenido y sus límites, aunque de manera diversa y con distintos ámbitos de alcance<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. São Paulo: Renovar, 2008, p. 22.

<sup>88</sup> El art. 153 de la Constitución de Weimar prescribe: “La propiedad será garantizada por la Constitución. Su contenido y límites se deducen de las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamento de Derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la vía legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder, municipios, y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad”. Según RUZYK, la influencia que la concepción germánica ejerció sobre la doctrina y las legislaciones de otros países (incluido, en cierta medida, Brasil) acaba por ofrecer a la Constitución de Weimar una posición destacada en el examen de la función social de la propiedad. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 178.

<sup>89</sup> COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada...op. cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>90</sup> El movimiento de oposición al individualismo propietario se desarrolla en base a diversas corrientes de pensamiento jurídico-filosófico no abordadas en el presente estudio, en el cual se ha decidido tomar la

Centrándonos en el análisis de la reacción al individualismo propietario en el contexto brasileño, retomando lo anteriormente expuesto, el Código Civil francés de 1804 sirvió de inspiración directa en la elaboración del Código Civil brasileño de 1916, en el cual el derecho de propiedad venía caracterizado de manera absoluta e individualista, en consonancia con lo dispuesto en la Constitución de la República de Brasil de 1891<sup>91</sup>.

Así, en cuanto la disciplina normativa de la propiedad privada regulada por el derecho civil se desarrolló casi exclusivamente bajo la concepción liberal e individualista hasta principios de los años 2000; en el ámbito del derecho constitucional, la Constitución de Weimar, de corte social, influyó en la elaboración de distintos textos constitucionales brasileños posteriores al del año 1891. Sus principales efectos fueron la determinación de preceptos constitucionales reguladores del orden económico, de la positivación del sometimiento del interés privado al interés público y de la adopción de encargos competenciales orientados a la alteración del panorama social del país<sup>92</sup>.

Profundizando en lo dispuesto en los textos constitucionales brasileños posteriores al promulgado en 1891, la Constitución brasileña de 1934 fue promulgada durante el período político conocido como la 'Segunda República'. Presentando como gran innovación, con respecto a sus predecesoras, la introducción de un capítulo referente al 'Orden Económico y Social'. Además de eso, el referido marco propone un tratamiento jurídico diferente al derecho de propiedad, configurando un elemento expresivo en un contexto de reacción al individualismo propietario dominante en el ordenamiento brasileño<sup>93</sup>. En esta Constitución, el derecho de propiedad no se

---

doctrina de León Duguit y el constitucionalismo mexicano y alemán, como representantes de dicho fenómeno merecedores de exposición, en razón de la influencia que han generado en el panorama jurídico mundial y, de manera específica, en el brasileño. La concepción defendida por Duguit, es objeto de análisis por que nos proporciona conocimientos acerca de un entendimiento conformado en contraposición a los efectos derivados de la doctrina individualista, y las demás referencias, la mexicana y la alemán, son de interés en la medida en que han servido de inspiración normativa para la positivación en incontables textos constitucionales de la función social de la propiedad relacionada con encargos atribuibles a los Estados y a sus ciudadanos, de acuerdo con sus correspondientes ámbitos de actuación, en un contexto social, democrático y orientado por el derecho.

<sup>91</sup> En este sentido BERCOVICI afirma que el derecho de propiedad constante del Código Civil brasileño de 1916 no podría dejar de ser elaborado por la corriente doctrinaria liberal, bajo la influencia de la Pandectística y de lo dispuesto en el Código Civil de Napoleón. La propiedad, en el contexto brasileño, viene conceptualizada a través de su aspecto estructural, o sea, en cuanto estructura de derecho subjetivo del propietario. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 140.

<sup>92</sup> Para profundizar en los principales aspectos de la Constitución de Weimar véase POLIDO, Fabrício Pasquot. "A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da 'Função Social' dos direitos dos proprietários". *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 27, julio/septiembre 2006, pp. 3-47.

<sup>93</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica...op. cit.*, pp. 17 y 18. BERCOVICI señala que todas las constituciones brasileñas posteriormente elaboradas pasaran a incluir un capítulo sobre el Orden

considera más un derecho inviolable y absoluto, conforme se recogía en los textos constitucionales de 1824 y 1981. En ella se recoge expresamente la manifiesta necesidad de que su ejercicio se realizase en conformidad con los intereses sociales y colectivo<sup>94</sup>.

De manera específica, el art. 113 de la Constitución de 1934 determinaba en su apartado 17: “Se garantiza el Derecho de propiedad, que no podrá ser ejercido contra el interés social o colectivo, en la forma en que la ley determina. La expropiación por necesidad o utilidad pública se realizará en los términos de la ley, mediante previa y justa indemnización”<sup>95</sup> (traducción propia).

A consecuencia del contenido de tal precepto, se inaugura en Brasil un nuevo tratamiento jurídico constitucional al derecho de propiedad privada. Sobre este novedoso marco constitucional, ESCRIVÃO FILHO afirma que:

“Es posible observar una doble innovación en el trato constitucional de la propiedad: se inaugura el concepto de interés social y colectivo y se transfiere al titular del derecho de propiedad una responsabilidad con relación al ejercicio del derecho. De hecho, al propietario ya no se le concede aquella pasividad, ni la noción de plenitud aún presente en la Carta de 1891, que acaba, no obstante, por comunicarse con el Código de 1916”<sup>96</sup> (traducción propia).

Conforme a lo establecido en el marco constitucional de 1934, las leyes de desarrollo se encargarían de determinar el contenido y los límites del derecho de propiedad privada, confiriéndole un carácter más humano, dinámico, dotado de alguna

---

Económico y Social, en el que básicamente se abordaba la intervención del Estado en la economía y se reconocían derechos laborales. El primer texto constitucional en romper con dicha sistemática fue el promulgado en el año 1988, en el cual los derechos laborales venían determinados en un capítulo distinto del previsto para los Derechos Sociales.

<sup>94</sup> CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003, p. 63.

<sup>95</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julio de 1934. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Suplemento, de 16 de julio de 1934, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) (última consulta enero de 2015). Originalmente se determinaba en su artículo 113 apartado 17: “17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização”.

<sup>96</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Uma hermenêutica para o programa constitucional do trabalho rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p. 65. Originalmente: “É possível observar uma dupla inovação no trato constitucional da propriedade: inaugura-se o conceito de interesse social e coletivo, e transfere-se ao titular do direito de propriedade uma responsabilidade em relação ao exercício do direito. De fato, ao proprietário não se atribui mais aquela passividade, nem a noção de plenitude ainda presente na Carta de 1891, que acaba, no entanto, por se comunicar ao Código Civil de 1916”.

flexibilidad, capaz de atender con mayor eficiencia las nuevas exigencias sociales y los objetivos humanos superiores<sup>97</sup>.

Lamentablemente, las expectativas puestas en este texto constitucional no llegaron a realizarse en razón de la implantación del Estado Nuevo brasileño, régimen totalitario impuesto por Getúlio Vargas. Al tomar el poder en 1937, promulgó una nueva Carta Constitucional que retiraba del ámbito constitucional el condicionamiento del ejercicio del derecho de propiedad al interés social, otorgando competencia al legislador ordinario para regular totalmente el ejercicio del derecho<sup>98</sup>.

Condicionamiento semejante al ejercicio del derecho de propiedad retornaría al ámbito constitucional solamente con la promulgación de la Constitución de 1946, en los siguientes términos:

“Art. 141. (...)”

Párrafo 16. Se garantiza el derecho de propiedad, a excepción del caso de expropiación por necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante previa y justa indemnización en metálico (...).

Art. 147. El uso de la propiedad será condicionado al bienestar social. La ley podrá, observado lo dispuesto en el art. 141, párrafo 16, promover la justa distribución de la propiedad, con igualdad de oportunidades para todos<sup>99</sup> (traducción propia).

Bajo su vigencia, se emplea por primera vez en Brasil el término jurídico ‘función social de la propiedad’ en la Ley 4.505/64 – el Estatuto de la Tierra. Es con la promulgación de esta ley que se consolida en el país la expropiación por interés social, como reflejo de lo dispuesto en el texto constitucional anteriormente indicado, como medida orientada a dotar de eficacia la función social de la propiedad<sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.

<sup>98</sup> Ídem.

<sup>99</sup> BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 19 de septiembre de 1946, p. 13059. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm) (última consulta enero de 2015). Originalmente se recogía en su art. 141 párrafo 16: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro”. (...) Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

<sup>100</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Uma hermenêutica...op. cit.*, p. 69. Donde el autor explica que “De hecho, es con el Estatuto [de la Tierra] que en Brasil se consolida el instituto de la desapropiación por interés social – en los términos de la regulación prevista por el art. 141, párrafo 16 de la Constitución de 1946 – en su condición de mecanismo de eficacia de la norma que ahora otorga al derecho de propiedad una función social, identificándole, a su vez, con la justa distribución de la propiedad” (traducción propia). Originalmente: “De fato, é com o Estatuto que o Brasil consolida o instituto da desapropriação por interesse social – nos termos da regulamentação prevista pelo artigo 141, parágrafo 16, da Constituição

Pese al relativo avance representado por la promulgación del Estatuto de la Tierra, la función social de la propiedad no asume 'estatus' constitucional hasta la promulgación de la Constitución de 1967, calificándose en dicho texto como uno de los principios del orden económico, por el cual se buscaba orientar el ejercicio del derecho de propiedad a la realización de la justicia social, al menos a nivel discursivo, por medio del instituto de la expropiación para fines de reforma agraria<sup>101</sup>. Además de eso, el referido texto constitucional también innova al determinar los títulos de la deuda pública como posible forma de pago en procesos expropiatorios.

El art. 157 de la Constitución Federal de Brasil promulgada el año 1967 determinaba:

“El orden económico tiene por finalidad realizar la justicia social, con base en los siguientes principios: (...)

III- función social de la propiedad; (...)

Párrafo 1. Para fines previstos en este artículo, la Unión podrá promover la expropiación de la propiedad territorial rural, mediante el pago de previa y justa indemnización en títulos de la deuda pública, con cláusula de exacta corrección monetaria, rescatables en el plazo máximo de veinte años, en parcelas anuales sucesivas, asegurada su aceptación, en cualquier momento, como medio de pago de hasta cincuenta por ciento del impuesto territorial rural y como pago del precio de tierras públicas”<sup>102</sup> (traducción propia).

Conforme a este marco constitucional, afirma FERREIRA FILHO que la propiedad ya no se configuraba en los moldes de la concepción absoluta, romanística, sino con una función eminentemente social. Según dicho autor, es lo que se puede inferir del texto del artículo 157, apartado III, que implícitamente condena la

---

de 1946 – enquanto mecanismo de eficácia da norma que agora determina ao *direito de propriedade* uma *função social*, identificando-o, por seu turno, com a justa distribuição da propriedade”.

<sup>101</sup> Afirma FERNANDES que el Estatuto de la Tierra jamás fue implementado en Brasil, no pasando de una quimera. Según dicho autor, para viabilizar su política, el Estado mantuvo la cuestión agraria bajo el control del Poder central, imposibilitando a los campesinos acceder a la tierra, a la propiedad familiar; facilitando el acceso de aquellos que tenían interés en organizar propiedades rurales capitalistas de larga producción. De esa manera, el Estatuto de la Tierra se revelaba como un instrumento estratégico y contradictorio de control de los conflictos sociales relacionados con la redistribución de tierras, que también sirvió para legitimar las violentas acciones del Régimen Militar orientadas a la represión de dichos conflictos. FERNANDES, Bernardo Mançano. “O MST no contexto da formação camponesa no Brasil”. En STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 31 y 32.

<sup>102</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 24 de enero de 1967, p. 953. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm) (última consulta en enero de 2015). Originalmente se determinaba en su art. 157: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III – função social da propriedade; parágrafo 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de 20 anos, em parcelas anuais sucessivas. Assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas”.

concepción absoluta de propiedad, que se configura como derecho de usar, gozar y sacar provecho de una cosa, de modo puramente egoísta, sin considerar el interés ajeno y particularmente el de la sociedad. Reconociendo la función social de la propiedad, la Constitución de 1967 no negaba el derecho exclusivo del propietario sobre un bien, pero le exigía que su uso se realizase condicionado al bienestar general<sup>103</sup>.

Pese a los avances normativos introducidos en el texto constitucional de 1967, el principio de la función social de la propiedad no encontró efectividad práctica durante su vigencia, incumpliendo las expectativas que lo calificaban como impulsor de la “justicia social” y de un proyecto efectivo de reforma agraria<sup>104</sup>. Los sectores políticos y económicos conservadores de la época seguían encontrando amparo en el Código Civil de 1916 para ejercer la propiedad como un derecho absoluto e inviolable, sin cualquier vinculación al bienestar general y a los intereses de la colectividad.

Además de eso, el principio de la función social de la propiedad en el contexto jurídico constitucional de 1967, así como las tentativas de positivación de ideas similares en los anteriores textos constitucionales, se caracteriza por una desarticulación práctica que se explica por la no vinculación expresa de la función social de la propiedad a la definición del contenido jurídico de este derecho y la ausencia de regulación de las consecuencias derivadas de su incumplimiento, situación que permite calificar dichas tentativas como programáticas y teóricas. En este sentido, se puede afirmar que hay en todas las constituciones brasileñas una vinculación del principio de la función social de la propiedad privada a una genérica noción de bien común, que, no obstante, no logra alcanzar un nivel satisfactorio de definición<sup>105</sup>.

La promulgación de la Constitución Federal de Brasil de 1988 marca definitivamente el principio de la reacción al individualismo propietario en el panorama jurídico brasileño, en razón de que en dicho texto se buscó la realización efectiva del

---

<sup>103</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 166.

<sup>104</sup> MALDANER, Alisson Thiago. *O individualismo proprietário...op. cit.*, p. 65 a 67.

<sup>105</sup> Ídem. En este sentido RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos Fundamentais...op. cit.*, pp. 185-189. Dicho autor sigue explicando que el mayor problema puede ser que no esté propiamente en las múltiples acepciones que la apertura conceptual permite comprender – lo que podría, en una visión optimista, considerarse como una aptitud para ofrecer la necesaria maleabilidad conceptual para adaptarse a las diversas demandas de la sociedad en cada momento histórico – pero sí, en las pretensiones de ofrecer un sentido unitario a las nociones de bien común y de interés colectivo, con base en ideas de solidaridad como cohesión social que guardan similitudes con lo que informa el pensamiento positivista de Comte o Duguít.

principio de la función social de la propiedad urbana y rural, por medio de la definición de su contenido normativo mínimo<sup>106</sup>.

La promulgación de la Constitución de 1988 representó una perspectiva de cambio en el escenario democrático y de la tendencia patrimonialista característica del régimen propietario recogido en el Código Civil de 1916. El contexto jurídico de redemocratización, sugería la necesaria revisión de los antiguos dogmas y una respuesta más cercana a las grandes demandas sociales que evidenciaban los males de un modelo político, social y económico en aparente riesgo de saturación<sup>107</sup>.

Establecer de modo objetivo los fundamentos necesarios de una reforma era parte del ambiente de legitimidad que se buscaba construir durante la Asamblea Nacional Constituyente de 1988. No obstante, eso no significa que los grupos y las élites políticas, establecidas en la estructura y en los poderes del Estado desde los orígenes de Brasil como país independiente, no estuviesen en mayoría para discutir las materias que deberían ser objeto de reformas y cambios de paradigma<sup>108</sup>.

Conforme explican BONAVIDES y ANDRADE, con fundamento en el análisis de la composición de las votaciones en la Asamblea Nacional Constituyente, la mayoría constituyente era conservadora, posición que se reflejó en las votaciones de algunos puntos conflictivos del texto constitucional, entre ellos la cuestión de la tierra, de la propiedad privada y de la reforma agraria<sup>109</sup>.

No obstante, las presiones políticas y sociales sufridas por los constituyentes, debido a la participación popular, fueron relevantes en la construcción de un texto constitucional que regulaba algunas cuestiones de manera contradictoria, pero que abría posibilidades de interpretaciones jurídicas bastante amplias e incluso progresistas, en comparación con las legislaciones vigentes en aquella época, incluyendo en Código Civil de 1916<sup>110</sup>.

---

<sup>106</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Uma hermenêutica...op. cit.*, p. 70. Para quien dicho logro debe ser entendido en razón de la presión ejercida por los movimientos sociales durante el proceso constituyente de 1988

<sup>107</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. "*Reflexões sobre a codificação (...)*"...*op. cit.*, p. 297.

<sup>108</sup> Ídem.

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo y ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9ª Ed. Brasília: OAB, 2008, p. 478.

<sup>110</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. "*Reflexões sobre a codificação (...)*"...*op. cit.*, p. 297.

De manera general, el proceso constituyente de 1988 estableció las directrices para la adopción de un modelo de Estado de orientación social, sustituyendo, en teoría, el anterior marco jurídico-liberal por uno orientado a la consecución del bienestar colectivo. En este sentido señala MELLO:

“El Estado [conforme al modelo propuesto en la Constitución Federal de 1988] sobrepasa el papel de simple árbitro de la paz, del orden, de la seguridad, para asumir el objetivo más amplio y comprensivo de buscar, él mismo, el bienestar colectivo. No deja, como anteriormente, que el resultado brote - si eso ocurriese - como fruto del libre juego de las fuerzas privadas activas en la sociedad. El Estado pasa a coordinarlas, integrándolas en la consecución de dicho objetivo, ahora previsto como finalidad estatal, o sea, objetivo de toda la colectividad: individuos y poder público”<sup>111</sup> (traducción propia).

Es necesario reconocer, cautelosamente, que algunos cambios se han producido, “pero éstos no han sido suficientes para comprender la Constitución Federal de 1988 como el marco definitivo de la transformación estructural de Brasil”. Explican PONTES, MILANO y IWASAKI que, mediante el mantenimiento de la garantía del derecho de propiedad entre los derechos fundamentales y las garantías individuales, se buscó asegurar la base del modo de producción capitalista ya consolidado en el país. La vida, la libertad y la propiedad proclamadas en el mismo precepto constitucional, solamente han sufrido alguna reserva, en virtud de la aparición del principio de la función social de la propiedad. Cuya interpretación sistemática y teleológica, considerando los fundamentos, principios y objetivos del texto constitucional, le confiere un sentido diferente de cuando interpretado de manera aislada<sup>112</sup>.

Es verdad que el propietario, conforme a lo dispuesto en el texto constitucional de 1988, no posee las mismas prerrogativas históricamente mantenidas por el sistema patrimonialista civil. No obstante, la concretización de los cambios estructurales en la concepción del derecho de propiedad demandaba más que la enunciación de un nuevo estatus propietario. En razón de eso, fueron añadidas en el marco constitucional algunas obligaciones más específicas con el objetivo de contribuir a la consolidación de tal principio en el ordenamiento jurídico brasileño.

---

<sup>111</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”. *Revista de Direito Público*. Vol. 14, núm. 57/58, enero/junio 1981, p. 235. Originalmente: “O Estado ultrapassa o papel anterior de simples árbitro da paz, da ordem, da segurança, para assumir o escopo mais amplo e compreensivo de buscar, ele próprio, o bem-estar coletivo. Não deixa, como dantes, que tal resultado desponte – se despontar - como fruto do livre jogo das forças privadas atuante na sociedade. Passa a coordená-la, engajando-as na busca desta meta, havida, agora, como finalidade estatal, isto é, escopo de toda coletividade: indivíduos e poder público”.

<sup>112</sup> PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. “*Reflexões sobre a codificação (...)...*”...*op. cit.*, 298.

Conforme se expondrá más adelante en el presente estudio, la noción de funcionalización de la propiedad no significa la disminución o el vaciamiento de los poderes del propietario debida al aumento de las limitaciones, sino que, por efecto inmediato, indica un cambio de mentalidad.

### **I.1.3. La concepción social del derecho de propiedad**

Durante el proceso de elaboración de la Constitución brasileña de 1988, el país pasaba por un momento de entusiasmo democrático, imbuido por un espíritu conciliador a raíz del fin de la dictadura militar y del restablecimiento del régimen democrático. Lo que resultó en la promulgación de una Constitución que reúne aspiraciones e ideologías fruto de las más diversas corrientes políticas, sociales y jurídicas, en la cual se prevé “un mar casi ilimitado de derechos”<sup>113</sup>.

En este contexto, el apartado 22 del art. 5 – “De los derechos y deberes individuales y colectivos” –, y el apartado 2 del art. 170 – “De los principios generales de la actividad económica” –, ambos de la Constitución Federal, mantuvieron, como herencia de las constituciones anteriores el derecho de propiedad como un derecho fundamental; en otros preceptos, como por ejemplo el 219, la Constitución declara como prioridades la promoción del desarrollo y del bienestar social; el concepto ‘justicia social’ también es empleado en varios preceptos a lo largo del texto constitucional.

Otra nota característica de la actual Constitución Federal de Brasil es la expansión de la intervención constitucional en la esfera privada, o sea, la constitucionalización de temas típicos de derecho privado, con vistas a salvaguardar los intereses generales de la sociedad. Consecuentemente, como ocurre con otros derechos e ideales presentes en la Constitución, el derecho de propiedad convive y debe ser interpretado en armonía con una red de derechos y entendimientos históricos, políticos y culturales reconocidos en el actual marco constitucional.

La constitucionalización del derecho civil en Brasil surge como consecuencia inevitable de la naturaleza del Estado Social consagrado en la Constitución de 1988, cuyos objetivos fundamentales, conforme a lo dispuesto en su art. 3, son “constituir

---

<sup>113</sup> VERA, Flávia Santinoni. “A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil”. En TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti y PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 300.

una sociedad libre, justa y solidaria” con la disminución de las desigualdades sociales<sup>114</sup>. Sobre la evolución de dicho proceso en Brasil, LÔBO afirma:

“La comprensión que se tiene actualmente del proceso de constitucionalización del derecho civil no se resume en la aplicación directa de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, que es uno de sus aspectos. Es más profundo. El significado más importante es el de la aplicación directa de normas constitucionales, principalmente los principios, cualesquiera que sean las relaciones privadas, particularmente de dos formas: a) cuando no existe norma infraconstitucional, el juez deberá extraer de la norma constitucional todo el conjunto necesario para la resolución del conflicto; b) cuando la materia es objeto de norma infraconstitucional, ésta deberá ser interpretada en conformidad con las normas constitucionales aplicables. Por tanto, las normas constitucionales serán siempre aplicadas a cualquier relación privada, sea integralmente, sea por la conformación de normas infraconstitucionales”<sup>115</sup> (traducción propia).

Señala FACHIN que la ‘nueva carta constitucional’ brasileña trae en su interior una tentativa de producir alteraciones estructurales, proponiendo una reforma económica y social de tendencia nítidamente “intervencionista y solidaria”<sup>116</sup>. Mutaciones que tendrán reflejo en todo el sistema jurídico del país, afectando de manera directa el tratamiento jurídico de la propiedad<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística e Edificabilidade: o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca de cidades sustentáveis*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 75 y 76.

<sup>115</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. “A constitucionalização do direito civil brasileiro”. En TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20. Originalmente: “A compreensão que se têm atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não se resume a aplicação direta do direitos fundamentais às relações privadas, que é um dos seus aspectos. É mais profundo. O significado mais importante é o que o da aplicação direta das normas constitucionais, principalmente os princípios, qualquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz deverá extrair da norma constitucional todo o conjunto necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria é objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada de conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Por tanto, as normas constitucionais serão sempre aplicadas a qualquer relação privada, seja integralmente, seja por conformação de normas infraconstitucionais”.

<sup>116</sup> FACHIN, Luiz Edson y ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. “Aspectos da funcionalização da propriedade (...)”...*op. cit.*, p. 140.

<sup>117</sup> En España, de manera similar, la promulgación del actual texto constitucional también ha representado un cambio conceptual con relación al derecho de propiedad privado. La concepción de derecho de propiedad empleada en el art. 33 del texto constitucional español ha supuesto un momento de equilibrio entre el interés individual absoluto defendido y postulado en la concepción liberal-individualista y el interés sostenido por la concepción colectiva. La actual concepción constitucional española plasma un modelo ideológico de derecho de propiedad típico del Estado social y democrático de derecho, que supera las dos concepciones anteriormente indicadas. El texto constitucional español se ha limitado a reconocer la propiedad privada y no a definirla, la presupone en razón de una realidad y de un ordenamiento jurídico preexistente, definido abstractamente en el art. 348 del Código Civil español. En este sentido véase LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil...op. cit.*, p. 249. Para profundizar en la transición del Estado abstencionista demoliberal al Estado intervencionista de fondo social en el ámbito de la experiencia española consultar GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 30 y ss.

En el contexto constitucional actual, una nueva concepción de derecho de propiedad privada, de orientación social, se introduce por medio del articulado siguiente:

“TÍTULO II - DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

Capítulo I - De los derechos y deberes individuales y colectivos.

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:

(...)

22. Se garantiza el derecho a la propiedad;

23. La propiedad privada atenderá su función social;

(...)

TÍTULO VII - DEL ORDEN ECONÓMICO Y FINANCIERO

Capítulo I- De los principios generales de la actividad económica:

Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

(...)

2. propiedad privada ;

3. función social de la propiedad; (...)<sup>118</sup> (traducción propia).

Conforme al perfil propietario establecido en la Constitución, el derecho de propiedad sigue configurado como un derecho fundamental, que, no obstante, deberá ser ejercido en atención a su función social<sup>119</sup>. En las palabras de BERTAN:

“El derecho de propiedad está tutelado por la Constitución, pero los propietarios deben resignarse con el encargo social de tal derecho, que muchos espíritus denominan hipoteca social. La hipoteca genera un malestar al propietario y éste luego quiere librarse de ella. Pero, en este caso, se hace necesario estar siempre atento a la función social de la

---

<sup>118</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 5 de outubro de 1988, p. 1. Disponible en [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (última consulta enero de 2015). Originalmente: “TÍTULO II – DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos: Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...) TÍTULO VII – DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA. Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II. Propriedade privada; III. Função social da propriedade; (...)”.

<sup>119</sup> Contrastando con tal situación jurídica, la Constitución española remite directamente al legislador ordinario la función de delimitar el contenido del derecho de propiedad privada teniendo en cuenta su función social, completando de esa manera el interés individual del titular dominical (en el ejercicio de sus facultades de goce y disposición del bien) con la utilidad del bien objeto de derecho en beneficio de la colectividad, mediante el cumplimiento por el propietario de determinadas restricciones y deberes impuestos legalmente con el fin de que se atienda el interés general o público. DIÉZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. “*Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad (...)*...*op. cit.*, p. 1267.

propiedad, pues, para cumplirla, se hace fundamental un conjunto numeroso de preocupaciones que obliga al propietario a considerar el lucro como una necesidad relativa y aceptar los encargos, que con coraje y generosidad deben ser perseguidos”<sup>120</sup> (traducción propia).

Además de eso, conforme a lo dispuesto en el art. 170 de la Constitución, la propiedad privada y la función social de la propiedad se anuncian como principios del orden económico, configurados como “núcleos condensadores de directrices” ligados a la apropiación privada de los medios de producción y a la libre iniciativa, las cuales consubstancian el orden capitalista. Conforme a la retórica del constituyente de 1988, tales principios servirían para sistematizar la esfera de las actividades productivas y lucrativas, con vistas a la disminución de las desigualdades sociales. Consignarían, en última instancia, un conjunto de providencias constitucionales orientadas a la consecución de ‘justicia social’<sup>121</sup>.

Ahondando en este aspecto, GRAU afirma que se trata de principios constitucionales impositivos que cumplen una doble función: como instrumentos para la realización del objetivo de asegurar a todos una existencia digna; y como un objetivo específico a ser alcanzado<sup>122</sup>. Una parte mayoritaria de la doctrina ha ido más lejos, sosteniendo que la función social de la propiedad se instaura como verdadero principio constitucional, lo que permitiría su aplicación directa, como norma jurídica, y su utilización como criterio de ponderación en conflictos de valores envolviendo la propiedad privada<sup>123</sup>.

Otra cuestión que emerge del modelo propietario constitucional de 1988, es el reconocimiento de la multiplicidad del dominio en razón de la funcionalización del derecho de propiedad<sup>124</sup>. La doctrina civilista ya había apuntado en el sentido de la no

---

<sup>120</sup> BERTAN, José Neure. *Propriedade privada...op. cit.*, p. 119. Originalmente: “O direito de propriedade está tutelado pela Constituição, mas agora os proprietários devem se resignar com o ônus social de tal direito, que muitos espíritos tem chamado de hipoteca social. A hipoteca social gera um mal estar ao proprietário e este logo quer se livrar dela. Mas, neste caso, é preciso estar sempre atento com a função social da propriedade, pois, para cumpri-la, faz-se mister um conjunto múltiplo de preocupações que obriga o proprietário a por os lucros como uma necessidade relativa e aceitar os encargos, que com coragem e desprendimento devem ser perseguidos”.

<sup>121</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1259.

<sup>122</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 231 y 232.

<sup>123</sup> SCHREIBER afirma que en calidad de principio, la función social permea todo el ordenamiento jurídico, moldeando las relaciones patrimoniales, de cara a someterlas al atendimento de valores existenciales. SCHREIBER, Anderson. “Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 6, abril/junio 2001, pp. 171 y 172.

<sup>124</sup> La pluralidad de situaciones propietarias también ha sido objeto de reconocimiento en el ámbito de la Constitución española de 1979. Sobre dicho aspecto PAREJO ALFONSO afirma que la multiplicidad y variabilidad de las utilidades o funciones sociales con contenido económico y patrimonial de que son susceptibles las cosas o bienes, según su distinta naturaleza y propiedades, en la compleja y tecnificada

existencia de un único instituto jurídico de la propiedad<sup>125</sup>, sino de varios, regulados por regímenes jurídicos propios de acuerdo con la función que deban atender.

La Constitución reconoce que las diferentes funciones atribuibles a la propiedad en razón del bien objeto de derecho o del sujeto de derechos, generan situaciones propietarias distintas. Así, el texto constitucional de 1988 trató de diversas disciplinas propietarias, atento a las especificidades económicas del bien, su destino y sobre quien ostente su titularidad<sup>126</sup>. En él se encuentran menciones a la propiedad bajo diversas modalidades: el art. 170 apartado 2, indica la 'propiedad privada'; el art. 182, trata de la propiedad urbana; el art. 186 de la propiedad inmueble rural; el art. 5 apartado 29 hace referencia a la 'propiedad de marcas'; también se encuentran determinaciones sobre la propiedad empresarial, intelectual, industrial, autoral, etc. Sobre dicho aspecto ha señalado BASTOS:

“El concepto constitucional de propiedad es más amplio que aquél de que se sirve el derecho privado. Desde el punto de vista de la Ley Mayor fue necesario extender la misma protección, que, en principio, solamente se confería a la relación del hombre con las cosas, a la titularidad de explotación de inventos y creaciones artísticas de obras literarias (...)”<sup>127</sup> (traducción propia).

A cada 'tipo' propietario le corresponde un régimen jurídico distinto, por ejemplo, la propiedad urbana y la propiedad rural tienen parte de sus regímenes jurídicos determinados en el propio texto constitucional, en cuanto la propiedad industrial viene regulada en la Ley Ordinaria número 9.279/96. La distinción de regímenes trae como consecuencia la manera con que la función social actúa sobre el contenido de cada derecho, configurándolo y delimitándolo conforme al destino

---

sociedad de nuestros días, acaba conduciendo a una diversificación del régimen jurídico de la atribución, uso y disposición de aquéllos, es decir, en la descomposición de la institución dominical en una pluralidad de propiedades. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 1992, p. 261

<sup>125</sup> Se atribuye a PUGLIATTI el mérito de haber sistematizado las diferentes situaciones propietarias en PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. La teoría italiana fue recibida por la doctrina brasileña bajo la vigencia de la Constitución de 1967. En este sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Parecer sobre o projeto de lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano*. Brasília: Resolução do CNDU, 1982, p. 17; y GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 64; y SILVA, José Afonso da. “Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana”. *Revista de Direito Público*. Núm. 53-54, enero/junio 1980, p. 78.

<sup>126</sup> TEPEDINO, Gustavo. “Contornos constitucionais da propriedade privada”. En TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 270 y 271.

<sup>127</sup> BASTOS, Celso Ribeiro y MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 118 y 119. Originalmente: “O conceito constitucional de propriedade é mais lato sensu do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior foi necessário estender a mesma proteção, que, em princípio, somente era conferida a relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de invenções e criações artísticas de obras literárias (...)”.

concretado específicamente para el bien objeto de derecho<sup>128</sup>. No obstante, el derecho de propiedad, de un modo general, se reconoce y se garantiza en el art. 5 apartado 22, con un contenido mínimo esencial, límite éste que únicamente puede ser traspasado por la actuación expropiatoria<sup>129</sup>.

Específicamente en lo relacionado con las posibilidades de uso de la expropiación, son extremadamente pertinentes las enseñanzas de TÁCITO en el sentido de que no debe existir derecho individual dotado de tal fuerza que pueda oponerse a la supremacía social del destino de bienes y derechos a los fines públicos calificados en ley. Así mismo, afirma el autor, no debe existir poder expropiante dotado de tal potestad capaz de generar, aunque indirectamente, perjuicio o disminución patrimonial a los administrados<sup>130</sup>.

En este contexto, la regla de la justa indemnización, comprendida la expresión en su aspecto económico, será el punto de equilibrio entre esos dos valores: derecho individual y poder expropiatorio. En razón de esa garantía, la expropiación puede expandirse, en toda su plenitud, como instrumento moderno de justicia social y de política económica, sin violar la protección de derechos patrimoniales, rasgo distintivo de la formación constitucional brasileña<sup>131</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, en mayor o menor grado, la Constitución Federal de 1988 fue la responsable de la introducción en el ordenamiento jurídico brasileño de cambios significativos propuestos por las principales corrientes doctrinales relacionadas con la socialización del derecho de propiedad. Sin embargo, conforme ya se ha tenido la oportunidad de señalar, la promoción de dicha interpretación de los preceptos constitucionales se oponía

---

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico... op. cit.*, pp. 72 y 73.

<sup>129</sup> De manera similar, la Constitución española al reconocer la propiedad privada supone que para el constituyente este interés particular o privado merece protección por el ordenamiento, hasta el punto de contar con una garantía constitucional que protege el contenido esencial de este tipo de derecho subjetivo y que vincula a todos los poderes públicos, cuestión recogida en el art. 53.1 de la Constitución española. Para profundizar en la problemática que conlleva la identificación del contenido esencial del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico español véase la posición jurisprudencial fijada por medio de sentencia del Tribunal Constitucional (se refiere al derecho de huelga, recogido en el art. 28 de la Constitución española), que diseña la metodología que puede conducir a fijar el contenido esencial de un derecho. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 8). Recurso de Inconstitucionalidad 192/1980. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1981/11> (última consulta enero de 2015). En la doctrina, véase, entre otros GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. "El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978". *Criterio jurídico*. Núm. 7, 2007, pp. 289 y 290 y COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad... op. cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>130</sup> TÁCITO, Caio. "Problemas atuais da desapropriação". *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 120, abril/junio 1975, p. 13.

<sup>131</sup> Ídem.

totalmente a la realizada con fundamento en el Código Civil de 1916 vigente a la época de promulgación del nuevo texto constitucional. Por este motivo, no fue hasta la promulgación de un nueva ley general civil en el año 2002, que el tratamiento jurídico dispensado al derecho de propiedad privada pasó a recoger orientación normativa armónica con lo dispuesto en el ámbito constitucional.

El actual Código Civil regula el derecho de propiedad privada de acuerdo con el objetivo prioritario del principio de la función social de la propiedad previsto en la Constitución de 1988, que es la promoción de la dignidad humana. El art. 1.228 del Código Civil de 2002 dispone que:

“Art. 1.228. El propietario tiene el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa, y el derecho de reclamarla del poder de aquel que injustamente la posea o la detenga.

Párrafo 1. El derecho de propiedad debe ejercerse de acuerdo con sus fines económicos y sociales y de modo que sean preservados, de conformidad con lo dispuesto en ley especial, la flora, la fauna, la belleza natural, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, así como evitar la contaminación del aire y agua.

Párrafo 2. Son prohibidos los actos que no aportan al propietario cualquier comodidad o utilidad, y que tengan la intención de perjudicar a otros.

Párrafo 3. El propietario puede ser privado de la cosa, en los casos de expropiación, por necesidad o utilidad pública o interés social, y mediante solicitud, en caso de inminente peligro público.

Párrafo 4. El propietario también puede ser privado de la cosa si el inmueble reclamado consiste en gran superficie, en posesión ininterrumpida y de buena fe, por más de cinco años, de número considerable de personas, y éstas en él hubieran realizado, conjunta o separadamente, obras y servicios considerados por el juez de interés social y económico relevante.

Párrafo 5. En el caso del párrafo anterior, el juez determinará la justa indemnización al propietario; sufragado el precio, la sentencia tendrá valor como título para el registro de la propiedad en nombre de los poseedores”<sup>132</sup> (traducción propia).

---

<sup>132</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 11 de enero de 2002, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) (última consulta febrero de 2015). Originalmente se dispone en el art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Parágrafo 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Parágrafo 2º. São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. Parágrafo 3º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. Parágrafo 4º. O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Parágrafo 5º. No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Nótese que la idea conceptual del derecho de propiedad empleada en la actual ley general civil no ha cambiado significativamente con respecto a la presentada en el art. 524 del Código Civil de 1916, que determinaba: “La ley asegura al propietario el derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes, y de reivindicarlos del poder de aquel que injustamente los posea”<sup>133</sup>.

El empleo de formula casi idéntica a la anterior fue objeto de muchas críticas, los principales argumentos se centraban en la obsesión del legislador por preservar el texto del Código Civil de 1916 lo máximo posible, no solamente por sus ‘méritos’ sino también en razón del repositorio doctrinal y jurisprudencial ya constituido; y en segundo lugar, por tratar el legislador civil de 2002 solamente de materias ya totalmente consolidadas en la práctica jurídica brasileña, dejando fuera del marco normativo civil cuestiones actuales como la regulación de la unión estable entre parejas del mismo sexo y las relaciones contractuales realizadas en el ámbito de Internet, entre otros<sup>134</sup>. Aspectos estos que, según los críticos, han transformado el ‘nuevo’ Código Civil en una legislación anacrónica, obsoleta, inadecuada, e incluso, en algunos de sus aspectos, inconstitucional<sup>135</sup>.

También es posible que la dilatación en el tiempo del proceso de elaboración del texto civil, que tras 30 años de tramitación, durante los cuales se han alternado trabajos de elaboración y revisión con largos periodos de verdadero abandono, vino a tornarse vigente en enero de 2003; haya contribuido fuertemente a la consolidación de estas opiniones críticas.

Pese a eso, la inclusión en el párrafo 1 del art. 1.228 de una mención implícita al principio de la función social, fue recibida como un avance hacia la armonización de

---

<sup>133</sup> BRASIL. Lei 3. 071 de 1 de janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos de Brasil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 5 de enero de 1916, p. 133. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm) (última consulta febrero de 2015). Originalmente se recogía en el art. 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reave-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

<sup>134</sup> REALE, Miguel. “Visão geral do novo Código Civil”. *Revista dos Tribunais*. Vol. 808, febrero 2003, p. 13. Véase también del mismo autor “O novo Código Civil e seus críticos”. Disponible en <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm> (última consulta marzo de 2015).

<sup>135</sup> En la opinión de TEPEDINO, el Código elaborado peca, en rigor, doblemente: desde el punto de vista técnico, desconsidera las profundas alteraciones traídas por la Constitución de 1988, por la robusta legislación especial y, sobre todas las cosas, por la rica jurisprudencia consolidada en la experiencia constitucional de la última década. TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. En TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 9. Aún más contundente es la crítica proferida por FACHIN, para quien el Código Civil de 2002 realiza un retroceso legislativo en materias ya disciplinadas por leyes especiales. El autor opina que la racionalidad del Código no es compatible con el nuevo orden constitucional. FACHIN, Luiz Edson. “Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo”. *Revista Jurídica*. Vol. 51, núm. 304, febrero 2003, pp. 17-22.

los preceptos presentes en la ley general civil con las concepciones adoptadas en la esfera constitucional. En este sentido viene posicionándose la más respetada doctrina civilista brasileña, aquí representada en las palabras de VENOSA:

“Presentes están en estas disposiciones [las previstas en el párrafo 1 del art. 1.228] principios alejados del individualismo histórico que no solamente buscan cohibir el uso abusivo de la propiedad, sino que también procuran introducirla en un contexto de utilización para el bien común. (...) Las vigas maestras para la utilización de la propiedad están en la Ley Mayor. Compete al legislador ordinario encontrar el justo equilibrio entre lo individual y lo social. Compete al juez, como hemos visto, traducir ese equilibrio y frenar los excesos en el caso concreto, siempre que necesario. Equilibrio no es conflicto, equilibrio es armonización.”<sup>136</sup> (traducción propia).

Siguiendo en el análisis del actual modelo propietario brasileño, pasamos a revisar los caracteres del derecho de propiedad, que conforme a la doctrina civilista clásica están representados por las notas de absolutismo, exclusividad y perpetuidad<sup>137</sup>.

Según dicha doctrina, el derecho de propiedad se considera un derecho absoluto en tanto que es oponible *erga omnes*, y por ser el más completo de todos los derechos reales que de él despliegan. También por el hecho de que su titular puede disfrutar y disponer del bien cuando le convenga, quedando sujeto a los límites impuestos en la ley constitucional y en las leyes ordinarias, “en favor del interés público o de la colectividad, y también en atención a otros valores preponderantes, como por ejemplo los relativos a la propia subsistencia humana y al derecho a una vivienda”<sup>138</sup>.

En sus enseñanzas DINIZ recalca que, en la actualidad, dicho carácter se encuentra matizado si se compara con el presentado por el Derecho romano. El carácter absoluto del derecho de propiedad debe ser entendido dentro del ámbito en el que la norma jurídica permite su movimiento y desarrollo. Sigue la autora explicando

---

<sup>136</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 174 y 175. Originalmente: “Presentes estão nessas dicções princípios afastados do individualismo histórico que não somente buscam coibir o uso abusivo da propriedade, como também procuram inseri-la no contexto da utilização para o bem comum. (...) As vigas mestras para a utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimo, traduzir esse equilíbrio e aparar os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização”.

<sup>137</sup> Véase GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Vol. XI, Tomo I. 2ª Ed, São Paulo: Max Limonad, 1957; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Direito das coisas*. Vol. V. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 210 y 211; y DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV. Direito das coisas. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116.

<sup>138</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 210.

que en este sentido debe ser interpretado lo dispuesto en el art. 1.231 del Código Civil brasileño, en el cual se determina que “la propiedad se presume plena y exclusiva, hasta que se demuestre lo contrario”<sup>139</sup>.

Del contenido del referido precepto se puede extraer otro de los caracteres del dominio: la exclusividad, que surge como consecuencia del principio de que una misma cosa no puede pertenecer con exclusividad y simultaneidad a dos personas o más. El derecho sobre un determinado bien excluye el derecho de otro sobre este mismo bien. La doctrina brasileña es rápida en aclarar que en el caso de los condominios (o comunidades) la exclusividad sigue presente, ya que los condóminos son, conjuntamente, titulares del derecho. El condominio implica una división abstracta de la propiedad, pues cada condómino tiene una cuota ideal del bien<sup>140</sup>.

En razón de su naturaleza de derecho real, el dominio es exclusivo porque el derecho de su titular se ejerce sin concurrencia de otro, quedando su titular facultado para excluir a terceros de la utilización de la cosa. Así, la oponibilidad *erga omnes* se manifiesta como un atributo de la exclusividad<sup>141</sup>. En este contexto, la plenitud del derecho de propiedad se deriva de la libertad que posee el propietario para usar el bien como le plazca, una vez observadas las restricciones legales, evitando su utilización abusiva y atendiendo a su función socioeconómica<sup>142</sup>.

Por último, se puede añadir que el derecho de propiedad es perpetuo, en el sentido de que el dominio subsiste independientemente de su ejercicio, mientras no sobrevenga causa extintiva legal o derivada de la propia voluntad del titular. Tal perpetuidad no significa que el bien deba, siempre, pertenecer al mismo titular, ya que “los hombres suelen durar, por lo general, menos que aquellos bienes de que son dueños”<sup>143</sup>. La perpetuidad comprende la posibilidad de su transmisión, haciendo con que la propiedad perdure por un tiempo indefinido, una vez que el adquirente es sucesor del transmitente, a título singular o universal, recibiendo, pues, todos los

---

<sup>139</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p.116.

<sup>140</sup> Ídem. En igual sentido, RODRIGUES explica que la noción de exclusividad del dominio solamente choca en apariencia con el concepto de condominio. Que cualquier contradicción queda eliminada al entenderse que el derecho de propiedad es único pero se subdivide en varios consortes, en caso de comunión. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das coisas...op. cit.*, p. 80.

<sup>141</sup> Véase MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. III. *Direito das coisas*. 42ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176 y LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Direito civil*. Vol. VI. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 254.

<sup>142</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p.116.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 117. Originalmente: “os homens costumam durar, geralmente, menos que aqueles bens de que são donos”

derechos sobre la cosa transmitida<sup>144</sup>. A estos caracteres GOMES añade el de la elasticidad ya que el derecho de propiedad puede ser distendido o contraído, en su ejercicio, conforme se le sumen o se retiren facultades destacables<sup>145</sup>.

Siguiendo la fórmula empleada en su antecesor, el actual Código Civil no presenta un concepto de derecho de propiedad, sino que se llega a él por medio de la descripción de su contenido, representado por las facultades de uso, goce, disposición y reivindicación, en correspondencia con los elementos constitutivos del derecho de propiedad romano: *Jus utendi, fruendi y abutendi* y la *rei vindicatio*.

No obstante eso, PEREIRA llama la atención sobre el hecho de que el derecho de propiedad no es la suma de estos caracteres, sino que comprende el poder de actuar diversamente con relación al bien, usando, gozando o disponiendo de él. Este autor sigue explicando que dichos elementos pueden encontrarse concentrados en un único sujeto, en caso de que la propiedad sea plena, o desmembrarse, cuando se transfiere a otro sujeto alguno de sus atributos; indicando el autor como ejemplo de eso, los casos en que se constituye un derecho real de usufructo, en el que el propietario posee el dominio eminente, pese a que el uso del bien pase al contenido patrimonial de otro sujeto, que ostentará su dominio útil<sup>146</sup>.

Con el fin de aclarar mejor los conceptos arriba indicados, entendemos de utilidad hacer una breve revisión de los elementos constitutivos del dominio, conforme a la doctrina tradicional civilista brasileña:

1. Facultad de usar (*jus utendi*): Consiste en la facultad de poner la cosa a servicio de su titular, sin modificar su sustancia<sup>147</sup>. El propietario puede emplearla en su propio beneficio o en el de otro sujeto, así como dejar de utilizarla, guardándola o manteniéndola inerte. Señala PEREIRA que usar el bien no consiste en solamente retirarle ventajas, sino también en tenerlo en condiciones de servir a otros individuos<sup>148</sup>. De manera complementaria, DINIZ afirma que el *jus utendi* es la facultad

---

<sup>144</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil...op. cit.*, p. 1647.

<sup>145</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21ª Ed. Revisada y actualizada por FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 105. Véase también MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil...op. cit.*, p. 182.

<sup>146</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direitos reais. Vol. IV. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 159 y 160.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 161. En sentido similar DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p.114.

<sup>148</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil...op. cit.*, p. 161.

de usar el bien, pero siempre de acuerdo con las restricciones legales, con el fin de evitar el abuso de derecho, limitándole, por tanto, al bienestar de la colectividad<sup>149</sup>.

2. Facultad de goce: Expresa el sentido de percibir los frutos de la cosa, sean naturales, como por ejemplo las cosechas de productos agrícolas; o los civiles, como el alquiler de una vivienda<sup>150</sup>. Dicha facultad queda reforzada por lo dispuesto en los preceptos del Código Civil siguientes: art. 92, la existencia del accesorio supone la del principal, y art. 1.232, el dueño de lo principal será también de lo accesorio, pues “los frutos y otros productos de la cosa pertenecen, aún cuando estén separados, a su propietario, salvo si, por precepto jurídico especial, se confirieran a otro”<sup>151</sup>.

3. Facultad de disposición: La doctrina civilista brasileña considera el *jus abutendi* o *disponendi* la facultad más importante del derecho de propiedad, que consiste en el poder de consumir la cosa, de alienarla, de gravarla y de someterla al servicio de otros. Así, MONTEIRO enseña por medio de ejemplos que:

“(…) usar una vivienda es habitarla; gozar de ella significa alquilarla; abusar o disponer de ella, sería demolerla o venderla. Hacer uso de un cuadro es emplearlo en la ornamentación de una vivienda; gozar de él, exhibirlo en una exposición cobrando retribución económica; disponer de él, destruirlo o alienarlo”<sup>152</sup> (traducción propia).

4. Facultad reivindicatoria: Es corolario de las anteriores facultades o elementos constitutivos del derecho de propiedad, ya que conforma su protección específica, concretada a través de la acción reivindicatoria<sup>153</sup>. Esta acción, ejercible *erga omnes* tiene por objetivo reclamar la cosa de manos de aquél que injustamente la posea. Carecería de sentido lógico el sistema jurídico conceder al propietario el poder de usar, gozar y disponer del bien o cosa, y le negar el derecho de recuperarla del individuo que injustamente tomar su posesión.

---

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p.114.

<sup>150</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 212.

<sup>151</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 11 de enero de 2002, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm) (última consulta febrero de 2015). Originalmente: “Art. 1.232. Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

<sup>152</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil...op. cit.*, p. 181. Originalmente: “(…) usar de uma casa é habitá-la; dela gozar, alugá-la; dela abusar ou dispor, demoli-la ou vendê-la. Usar de um quadro é empregá-lo na ornamentação da casa; dele gozar, exhibi-lo em exposição a troco de dinheiro; dele dispor, destruí-lo ou aliená-lo”. El autor sigue explicando que el *jus abutendi* corresponde al *abusus* de los romanos, pero que dicho termino no debe ser entendido en sentido antisocial, comparable al hecho ilícito. Al revés, entre los romanos, el ejercicio del derecho de propiedad estaba subordinado a las exigencias del bien común. La palabra no era empleada en sentido vulgar, sino derivada del poder de alienar, del poder de consumir, en suma, la idea de disposición.

<sup>153</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 213.

Así mismo, se hace necesario realizar un breve repaso de las limitaciones al derecho de propiedad privada previstas por el legislador infraconstitucional con carácter privado, consagradas en la ley en razón de intereses privados o particulares, y con carácter público, dictadas de acuerdo a intereses de la colectividad.

Las limitaciones al derecho de propiedad de carácter privado vienen determinadas en el Código Civil y hacen referencia a: a) Reglas de vecindad: previstas en los arts. 1.277 a 1.313 de la norma civil; b) Servidumbres prediales: previstas en los arts. 1.378 a 1389 del Código Civil; c) Disposiciones protectoras de la familia: la prevista en el art. 550 del Código Civil que imposibilita la donación de cónyuge infiel a su cómplice; y d) Las que culminan con pena de nulidad para la donación de todos los bienes, sin reserva de parte, o renta suficiente para la subsistencia del donante: recogida en el art. 548 del Código Civil.

Las limitaciones impuestas al derecho de propiedad en razón del interés público se presentan en la doctrina divididas en dos ámbitos distintos:

1. Limitaciones constitucionales determinadas en el texto constitucional. Entre ellas destacamos el apartado 24 del art. 5, que asegura la expropiación por necesidad, utilidad pública o interés social; el apartado 23, que orienta la propiedad a su función social; el art. 184, que permite la expropiación de inmueble rural que no cumpla su función social, para fines de interés social; el art. 182, apartado 4, que faculta al poder público municipal, mediante ley específica, para exigir, en los términos de la ley federal del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado, que se promueva el adecuado aprovechamiento del bien, etc.<sup>154</sup>.

2. Limitaciones administrativas y legales. Por medio de leyes especiales el derecho de propiedad privada sufre limitaciones orientadas a la protección del patrimonio histórico, la fauna, la flora, el equilibrio ecológico, etc. Existen, así mismo, limitaciones de orden militar que dictan respecto a la seguridad nacional, regulando, por ejemplo, la requisición de bienes particulares necesarios a las Fuerzas Armadas de Brasil, en casos de emergencia y defensa nacional. El Código Electoral también dispone sobre el uso de la propiedad privada, al permitir la requisición de bienes para la realización de elecciones<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 192.

<sup>155</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil...op. cit.*, p. 182.

### **I.1.3.1. El derecho de propiedad privada y su configuración como un derecho fundamental en la actual Constitución Federal de Brasil: reflexiones desde el marco constitucional español**

Es sabido que la configuración del nivel de protección del derecho de propiedad en un texto constitucional es una de las tareas más complejas del ámbito jurídico constitucional, considerando que el derecho de propiedad privada representa la base que sostiene el funcionamiento del sistema económico de un país, y al mismo tiempo, puede transformarse en un obstáculo para la efectividad de diversos valores constitucionales, tales como el derecho a la ciudad, el derecho a vivir en un ambiente equilibrado, el acceso a los derechos sociales, el acceso a la vivienda y al suelo, entre otros tomados del contexto constitucional brasileño.

Conforme se ha indicado en el anterior apartado, pese a los avances correspondientes a la previsión en el texto constitucional de la función social del derecho de propiedad privada en Brasil, tal derecho recibe la consideración de fundamental, vinculado al mismo nivel constitucional que los derechos a la vida, a la igualdad, a la libertad y a la seguridad de los ciudadanos de Brasil, conforme a lo dispuesto en el art. 5 del texto constitucional, ubicado en el “Capítulo I. De los derechos y deberes individuales y colectivos”, del “Título II. De los derechos y garantías fundamentales”<sup>156</sup>.

La más autorizada doctrina constitucional brasileña justifica tal situación señalando que la propiedad siempre ha sido justificada en su existencia como institución garantizada por el derecho como medio para proteger al individuo y su familia contra las necesidades materiales, o sea, como forma de promover la

---

<sup>156</sup> El tenor literal del Art. 5 determina que “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos”. Sobre la segunda parte de dicho precepto, en el cual se asegura a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos de los apartados integrantes del artículo, SILVA es tajante al afirmar que esta parte del dispositivo mantiene un tradición obtusa e inadecuada, careciendo de sentido indicar en este artículo que la Constitución asegura a los brasileños los derechos en ella recogidos, pues la Constitución se elabora en Brasil y para los brasileños, exactamente con el fin de asegurarles todos los derechos en ella positivados. Así mismo el autor la califica de limitativa en relación con los extranjeros residentes en el país, como si a éstos solamente se les reconocieran los derechos recogidos en el art. 5, como si, por ejemplo, a ellos les fuesen negados los derechos sociales, constantes en distintos artículos constitucionales. Además, observa el autor, que el precepto asegura “la inviolabilidad del derecho a la vida (...) en los siguientes términos”, pero, en los términos siguientes, constantes de los apartados, nada más se dice con respecto a la vida, y sí sobre la vida privada, que no es el derecho a la vida, sino el derecho a la privacidad. Según el autor, muchas otras observaciones se podrían realizar con respecto al carácter obtuso de esta parte del art. 5, en razón de una tradición que, desde la Constitución de 1934, perdió su razón de ser, porque, desde entonces, otros derechos fundamentales fueron recogidos y reconocidos a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país, además de los individuales y de sus garantías. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 192 y 193.

subsistencia individual y familiar y, consecuentemente, la dignidad de la persona. Con fundamento en esta condición especial que conlleva, la propiedad privada debe seguir configurada como un derecho fundamental. En este sentido MOREIRA resalta que:

“(…) el hombre no puede sobrevivir, constituir familia, tener seguridad, si no esta autorizado a adquirir bienes y poseerlos. La subsistencia del hombre, la prosperidad y el engrandecimiento de sus gérmenes que la mano de la Providencia depositó en su corazón, dependen esencialmente de las riquezas materiales”<sup>157</sup> (traducción propia).

No obstante la posición adoptada en el marco constitucional brasileño, también es sabido que en la actualidad la protección de la libertad individual y de la subsistencia o supervivencia de los individuos y de sus familias ya no depende, únicamente, de la propiedad de los bienes materiales, englobando otros bienes de valor patrimonial, como por ejemplo los derechos laborales o los relativos a la seguridad social<sup>158</sup>.

En este sentido parece haberse posicionado el legislador constitucional español al indicar el derecho de propiedad, recogido en el art. 33 de la Constitución española, en la sección que trata de los derechos y deberes de los ciudadanos. Pese a que en el ámbito doctrinal la cuestión no se presenta de forma unánime y pacífica<sup>159</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, máximo interprete de la Constitución, en la sentencia 166 de 19 de diciembre de 1986, se ha posicionado en el sentido de que el derecho de propiedad es un derecho no fundamental, en los términos siguientes:

“Se puede indicar que el derecho de propiedad es un derecho no fundamental, lo que repercutirá también en su régimen jurídico de defensa y garantía. Pues un derecho fundamental (de la personalidad) no admite una conversión pecuniaria, no está en su

---

<sup>157</sup> MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 58. Originalmente: “(...) o homem não pode sobreviver, constituir família, ter segurança, se não está autorizado a adquirir bens e possui-los. A subsistência do homem, a aculturação e o engrandecimento de seus germens que a mão da Providencia deposito em seu coração, dependem essencialmente das riquezas materiais”.

<sup>158</sup> COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. En STROZAKE, Juvelino José (org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130.

<sup>159</sup> Por un lado, parte de la doctrina entiende que el derecho de propiedad se configura como un derecho fundamental en ámbito constitucional. En este sentido, JIMÉNEZ CAMPO: “El concepto de derecho fundamental en nuestro ordenamiento es el que, por contraste con lo dispuesto en el número 3 del artículo 53 CE, deriva del número 1 del mismo artículo; vale decir, derechos resistentes, en su ‘contenido esencial’ a la acción legislativa. Sólo por eso merecen la calificación de ‘fundamentales’ todos los derechos enumerados en el capítulo segundo del título 1, tanto en la sección 1 como en la sección 2. La pudorosa distinción que la jurisprudencia constitucional viene haciendo, desde la STC 16/1981, FJ 10, entre ‘derechos fundamentales’ y ‘derechos constitucionales’ reconocidos en aquel título (estos últimos, los declarados en la sección 2) carece de sentido jurídico”. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: conceptos y garantías*. Madrid: Trotta, 1999, p. 23. También adopta posición similar BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 248.

'esencia', es contrario a su naturaleza, de manera que no tiene esa dimensión social tan acusada que posee el derecho de propiedad"<sup>160</sup>.

Así, en el marco jurídico-constitucional español, el derecho de propiedad privada se sitúa en dos contextos: por un lado, vinculado a los preceptos garantizadores del pleno desarrollo de la personalidad humana, sin sobreponerse a ellos en cualquier situación, dada su condición de 'derecho constitucionalmente menor'; y por otro lado, en la esfera de los preceptos que configuran el modelo económico constitucional<sup>161</sup>.

Entendido el derecho de propiedad bajo este prisma, no se niega su posición como uno de los derechos de mayor importancia a la hora de fundamentar el orden político y social de convivencia. De lo que se trata, fundamentalmente, es de exponer que este derecho no aparece en el orden constitucional español adornado con todas las garantías constitucionales reservadas para la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

El tratamiento dispensado a la materia derecho de propiedad por el texto constitucional español, pone en tela de juicio las implicaciones que conllevan considerar o no dicho derecho entre los derechos fundamentales de los ciudadanos de una nación. Considerando que en el orden constitucional brasileño la propiedad privada se alza como un derecho fundamental, esta diferencia de tratamiento nos conduce por el camino de una reflexión acerca de dicha consideración jurídica y de sus efectos en la consolidación del derecho de propiedad como un derecho socializado.

---

<sup>160</sup> ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 4). Cuestión de Inconstitucionalidad 704/1984. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/docs/BOE/BOE-T-1987-161.pdf> (última consulta enero de 2015). En igual sentido disponen las sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de noviembre de 1987, 18 de abril de 1988 y 21 de abril de 1988, en las cuales se reafirma la adopción por parte de dicho tribunal de una concepción restringida de los derechos fundamentales, que los identifica con los derechos incorporados solamente en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución.

<sup>161</sup> En este contexto, y en la misma línea que el Tribunal Constitucional de España, PARADA VÁZQUEZ enseña que: "Nuestra Constitución no considera el derecho de propiedad como un derecho fundamental, de naturaleza preconstitucional, regulable sólo por Ley orgánica y susceptible de amparo directo, sino que siguiendo la tradición de la Constitución de 1931, la incluye entre los derechos económicos y sociales (...). La evolución de la configuración constitucional de la propiedad se cierra en el artículo 33 de la Constitución de 1978, al menos semánticamente con un compromiso en que al lado del reconocimiento explícito de la propiedad privada y del carácter garantista de la expropiación, se afirma la función social de la propiedad y se rebaja, como se dijo, el carácter del derecho de la propiedad que pasa a ser un derecho constitucionalmente menor, incluido entre los derechos económicos y sociales y, por ello, regulable por ley ordinaria y carente de la protección del amparo constitucional". PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. "El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria". En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 1271 y 1276. Así mismo, MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada...op. cit.*, pp. 161 y 162.

En el proceso reflexivo que aquí se inicia, nos centraremos en el análisis de los siguientes aspectos: el nivel de garantía constitucional atribuible al derecho de propiedad privada en razón de su configuración como un derecho fundamental y el efecto que tal condición pueda tener sobre la efectiva socialización de este derecho en el ordenamiento brasileño.

En un sistema constitucional como el brasileño, en el cual se prevé un amplio rol de derechos fundamentales positivados con base en ideologías e intereses heterogéneos, los choques y conflictos entre derechos fundamentales, por la prevalencia de uno(s) sobre otro(s), son muy comunes. En el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño, tal situación se agrava dado que la actual Constitución Federal se promulgó sin que una teoría acerca de los derechos fundamentales estuviera desarrollada en el país, lo que históricamente ha generado un déficit de interpretación y concretización con relación a este ámbito del ordenamiento constitucional<sup>162</sup>.

La etapa anterior a la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se caracteriza por el abandono de las normas constitucionales en la solución de las controversias acerca del patrimonio de particulares. Durante este periodo, Constitución y Código Civil no dialogaban entre sí, de modo que tales cuestiones no llegaban a ser apreciadas por el Supremo Tribunal Federal brasileño, bajo el prisma del derecho constitucional. Desprovistas de eficacia normativa, las normas constitucionales eran consideradas como mero programa, sin contenido vinculante. Cuando eran invocadas, se presentaban como límite a las normas infraconstitucionales<sup>163</sup>.

Con la promulgación de la actual Constitución Federal y con el amplio debate político derivado de su elaboración, los juristas brasileños empezaron a preocuparse algo más en conferir efectividad a las normas constitucionales. Sin embargo, tal perspectiva no produjo inmediatamente el reconocimiento por parte del Supremo Tribunal Federal, de la aplicación directa de las normas constitucionales en el ámbito

---

<sup>162</sup> SILVA recuerda que el derecho constitucional anterior al promulgado en 1988 se estructuraba en torno a la articulación de cuestiones relacionadas con la organización estatal del país, muchos más que con relación a la previsión de derechos fundamentales. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

<sup>163</sup> TEPEDINO, Gustavo. "Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras". *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Núm. 28 y 29, julio/diciembre 2008, p. 191. El autor sigue explicando que el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de su eficacia, independientemente de la promulgación de legislación infraconstitucional de desarrollo, en las relaciones jurídicas de derecho privado, viene consolidándose, poco a poco, en los tribunales brasileños. Un claro ejemplo de esta nueva situación, afirma el autor, puede ser identificado en la decisión proferida por la Segunda Turma del Supremo Tribunal Federal en 2005, que consolidó el entendimiento de que los derechos fundamentales asegurados por la Constitución vinculan directamente, además de los poderes públicos, los particulares.

de las relaciones patrimoniales<sup>164</sup>. Pese a la manifestación, ya en esta época, de posiciones contrarias a la calificación de las normas constitucionales como meramente programáticas, la ampliación de su eficacia no se extendió al derecho civil, donde estos preceptos fundamentales permanecieron considerados como dotados de eficacia limitada y cuya aplicación por el Poder judicial dependía de la promulgación de normas infraconstitucionales.

Tal situación no afectaba a la condición y al estatus del derecho de propiedad, que seguía configurado como un derecho absoluto bajo la protección del Código Civil de 1916, sino que tenía claros reflejos sobre la efectividad de otros derechos y principios también considerados fundamentales en el marco constitucional. Entre ellos el principio de la función social de la propiedad privada urbana, cuya eficacia, según este entendimiento, quedaba limitada, pendiente de la promulgación de regulación normativa de desarrollo, que no llegó a materializarse hasta el año 2001 con la promulgación del Estatuto de la Ciudad.

Durante el lento proceso de afirmación de la supremacía de principios constitucionales ante el ordenamiento infraconstitucional, se fue consolidando el entendimiento de que los conflictos entre derechos fundamentales deben ser resueltos por el método de la ponderación de los objetos de derecho confrontados en el caso concreto. Así, se deja a cargo del juez de primera instancia decidir sobre la realización práctica, en el caso concreto, de valores constitucionales opuestos, permitiendo la anulación completa de un derecho fundamental por otro, en los casos en que los valores constitucionales no encuentren un punto armónico de coexistencia<sup>165</sup>. Esta situación también ha contribuido al mantenimiento de la supremacía del derecho de propiedad privada ante otros derechos y principios fundamentales menos tradicionales y más difusos como por ejemplo, el principio de la dignidad de las personas, el principio de la función social de la propiedad, o el derecho a una vivienda digna<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>165</sup> La mejor doctrina recomienda que al método de ponderación de bienes preceda una tentativa de armonización entre los valores constitucionales, denominada “búsqueda por la concordancia práctica”, la cual evitaría la anulación integral de la efectividad de un derecho fundamental en virtud de otro. Pese a que los propios defensores del método de la ponderación en concreto admitan la importancia del proceso de optimización de los derechos fundamentales, éste prácticamente se reduce a la realización y aplicación del principio de la proporcionalidad en sentido amplio. Para profundizar en la problemática véase ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traducción SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>166</sup> Véase ALFONSIN, Betânia y FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004; y SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

Un ejemplo de dicha situación se puede extraer del trato que aún hoy recibe la propiedad inmobiliaria urbana o rural, considerada, casi exclusivamente, como un bien de producción y no de uso, en otras palabras, susceptible de utilización colectiva o social. Situación que se puede verificar en base al comportamiento reproducido por el Estado brasileño en los casos de ocupación de propiedades urbanas o rurales (áreas privadas y públicas), bastante comunes en las últimas décadas. El Estado viene actuando mayormente a favor de los propietarios, muchas veces utilizando el propio principio de la función social de la propiedad para justificar la hegemonía de la propiedad privada y valiéndose de la fuerza policial para desalojar las familias o los trabajadores rurales que las han ocupado como última medida ante la histórica falta de medios que les posibilitan el acceso a una vivienda digna o el mantenimiento de las pequeñas propiedad rurales familiares<sup>167</sup>.

En este contexto también se puede ubicar la cuestión de la resistencia o dificultad del poder judicial en general, y de los jueces de primera instancia de manera específica, a la hora de aplicar el principio de la función social de la propiedad ante situaciones concretas en que el derecho de propiedad privada se encuentra en tela de juicio. Sobre dicha problemática, DALLARI es tajante al afirmar que:

“(…) la propia idea de función social de la propiedad ya debería dar lugar, hoy, en el poder público a una serie de actuaciones y medidas en beneficio de la colectividad. No obstante, esto ha encontrado una resistencia total del Poder Judicial. Rarísimas son las excepciones (...). En general, el Poder judicial no presta la más mínima atención al principio de la función social de la propiedad. Es como si no existiera. Nosotros tenemos conocimiento de que la ley no contiene palabras inútiles y mucho menos la Constitución. Cuando la Constitución afirma el principio de la función social de la propiedad, esto tiene que tener algún significado y repercusión en el mundo jurídico”<sup>168</sup> (traducción propia).

---

<sup>167</sup> Oportuno traer a colación los comentarios elaborados por TEPEDINO y SCHREIBER acerca de la concesión de medida cautelar favorable a la reintegración de la posesión de una propiedad rural a una empresa industrial en detrimento del grupo de familias integrantes del movimiento social “MST-Movimiento Sin Tierras”. Se afirma que las medidas cautelares que se vienen concediendo en estos casos, aunque no sea la intención de los jueces, acaban se transformando en verdaderas “cartas blancas” para que el poder ejecutivo, con su efectivo militar, realice desalojos violentos. Siguen explicando los autores que para los ricos, las soluciones del judicial y ejecutivo son rápidas, los gastos son abultados para justificar una modernidad que nunca llega. Y contra los pobres los gobernantes son violentos. El Gobierno federal, o difama a los integrantes del MST acusándoles de plantar marihuana, u ofende a todo el país llamando a su población de vaga. El Gobierno de los estados no es menos violento con los pobres. En Brasil, afirman los autores, la reforma agraria no es una cuestión política, sino de policía. Por eso mismo, el Gobierno es rápido en organizar verdaderas operaciones de guerra para atender las decisiones de los jueces. TEPEDINO, Gustavo y SCHREIBER, Anderson. “O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade”. En STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões Agrárias. Julgados Comentados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002, pp. 91-131.

<sup>168</sup> DALLARI, Adilson Abreu. “Reforma Urbana”. *Problemas e reforma: subsídios para o debate constituinte*. 7ª Painel. Presidente: Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Expositor: Prof. Adilson Abreu Dallari. Debatedores: Des. José Osório de Azevedo Júnior. Dr. Biasse Antônio Ruggero. Coordenados: Dra. Leila Buazar. São Paulo: OAB-SP, 1988, p. 286. Originalmente: “(…) a própria ideia de função social

Entendemos que se podría haber prescindido de parte de esta problemática por medio de la promoción del reconocimiento en el ámbito constitucional, de la propiedad privada solamente como una institución de orden económico, conformando un derecho patrimonial no fundamental, prevista entre los principios generales de la actividad económica<sup>169</sup>. Sin haberle mencionado e inscrito entre los derechos fundamentales recogidos en el art. 5, prestigiándole con las mismas garantías constitucionales reservadas a estos derechos. Previsión que, en una sociedad reconocidamente patrimonialista como la brasileña, es innecesaria y contraproducente con respecto al proceso de funcionalización de este derecho y de la propia institucionalización del planeamiento urbanístico en ámbito municipal, conforme se verificará más adelante en el presente estudio.

Centrándonos en el análisis de la protección constitucional concedida al derecho de propiedad en razón de su atribuida fundamentalidad, CARDOSO defiende la teoría de que el reconocimiento de la función social de la propiedad también como un derecho constitucional fundamental, funcionaría como un criterio regulador de la intensidad de la protección jurídica conferida a un derecho real durante su existencia y ejercicio<sup>170</sup>. Así, a la propiedad que observa su función social, se le destinaría la más amplia garantía posible, protección que no sería dispensada al dominio ejercido en beneficio exclusivo del interés propietario<sup>171</sup>.

La intención del legislador constitucional de 1988, según la autora, quedaría de manifiesto en el caso de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad con pago mediante títulos de deuda pública, ya que el pago no pecuniario y posterior a la pérdida del derecho real se traduce en una garantía protectora menos

---

da propriedade já deveria dar lugar, hoje, no Poder Público a uma série de atuações e medidas em benefício da coletividade. No entanto, esta encontra uma resistência total do Poder Judiciário. Raríssimas são as exceções (...). Em geral, o Poder Judiciário não presta a mais mínima atenção ao princípio da função social da propriedade. É como se não existisse. A gente tem conhecimento de que a lei não contém palavras inúteis e muito menos a Constituição. Quando a Constituição afirma o princípio da função social da propriedade, isto tem que ter algum significado e repercussão no mundo jurídico”.

<sup>169</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, pp. 272 y 273.

<sup>170</sup> En el mismo sentido se ha manifestado BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística e Elementos para a Elaboração de uma Teoria do Direito Constitucional Urbanístico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 161, al afirmar que la propiedad privada es proclamada como derecho fundamental, la función social de la propiedad surge como orientadora de los rumbos interpretativos, con influencia decisiva en la teoría y en la práctica, ajustando la manera por la cual se debe encarar la fundamentalidad de la mencionada propiedad privada.

<sup>171</sup> CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada...op. cit.*, pp. 35-37.

intensa cuando es comparada con la justa y previa indemnización pecuniaria debida al propietario que ejerce su derecho conforme a la función social<sup>172</sup>.

Nótese que la autora no cuestiona la posibilidad de interponer Mandado de Seguridad contra el acto expropiatorio<sup>173</sup>; lo que trata de identificar es una excepción a la regla que determina la igualdad de trato jurídico, en un contexto específico, en concreto un procedimiento expropiatorio sancionatorio previsto exclusivamente para la propiedad privada urbana y para la rural. El hecho de poder ser expropiado con mayor facilidad y de que se incluya forma de pago no pecuniario al procedimiento, no afecta a la posición privilegiada del derecho de propiedad privada bajo el paraguas de los derechos fundamentales.

El ordenamiento constitucional sigue reconociendo la propiedad que no cumple su función social como un derecho subjetivo fundamental de aplicación inmediata. No obstante, lo que hace para contener su ejercicio dentro de determinados límites (de orden colectiva o social), es establecer la posibilidad de aplicación de algunas sanciones y obligaciones, recogidas en el párrafo 4 del art. 182 la Constitución Federal, que, debido a la configuración del derecho de propiedad como un derecho fundamental, no pueden ser aplicadas en situaciones de incumplimiento distintas de las determinadas en el texto constitucional, que son las de inmuebles infrautilizados, no utilizados o no edificados<sup>174</sup>. Así lo ha entendido el poder ejecutivo federal al vetar la ampliación de estas situaciones en el ámbito del Estatuto de la Ciudad, conforme se detallará más adelante en el presente estudio.

---

<sup>172</sup> Ibídem, p. 35. Corroborando dicha tesis REIS señala: “Así, más adecuada que la tesis de que la observancia a la función social constituye condición para la cualificación o no del derecho fundamental, parece ser el entendimiento de que el grado de protección constitucional conferido a la propiedad que observa la función social es más grande que aquel otorgado a la propiedad que no la observa. Lo que nos puede llevar a la conclusión de que la propiedad que no observa la función social está completamente desprovista de protección constitucional. En este contexto, la función social debe ser entendida como un elemento determinante para esclarecer el grado de protección constitucional del derecho de propiedad”. REIS, Jane Moreira dos. “Desapropriação e função social da propriedade. Um estudo sobre a natureza da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade na Constituição de 1988”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*. Vol. 4, 2002, p. 157.

<sup>173</sup> El ‘Mandado de Segurança’, en la definición de SILVA, es un remedio constitucional con naturaleza de acción civil, puesto a disposición solamente de los titulares de derecho líquido y cierto, lesionado o amenazado de lesión, por acto u omisión de autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de las atribuciones del poder público. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 450. En este sentido queda recogido en el art. 5 apartado 69 del texto constitucional, cuyo tenor literal determina que se concederá Mandado de Seguridad para la protección de derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o el abuso de poder sea autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del poder público.

<sup>174</sup> MONTEIRO, Vera. “Parcelamento, edificação ou utilização compulsórias da propriedade urbana”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

Entendemos que una clara señal de avance rumbo a la efectiva funcionalización del derecho de propiedad en el marco constitucional brasileño sería no haber privilegiado el derecho de propiedad con todas las garantías materiales y procesales reservadas a los derechos fundamentales, además de todas las acciones protectoras del dominio previstas en el ámbito civil. Quitarle el ‘estigma’ de derecho fundamental a la propiedad privada habría fortalecido su consolidación como un derecho relativizado, garantizando así su integral realización como agente imprescindible y perseguidor de la justicia y paridad sociales conceptualmente tan presentes en el texto constitucional y deseadas por el legislador de 1988.

Es importante señalar que esta reflexión no tiene la pretensión de proponer un estudio completo sobre la teoría de los derechos fundamentales o patrimoniales, sino señalar algunos elementos identificadores, que nos sirven de base teórico-argumental para las afirmaciones anteriormente referidas, en el sentido de que la propiedad privada no debería configurarse como un derecho fundamental en el ámbito de la Constitución Federal de 1988. Nos proponemos, desde un prisma teórico-constitucional, por medio del análisis de las características propias de los derechos fundamentales y de los derechos patrimoniales propuestas por FERRAJOLI, reafirmarnos en nuestra posición<sup>175</sup>.

Proponiendo una definición para los derechos fundamentales, FERRAJOLI elabora cuatro tesis, por medio de las cuales pretende establecer una nueva concepción acerca de los derechos fundamentales<sup>176</sup>. En la primera, el autor defiende la existencia de una radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales<sup>177</sup>.

En la segunda, afirma la existencia de una relación entre derechos fundamentales y democracia sustancial; según la cual, los derechos fundamentales, al estar vinculados con intereses y expectativas de todos, conformarían el fundamento y el parámetro de igualdad jurídica, llamados por el autor de ‘dimensión sustancial’, que estaría íntimamente ligada además de al derecho de libertad – que se traduce en

---

<sup>175</sup> Véase el manejo de dicha doctrina, en sentido similar al presentado en el presente apartado, en BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística...op. cit.*, pp. 166 a 171.

<sup>176</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y GREPPI, Andrea. Madrid: Trotta, 2009, pp. 42-68.

<sup>177</sup> *Ibidem*, pp. 45-50.

expectativas negativas de los ciudadanos –, también a los derechos sociales – los cuales representarían expectativas positivas –<sup>178</sup>.

En la tercera tesis, el autor señala la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, los cuales, principalmente después del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la aprobación de cartas y documentos internacionales sobre derechos humanos, pasaran a ser fundamentales tanto en aquellos Estados en cuyas constituciones se encuentran recogidos, como a nivel supraestatal, vinculando a cada Estado en la esfera del derecho internacional. Y por último, la cuarta tesis, en la cual trata de la relación que se establece entre los derechos y sus garantías; defiende el autor que los derechos fundamentales, de la misma manera que todos los demás derechos, conforman expectativas negativas o positivas, a las cuales les corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión)<sup>179</sup>.

Para los fines perseguidos en este apartado, nos centraremos en detallar la primera de las tesis, que trata de la diferencia estructural entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales. Cabe señalar que las distinciones propuestas por FERRAJOLI tienen su fundamento en una crítica inicial a la ubicación del derecho de propiedad en la misma categoría de los derechos de libertad. Siguiendo el orden de asuntos propuesto por el autor, es posible identificar cuatro grupos de diferencias básicas entre los dos tipos de derecho a los que hacemos referencia.

Conforme a John LOCKE, explica el autor, la tutela y garantías de la vida, de la libertad y de la propiedad, entendidos como derechos fundamentales, justificarían el contrato social. La vinculación entre propiedad y libertad también se encuentra recogida en el art. 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la cual los derechos a la libertad, a la propiedad y a la resistencia a la opresión se recogen como derechos naturales e imprescindibles <sup>180</sup>. Dichas

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp. 50-55.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 55-58.

<sup>180</sup> Según el autor: “La mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterogéneas como los derechos a la libertad, por un lado, y el derecho de propiedad, por el otro, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista, es, por tanto, una operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad y, con ella, la del Estado de derecho. En su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de ‘derecho de propiedad’, con el que se entiende – tanto Locke como Marshall – al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien. Como se advierte fácilmente, una confusión que, además de ser fuente de un grave equívoco teórico, ha sido

concepciones sobre la propiedad y la libertad son objeto de crítica, defendiendo FERRAJOLI el establecimiento de algunos límites conformadores, sobre los cuales dichos derechos no se pueden extender.

La primera diferencia citada por FERRAJOLI se refiere a que los derechos fundamentales – tanto los derechos a la libertad y a la vida, como los derechos civiles –; entre los cuales se incluyen los derechos de adquirir y disponer de bienes objeto de propiedad, así como los derechos políticos y los derechos sociales, se calificarían como derechos universales, en razón de la cuantificación universal de la clase de sujetos que son sus titulares. Por su parte, los derechos patrimoniales (derecho de propiedad y los demás derechos reales y de crédito) se calificarían como derechos singulares, en razón de la existencia de un titular determinado para cada uno de ellos y, consecuentemente, de la exclusión de todos los demás<sup>181</sup>. Así, se resalta como elemento diferenciador estructural el aspecto inclusivo de los derechos fundamentales y el exclusivo de los derechos patrimoniales.

Señalar que según esta corriente de pensamiento, la libertad de disponer de los propios bienes y de convertirse en propietario, son las que merecen ser consideradas derechos fundamentales ya que se encuentran vinculadas a los derechos de libertad. No obstante, con respecto al derecho de propiedad, el razonamiento mayoritario pone énfasis en su esencia fundamentalmente patrimonial antes que en los aspectos indicados al principio de este párrafo<sup>182</sup>.

La segunda diferencia estructural entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, que se vincula a esta primera, recae sobre algunas de las características funcionales básicas de estos derechos. Los primeros conformarían derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; mientras que los segundos se configurarían como disponibles, negociables, alienables

---

responsable de dos opuestas incomprensiones y de dos consiguientes operaciones políticas: la valorización de la propiedad en el pensamiento liberal como derecho del mismo tipo que la libertad y, a la inversa, la desvalorización de las libertades en el pensamiento marxista, desacreditadas como derechos 'burgueses' a la par de la propiedad". FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...op. cit.*, p. 45.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>182</sup> En este sentido expone el autor: "Cuando se habla del 'derecho de propiedad' como de un 'derecho de ciudadanía' o 'civil' semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho de convertirse en propietario, conexo (como el derecho a hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como el derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente distintos de los derechos reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es distinto del derecho fundamental de inmunidad frente a agresiones". *Ibidem*, pp. 46 y 47.

y acumulables. Conforme señala el autor “Éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables”<sup>183</sup>. Profundizando en la cuestión de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, se afirma que:

“[los derechos fundamentales] En virtud de su indisponibilidad activa, no son alienables por el sujeto que es su titular: no puedo vender mi libertad personal o mi derecho de sufragio y menos aún mi propia autonomía contractual. Debido a su indisponibilidad pasiva, no son expropiables o limitables por otros sujetos, comenzando por el Estado: ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede privarme de la vida, de la libertad o de mis derechos de autonomía”<sup>184</sup>.

Ya los derechos patrimoniales pueden ser objeto de cambio en la esfera del mercado además de resultar susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública.

La tercera diferencia entre derechos fundamentales y patrimoniales dice respecto a la estructura jurídica de los derechos. Por su disponibilidad, los derechos patrimoniales pueden ser constituidos, modificados o extintos por actos jurídicos, mientras que los derechos fundamentales se determinan en razón de la ley, en el sentido de que todos son *ex lege*, en otras palabras, se confieren por medio de normas generales normalmente de ámbito constitucional. Las normas que contienen derechos fundamentales ya determinan las situaciones que expresan. Las normas de derechos patrimoniales no imponen inmediatamente nada, sino que predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos en ellas. En las palabras de FERRAJOLI:

“Podemos llamar normas téticas a las del primer tipo, que inmediatamente disponen situaciones expresadas mediante ellas. Aquí entran no sólo las normas que adscriben derechos fundamentales sino también las que imponen obligaciones o prohibiciones, como las normas del código penal y las señales de carretera. Llamaré, en cambio, normas hipotéticas a las del segundo tipo, que no adscriben ni imponen inmediatamente nada, sino que simplemente predisponen situaciones jurídicas como efecto de los actos previstos en ellas. Entran aquí no sólo las normas del código civil que predisponen derechos patrimoniales, sino también las que predisponen obligaciones civiles como efectos de actos negociales o contractuales”<sup>185</sup>.

Por último, la cuarta diferencia habla sobre la horizontalidad de los derechos patrimoniales y la verticalidad de los derechos fundamentales. Las relaciones jurídicas

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 47 y 48.

<sup>185</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...op. cit.*, p. 49.

mantenidas por los titulares de derechos patrimoniales son relaciones intersubjetivas de tipo civilista, mientras que las relaciones producidas entre los titulares de derechos fundamentales son de tipo publicista, en otras palabras, del individuo frente al Estado<sup>186</sup>.

Por todo lo aquí expuesto, sin mayores pretensiones, que más bien tendrían cabida en un próximo trabajo investigativo, es posible esbozar los contornos básicos que nos conllevan a la delimitación, conceptualización y definición de los derechos fundamentales: Se pueden considerar derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos correspondientes universalmente a todos los seres humanos en cuanto personas y ciudadanos del mundo, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa conferida a un sujeto por una norma jurídica perteneciente a determinado ordenamiento o derivada de acuerdos internacionales<sup>187</sup>.

Así, en razón de las diferencias señaladas y por la propia definición propuesta de derechos fundamentales, ratificamos nuestra posición en el sentido de que el legislador constitucional brasileño de 1988 no estuvo acertado al determinar el derecho de propiedad entre los derechos fundamentales. También, que la inclusión de la función social de la propiedad entre los derechos fundamentales, cuya comprensión exige un considerable esfuerzo hermenéutico, no ha sido suficiente para romper con el conservadurismo que aún en la actualidad impregna el estatus del derecho de propiedad privada en la sociedad brasileña, donde el interés particular en el ejercicio de tal derecho sigue sobreponiéndose, con el beneplácito del Estado social y de derechos, al interés y el bienestar de la colectividad.

## **I.2. La funcionalización del derecho de propiedad privada**

En el ámbito jurídico, el nuevo perfil constitucional del derecho de propiedad privada plantea una serie de cuestiones bastante discutidas en la doctrina brasileña, entre ellas, la posición que debe ocupar la función social de la propiedad con relación al contenido de este derecho; o si la propiedad privada sigue, debido precisamente a su funcionalización, configurada como un derecho subjetivo o su naturaleza ha variado y actualmente constituye otro tipo de situación jurídica distinta, como una situación compleja, en la cual junto a su faceta activa – facultades –, se incluiría otra conformada por una serie de obligaciones. De cara a la completa conformación de este nuevo perfil propietario, interesa conocer de qué forma la función social de la

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50.

<sup>187</sup> En sentido similar BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística...op. cit.*, p. 169.

propiedad opera y se desarrolla en el ámbito propietario y sobre el derecho de propiedad.

El análisis que pasamos a desarrollar se centrará en el estudio de dichas cuestiones bajo las directrices y disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico brasileño, apoyándonos en la doctrina y jurisprudencia española con el fin de aportar nuevos puntos de vista o alternativas a lo dispuesto en el marco jurídico objeto del presente estudio.

Las cuestiones objeto de análisis en el presente apartado se relacionan directamente con la definición del núcleo y la naturaleza jurídica de la propiedad privada en cuanto institución jurídica. El análisis que se propone examinará las diferentes posiciones identificadas en la doctrina brasileña con el objetivo de, desde el prisma del ordenamiento jurídico vigente, determinar sus efectos sobre la configuración del derecho de propiedad privada. En aquellos aspectos en que existan, se pondrá de manifiesto las interpretaciones del texto constitucional por la jurisprudencia brasileña, todo ello con el objetivo de llegar a conclusiones pertinentes y de interés para el objeto de estudio en el presente apartado.

No obstante, con anterioridad a eso, se hace necesaria una aproximación a las principales corrientes de pensamiento que han relacionado valores éticos, filosóficos, económicos, sociales y jurídicos, para sentar las bases de un nuevo régimen jurídico de la propiedad privada, en el cual la función social de la propiedad ocupa una posición central, y la presencia intervencionista del Estado en el seno de las relaciones económicas y sociales es cada vez más acentuada, resultando en la imposición progresiva de limitaciones al propietario, además de en una serie de deberes a ser observados en el ejercicio de su derecho.

### **I.2.1. Aproximación al concepto original de la función social de la propiedad privada y su reconocimiento en el ordenamiento brasileño**

Conforme señala PINTO, la doctrina de la función social de la propiedad, tal como se la emplea en el ámbito del derecho brasileño, tiene su origen en la filosofía político-positivista francesa, cuyos principales exponentes fueron Claude-Henry de Saint-Simon y Auguste Comte. Dicha corriente filosófica se desarrolló durante la revolución industrial del siglo XIX, y en sus postulados, se defendía una reforma de las instituciones políticas y la organización de un Estado tecnocrático fuertemente

intervencionista, comandado por un poder ejecutivo conformado por técnicos y no por políticos<sup>188</sup>.

Lo que se pretendía, según el referido autor, era subordinar la propiedad privada a una rígida planificación estatal, que se establecería teniendo como objetivo último el “progreso”. De manera específica, se proponía como alternativa, la subordinación de los empresarios a la dirección del Estado, a quienes se les permitiría mantener sus propiedades, pero transformándoles, en la práctica, en verdaderos funcionarios públicos. La reglamentación de la actividad productiva por el Estado sería completa, no restando a los propietarios libertad de iniciativa. A esta concepción se le fue dada la denominación ‘función social de la propiedad’<sup>189</sup>.

Es importante señalar que en el positivismo de SAINT-SIMON y COMTE no existe una preocupación específica por la distribución de la renta u otras ideas más abstractas como la justicia social, que en Brasil se fueron vinculando a la doctrina de la función social de la propiedad a lo largo de los años. Por el contrario, la concentración de propiedad no se rechaza en esta doctrina, una vez que es entendida como elemento facilitador de la dirección general de la economía por el Estado. Conforme a los postulados positivistas, se puede decir que los menos favorecidos se beneficiarían, en mayor o menor medida, del progreso de la sociedad como un todo<sup>190</sup>.

En el ámbito urbanístico, las ideas positivistas han tenido amplia aceptación dentro del movimiento modernista. El ideal de una ciudad planificada racionalmente, según directrices respaldadas por las ciencias exactas, es un elemento constitutivo del modelo modernista, cuya influencia sobre los sistemas de planificación urbana en

---

<sup>188</sup> PINTO, Victor CARVALHO. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 138 y 139. El autor llama la atención sobre el empleo del término “positivismo” para designar la doctrina filosófica consagrada por Auguste Comte y sus seguidores, en sentido de que se podrían emplear como sinónimos las palabras “cientificismo” o “tecnocratismo”, y que no se trata, por tanto, del positivismo kelseniano ni tampoco de cualquier otra forma de positivismo jurídico.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 139. Informa el autor que la formulación inicial de la doctrina de la función social de la propiedad se debe a SAINT-SIMON pero fueron sus seguidores los que la sistematizaron. Fue con la obra de COMTE, su secretario, que dicha doctrina alcanzó la madurez. Para profundizar en las aportaciones de COMTE y en la doctrina positivista, véase PORTUGAL, José María de Jesús. *El positivismo: su historia y sus errores*. Barcelona: Eugenio Subirana, 1908; ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5ª Ed. Traducción BATH, Sérgio. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 65-107; NEGRO PAVÓN, Dalmacio. *Comte, positivismo y revolución*. Madrid: Cinsel, 1992; y CARPINTÉRO, Marisa Varanda Teixeira. “Utopia urbanística e o urbanismo utópico”. En MONTEIRO, John Manuel; BLAJ, Ilana (Org.). *História e Utopias*. Textos apresentados no XVII Simpósio Nacional de História. São Paulo: ANPUH, 1996, pp. 37-44.

<sup>190</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 146.

Brasil se han hecho notar de manera temprana y con más intensidad en algunos estados de la federación<sup>191</sup>.

De la lectura de la Carta de Atenas, manifiesto redactado por el arquitecto modernista LE CORBUSIER como resultado del IV Congreso Internacional de Arquitectura Moderna realizado en 1933, se aprecia claramente su matriz positivista, que ha marcado el desarrollo del urbanismo en Brasil. En este documento, los problemas urbanos se atribuyen a la ausencia de un plan orientador que coordine las iniciativas privadas, predominando los intereses particulares en la localización y ubicación de viviendas, zonas industriales, áreas de comercio, etc. Se afirmaba en el referido documento que:

“El predominio de la iniciativa privada, inspirada por el interés personal y el hambre de la ganancia, se halla en la base de este lamentable estado de cosas. Hasta el momento no ha intervenido autoridad alguna consciente de la naturaleza y de la importancia del movimiento del maquinismo, para evitar unos estragos de los que no es posible hacer efectivamente responsable a nadie. Las actividades quedaron, durante cien años abandonadas al azar. La construcción de viviendas o de fábricas, la ordenación de rutas terrestres, fluviales o marítimas y de los ferrocarriles, todo se ha multiplicado en medio de un apresuramiento y de una violencia individual que excluían todo plan preconcebido y toda meditación previa. Hoy, el mal ya está hecho. Las ciudades son inhumanas, y de la ferocidad de unos cuantos intereses privados ha nacido la desdicha de innumerables personas”<sup>192</sup>.

El entendimiento de la ciudad como una empresa, objeto de previa planificación con relación a su posible desarrollo y alejada de la improvisación, también es defendido en la Carta de Atenas, en los siguientes términos:

“La ciudad cobrará el carácter de una empresa estudiada de antemano y sometida al rigor de un plan general. Sabias previsiones habrán esbozado su futuro, descrito su carácter, previsto la amplitud de su desarrollo y limitado de antemano sus excesos. La ciudad, subordinada a las necesidades de la región, destinada a encuadrar las cuatro funciones claves [la vivienda, el trabajo, el ocio y la circulación], dejará de ser el resultado de iniciativas accidentales”<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> Es posible identificar una influencia directa del positivismo en el urbanismo desarrollado en el estado federado más al sur de Brasil, Río Grande do Sul, durante los inicios del segundo periodo republicano. En este sentido, de manera específica, con relación a la planificación de la capital del referido estado, Porto Alegre, véase MACHADO, Andréa Soler. “Principios de Le Corbusier no Rio Grande do Sul: o projeto do bairro residencial da Praia de Belas em Porto Alegre”. *Urbana*. Revista do centro interdisciplinar de estudos sobre a cidade. Campinas. Vol. 6, núm. 8, junio 2014, pp. 799-830.

<sup>192</sup> LE CORBUSIER. *Principios de urbanismo (La carta de Atenas)*. Traducción de La charte d'Athènes. Barcelona: Ariel, 1989, p. 115.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 128.

La zonificación se postula como instrumento fundamental en este contexto, cuya operatividad se desarrollo por medio de la atribución a cada parcela o terreno de un destino específico, con vistas a asegurar a la población determinados niveles de calidad de vida, mediante la elaboración y puesta en marcha de un riguroso marco legislativo. Así, teóricamente, se recoge en el documento redactado por LE CORBUSIER:

“La zonificación es la operación que se realiza sobre un plano urbano con el fin de asignar a cada función y a cada individuo su lugar adecuado. Tiene como base la necesaria discriminación de las diversas actividades humanas, que exigen cada una su espacio particular: locales de vivienda, centros industriales o comerciales, salas o terrenos destinados al esparcimiento. (...) Es urgente y necesario modificar determinados usos. Hay que hacer accesible a cada uno, fuera de toda cuestión de dinero, un cierto grado de bienestar mediante una legislación implacable”<sup>194</sup>.

Centrándonos en el ámbito jurídico, León DUGUIT fue el responsable de introducir el positivismo en el mundo jurídico. Su doctrina defendía la función social de la propiedad privada como una superación de la concepción individualista de la propiedad consagrada en la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 y en el Código Civil Napoleónico de 1804<sup>195</sup>.

Conforme a DUGUIT, la concepción individualista, tomada por sí misma, era insostenible; la idea del “hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta estos derechos a la sociedad”, se encontraba alejada de la realidad, configurando una ficción que debería ser eliminada poco a poco y sustituida por la noción de función social<sup>196</sup>.

¿Y en qué consistía para DUGUIT esta noción de función social? Pese a su extraordinaria difusión y éxito, siendo empleada en innumerables constituciones alrededor del mundo, incluyendo las de Brasil y España, conforme ya se ha podido indicar en el apartado anterior, se hace imprescindible recoger su significado original para, a partir de él, identificar el alcance de su aplicación en la configuración actual del concepto recogido en Brasil.

Conforme a DUGUIT, en su concepción original, la función social se resumía a la siguiente noción:

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 45 y 46.

<sup>195</sup> DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho...op. cit.*, p. 163.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 157.

“el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantizados”<sup>197</sup>.

Aplicada al derecho de propiedad, defendía DUGUIT, que dicha noción realizaba una transformación general de su concepción jurídica: la propiedad dejaba de ser un derecho subjetivo del propietario para convertirse en la función social del poseedor de la riqueza<sup>198</sup>. De esta afirmación, se pueden extraer algunas notas fundamentales sobre dicha teoría:

La primera se relaciona con el reconocimiento de la importancia de la propiedad privada, cuya protección no era debida al interés del propietario, sino al de la sociedad:

“Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. (...) Jamás he escrito, que la situación económica que representa la propiedad individual desaparece o debe desaparecer. Digo solamente que la noción jurídica sobre la cual descansa su protección social, se modifica. A pesar de lo cual, la propiedad individual persiste protegida contra todos los atentados, incluso contra los que proceden del poder público. Es más, diría que está más fuertemente protegida que con la concepción tradicional”<sup>199</sup>.

La segunda nota habla respecto a que el derecho de usar el bien conlleva el deber de hacerlo. No se admite en la teoría de DUGUIT el abandono o el uso del bien contrario al interés general. El Estado estaría legitimado a obligar al propietario a utilizar el bien y a aplicarle una sanción en caso de omisión<sup>200</sup>.

La tercera nota consiste en que, en la teoría de DUGUIT, más importante que la titularidad de la propiedad es su vinculación a una finalidad. El propietario puede actuar en nombre propio, pero lo hará en interés de terceros, de la colectividad.

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 159 y 160.

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 211 y 212.

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 214 y 215.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 218.

DUGUIT emplea como ejemplo el de las Iglesias francesas cuyos edificios son de propiedad pública pero vinculadas al culto católico:

“He ahí, pues, una propiedad que no es nada y una afectación que lo es todo: que está protegida contra el propietario mismo, que está enérgicamente protegida como tal, sin que se pueda encontrar señal ni de un sujeto de Derecho ni de un derecho subjetivo”<sup>201</sup>.

Cabe indicar que en Brasil la teoría de la función social de la propiedad no fue adoptada en su formulación original. La Constitución Federal de Brasil de 1988 vino a adoptar una posición intermediaria entre la doctrina original y la que considera la propiedad un derecho individual absoluto. En la doctrina brasileña, referente a distintos ámbitos jurídicos, es común la configuración de la propiedad en el marco de la Constitución como un derecho que posee una función social, y no como una función social<sup>202</sup>.

Además de eso, en la doctrina brasileña es posible identificar menciones a la doctrina social de la Iglesia Católica como un elemento de soporte a la teoría de la función social de la propiedad<sup>203</sup>. En este sentido RIZZARDO afirma que “Fue, no obstante, la doctrina social de la Iglesia católica la que más ha propugnado por las finalidades sociales de la propiedad, lo que se percibe en varias encíclicas papales”<sup>204</sup>.

Conforme a este autor, la influencia de dicha doctrina se encuentra en las legislaciones brasileñas tendentes a facilitar a las personas el acceso al dominio, por medio de la reducción de los plazos de prescripción adquisitiva, como por ejemplo la Ley 6.969, de diciembre de 1982, referencia a la usucapión especial de inmuebles rurales y la propia Constitución Federal de 1988 (art. 191 y el art. 183)<sup>205</sup>. De manera

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>202</sup> Véase en este sentido MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Novos aspectos da função social da propriedade no direito público”. *Revista de Direito Público*. Vol. 20, núm. 84, octubre/diciembre 1987, pp. 39-45; GOMES, Orlando. *Direitos reais...op. cit.*, p. 120; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 46 y 48; CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada...op. cit.*, p. 35; BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística...op. cit.*, p. 161; entre otros.

<sup>203</sup> DEL NERO, João Alberto Shutzer. “O significado jurídico da expressão função social da propriedade”. *Revista da Faculdade de São Bernardo do Campo*. Vol. III. São Bernardo do Campo: 1997, pp. 79-81; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 177; CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada...op. cit.*, pp.19 y ss.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 56.

<sup>204</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...op. cit.*, p. 177. Originalmente: “Foi, entretanto, a doutrina social da Igreja católica que mais propugnou para as finalidades sociais da propriedade, o que transparece em varias encíclicas papais”.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 178. El contenido integral de los preceptos constitucionales a los que se hace referencia recogen que: “Art. 191. Aquel que, no siendo propietario de inmueble rural o urbano, posea como suyo, por cinco años no interrumpidos, sin oposición, una superficie de tierra, en zona rural, no superior a

especial, se indica la importancia e influencia de la encíclica *Rerum Novarum*, del papa León XIII, publicada en 1891, en la cual se retoman las enseñanzas de santo Tomás de Aquino y se reconoce la propiedad privada, pero no como un derecho que se encuentra por encima del hombre, sino como un derecho que debe estar a servicio de la persona y por tanto de su trabajo<sup>206</sup>.

Según dicha doctrina, el derecho de propiedad privada, debe entenderse con un doble carácter: por un lado, debe concebirse como el medio por el cual los individuos pueden atender a sus necesidades específicas y a las de sus familias; y por otro lado, debe servir de herramienta para la construcción del bien común. El derecho de propiedad se distingue de su ejercicio, ya que la propiedad debe estar en función del hombre y no el hombre en función de la propiedad<sup>207</sup>.

Por todo ello, es común en la doctrina brasileña encontrar el concepto de función social de la propiedad relacionado con las ideas de justicia social y de subordinación de los intereses privados al interés público, en una clara confusión conceptual entre la teoría original defendida por DUGUIT y la doctrina social de la Iglesia católica<sup>208</sup>.

---

cincuenta hectáreas, que haya puesto a producir con su trabajo o el de su familia, teniendo en ella su vivienda, adquirirá la propiedad.

Art. 183. Aquellos que posean como suya un área urbana de hasta doscientos cincuenta metros cuadrados, por cinco años, ininterrumpidos y sin oposición, usándola como su morada o la de su familia, adquieren el dominio, siempre que no sean propietarios de otro inmueble urbano o rural. Párrafo 1. El título de dominio y la concesión del uso serán conferidos al hombre o a la mujer, o a ambos, con independencia del estado civil. Párrafo 2. Ese derecho no será reconocido al mismo poseedor más de una vez. Párrafo 3. Los inmuebles públicos no se adquirirán por usurpación” (traducción propia). Originalmente: “Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Parágrafo 1º. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Parágrafo 2º. Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

<sup>206</sup> GIORDANI, Iginio. *Carta Encíclica “Rerum Novarum”*. 14ª Ed. São Paulo: Paulinas, 2005, pp. 11 y 12.

<sup>207</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

<sup>208</sup> PINTO, en referencia al principio de la función social introducido por el texto constitucional en el ordenamiento brasileño, afirma que su significado es aún mal comprendido y que, generalmente, se le confunde con ideas imprecisas como por ejemplo, justicia social y subordinación de los intereses privados a los intereses públicos. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 138.

## **I.2.2. Configuración constitucional de la función social de la propiedad privada**

En el presente apartado nos centraremos en el análisis de la configuración de la función social de la propiedad privada conforme al texto constitucional brasileño de 1988 que recoge, de forma matizada, la teoría de la función social de la propiedad conformada por DUGUIT, fuertemente influenciada por las bases de la doctrina social de la Iglesia Católica en razón de los entendimientos dominantes en el ámbito de la doctrina brasileña, que conforman el marco teórico de los debates constitucionales.

Cabe indicar que la función social, conforme a lo dispuesto en la Constitución brasileña, no presenta una diáfana conceptualización que los legisladores constituyentes, sin necesidad de especial debate, pudiesen haber recogido, ya que el análisis de los textos preconstitucionales brasileños conduce a afirmar la inexistencia de un único concepto claro y preciso, de lo que hubiera de entenderse por ‘función social de la propiedad’<sup>209</sup>.

Conforme se ha adelantado anteriormente, en los próximos apartados nos centraremos en el análisis de las siguientes cuestiones: Determinar la naturaleza jurídica de la función social de la propiedad bajo el prisma constitucional, indicar sus posibles reflejos en la configuración del derecho de propiedad y analizar la forma con qué la función social opera en el ámbito propietario y del derecho de propiedad.

### **I.2.2.1. La configuración de la función social de la propiedad y su reflejo en la naturaleza jurídica de la propiedad privada**

El análisis de la cuestión que aquí se plantea debe partir necesariamente de las determinaciones recogidas en el texto constitucional brasileño de 1988 en las que se hace referencia a la función social de la propiedad. Retomando aspectos ya indicados con anterioridad, la Constitución Federal de 1988, reconociendo la existencia de distintas situaciones propietarias en razón de las características económicas y sociales relacionadas con los distintos bienes objeto de derecho de

---

<sup>209</sup> Además de los textos constitucionales anteriores al de 1988, sobre los cuales ya se ha tenido la oportunidad de detallar, cabe hacer referencia a la Ley 4.132 de 1962 que reglamentó las hipótesis de expropiación por interés social como forma de promover la justa distribución de propiedades, condicionado su uso al bienestar social; la Ley 4.504 de 1964, conocida como el Estatuto de la Tierra, que estableció reglas para el cumplimiento de la función social de la propiedad rural y objetivos para la reforma agraria y el desarrollo de la agricultura en el país. Véase en este sentido JELINEK, Rochelle. “O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil”. *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 2006. Disponible en <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf> (última consulta febrero de 2014).

propiedad, introduce la función social en cuatro preceptos constitucionales: a) Entre los derechos y garantías fundamentales en el art. 5 apartado 23, en el cual se determina de manera general, que “la propiedad atenderá su función social”; b) Entre los principios generales de la actividad económica en el art. 170 apartado 3; c) Con respecto a la propiedad urbana, en el art. 182 apartado 2, en el cual se determina que “La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director”; d) En relación con la propiedad rural, en el art. 184 que dispone “Es competencia de la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no está cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida en la ley” y en el art. 186, en el cual se recoge que la función social se cumple cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos: aprovechamiento racional y adecuado; utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; observación de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo; y explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

En el ámbito doctrinal, la recepción de la función social de la propiedad como elemento que se relaciona y se vincula al derecho de propiedad privada, tuvo un inicio bastante controvertido, principalmente entre los estudiosos civilistas tradicionales, que se resistían a reconocer el alcance de los preceptos constitucionales, así como su aplicación, con respecto a instituciones y relaciones típicas del ámbito privado.

De manera paralela a dicha corriente de pensamiento, han emergido posiciones contrarias desde el ámbito iuspublicista y también civilista, que han relacionado la función social con la imposición de obligaciones a los propietarios. Completando el debate, ya en un momento más cercano al actual, se viene consolidando la posición doctrinal que defiende la función social de la propiedad como elemento interno del derecho de propiedad. Pasaremos a discurrir sobre estas tres principales posiciones doctrinales para, en un momento posterior, presentar nuestras reflexiones y conclusiones acerca de las principales cuestiones que en razón de sus distintos postulados nos planteamos.

1. La función social de la propiedad como límite externo al derecho de propiedad privada

Tras la promulgación de la Constitución brasileña de 1988 los principales debates académicos se centraban en la aplicabilidad de las disposiciones constitucionales, entre ellas las que indican la función social de la propiedad, en el ámbito del derecho de propiedad privada. Entendido el debate bajo el prisma civilista, en un texto publicado en el año 1992, TEPEDINO informa que en aquella época ya era casi unánime la proclamación de la supremacía de la Constitución en términos hermenéuticos. No obstante, afirma el autor que “lo cierto es que el derecho civil brasileño no ha sabido aún incorporar el texto constitucional a sus prácticas” y que para confirmar dicha problemática es suficiente cotejar los tímidos resultados alcanzados por la jurisprudencia tras el 5 de octubre de 1988, fecha de la promulgación del actual texto constitucional<sup>210</sup>.

En materia de derecho de propiedad privada y su función social, merece mención la resistencia impuesta por gran parte de la doctrina civilista elaborada durante los primeros años de la promulgación de la actual Constitución, con respecto al reconocimiento de la fuerza normativa de la función social de la propiedad y su capacidad de incidencia en la regulación del derecho de propiedad determinada por el Código Civil de 1916, aún vigente durante esta etapa.

El mencionado sector doctrinal, no negaba la aplicabilidad y la necesidad de respeto a la función social de la propiedad privada. Lo que buscaba era la disminución de las hipótesis y el alcance de la aplicación del referido principio, así como la intensidad de las consecuencias previstas en caso de su incumplimiento. En este sentido, se defendía que, en el marco constitucional brasileño, la función social de la propiedad privada debería ser entendida como un límite externo al derecho de propiedad privada. Y que por lo tanto, al lado de las típicas limitaciones de orden privado, como por ejemplo las impuestas en razón de los derechos de vecindad, figurarían otras limitaciones, en este nuevo contexto, impuestas en razón del orden público, ubicando ahí la función social de la propiedad<sup>211</sup>.

Según los postulados defendidos en el ámbito de esta corriente de pensamiento, la función social de la propiedad es comprendida como medida de contraposición a las ‘exageraciones’ del individualismo propietario, ante las ‘nuevas

---

<sup>210</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil...op. cit.*, p. 1. Originalmente “o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988”.

<sup>211</sup> En este sentido BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos...op. cit.*, p. 5 y ss.; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Direito das coisas...op. cit.*, p. 89; VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40; y PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil...op. cit.*, p. 67.

preocupaciones que asolan la humanidad', frente a los fenómenos naturales y humanos de actuación desordenada en la explotación de los bienes<sup>212</sup>.

En representación de este sector doctrinal, BITTAR afirma que la Constitución de Brasil ha consagrado 'el modelo occidental de propiedad', que viene a ser, conforme a su entendimiento, la noción recogida por aquellos países basados en la economía de mercado, en los que se reconocen a las personas, entre los derechos fundamentales, la titularidad, el uso y goce de bienes disponibles en el comercio jurídico<sup>213</sup>. Y por lo tanto, permanecería inalterado como principio absoluto el respeto a la propiedad privada, en su condición de elemento necesario al desarrollo del individuo y de su familia, bien como la razón de la libertad natural<sup>214</sup>.

Bajo esta nueva 'ética social', respetada la propiedad privada en su plenitud, afirma el referido autor, su derecho recibe nuevas limitaciones, orientadas al equilibrio de las relaciones humanas:

"Demostrada la directriz asumida por el principio [de la función social] y sus contornos, se verifica que la Constitución de 1988, considerando los límites tradicionales, ha trazado otras balizas, en las cuales, obedecido el núcleo central del instituto [derecho de propiedad privada], le ajusta a las exigencias evolutivas impuestas por la realidad social y el pensamiento jurídico-filosófico (como a las destinadas a la reforma agraria). (...) Nacen así, las reglas limitadoras referentes a la política urbana, en las cuales el derecho en cuestión se somete a los planes directores de las municipalidades (arts. 182 y ss.); se disciplina la expropiación para la reforma agraria, que alcanza, no obstante, solamente a los inmuebles que no cumplan con su función social (art. 184), cuyos parámetros define (art. 186), excluyéndose expresamente otros (art. 185), incluso con respecto a las tierras públicas (art. 185 apartado 3); se regula el usucapión urbano y rural (arts. 183 y 191); se instituyen las limitaciones en defensa de la cultura y del patrimonio nacional, se prevé la figura de la 'reserva de bien para la preservación histórica' (art. 216 y apartados); se determina la definición de áreas ecológicas para la protección del ambiente natural (art. 225 y apartados); se delimitan y se protegen las áreas indígenas (art. 251), manteniéndose, en lo demás (arts. 176 y ss.), las limitaciones a la propiedad privada impuestas en razón de intereses de seguridad nacional, como las situaciones de monopolio, de prohibiciones a extranjeros, además de las limitaciones instituidas en relación con la participación de

---

<sup>212</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *A propriedade e os direitos...op. cit.*, p. 5.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>214</sup> En este sentido BITTAR afirma que arraigado a la cultura nacional de Brasil, como componente necesario y esencial a la vida humana en la tradición romano-cristiana, se encuentra el principio de respeto a la propiedad privada, como elemento imprescindible al desarrollo del ser y de su familia, dentro de su orientación propia y en razón de la libertad natural de que es dotado. BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 153 y 154.

personas jurídicas como socios en determinadas actividades del ámbito de la comunicación y otras (arts. 222 apartado 1 y 176 y ss.)<sup>215</sup> (traducción propia).

De la citación arriba indicada se puede extraer con precisión la posición defendida por este sector de la doctrina: la función social de la propiedad, conforme a sus postulados, asume la configuración de simple limitación externa al ejercicio del derecho de propiedad. De esta manera, no vincularía el derecho de propiedad, y por tanto, no plantearía interferencia en cómo el propietario debe usar y disponer de sus bienes, solamente le competiría imponer límites a su aprovechamiento, para que el ejercicio del derecho de propiedad privada no cause daños o perjuicios a otros individuos, en ámbito territorial o económico.<sup>216</sup>

En resumen, se puede concluir que esta doctrina buscaba acomodar la función social de la propiedad en el ordenamiento jurídico sin ocasionar interferencia alguna en la configuración de la propiedad como un derecho absoluto. Derecho este cuyo contenido jurídico vendría determinado únicamente por los poderes propietarios, actuando la función social como un parámetro corrector de los excesos del individualismo, impuesta en razón del bienestar social.

En la doctrina más reciente, que defiende la configuración de la función social como un límite externo al derecho de propiedad, hemos identificado algunos argumentos cuya exposición creemos oportuna. Según MESQUITA, los casos de incumplimiento o inobservancia de la función social de la propiedad privada por su propietario pondrían de manifiesto la cuestión de su externalidad. Esto sucede, según el autor, porque dichas situaciones no conllevan la inmediata pérdida del derecho de propiedad, sino a la aplicación de determinadas sanciones cuyo objetivo es reconducir el comportamiento del propietario al deseado. Defiende el referido autor que si la función social de la propiedad ostentase la configuración de elemento estructural,

---

<sup>215</sup> *Ibíd.*, pp. 157 y 158. Originalmente: “Demonstrada a diretriz assumida pelo princípio e seus contornos, verifica-se que a Constituição de 1988, a par dos limites tradicionais, traça balizas outras, nas quais, obedecido o núcleo central do instituto, ajusta-o às exigências da evolução da realidade social e do pensamento jurídico- filosófico (como as destinadas à reforma agrária).(...) Nascem assim as regras limitadoras referentes à política urbana, em que o direito em questão se submete aos planos diretores das Municipalidades (arts. 182 e ss.); disciplina-se a desapropriação para reforma agrária, que alcança, no entanto, apenas, imóveis que não estejam cumprindo sua função social (art. 184), cujos parâmetros define (art. 186), excluindo-se expressamente outros (art. 185), inclusive terras públicas (§ 3.o); regulam-se o usucapião urbano e o rural (arts. 183 e 191); instituem-se limitações em defesa da cultura e do patrimônio nacional, prevendo-se o tombamento (art. 216 e §§); cuida-se de definir espaços ecológicos para proteção do meio ambiente (art. 225 e §§); delimitam-se e protegem-se as áreas dos índios (art. 251), mantendo-se, no mais (arts. 176 e ss.), as vedações à propriedade ditadas por interesses de segurança nacional, como as situações de monopólio, de proibições a estrangeiros, além da vedação instituída quanto à participação de pessoas jurídicas como sócios em certas atividades de comunicação e outras (arts. 222, § 1.o, e 176 e ss.)”.

<sup>216</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das coisas...op. cit.*, p. 89.

interno al derecho de propiedad, su inobservancia conllevaría la propia inexistencia del derecho. Lo que configuraría, según este autor, una situación totalmente inconstitucional<sup>217</sup>.

La consideración jurídica de la función social de la propiedad como una restricción externa al derecho de propiedad, conforme a MESQUITA, también se fundamentaría en el análisis de tres factores relacionados con el propio texto constitucional<sup>218</sup>: a) La institución propiedad y el derecho de propiedad vienen asegurados separadamente del precepto que determina la atención a la función social de la propiedad. Esto pondría en evidencia la preocupación del legislador constituyente en diferenciar la propiedad de la atención a su función social; b) La previsión de un precepto que garantiza al propietario compensación económica en casos de expropiación de su derecho de propiedad, determinándose el pago de justa indemnización (art. 5, apartado XXIV del texto constitucional); y c) La determinación de una cláusula de intangibilidad del contenido mínimo de los derechos y garantías individuales, entre los cuales se recoge el derecho de propiedad privada, del cual se desprende que este derecho no puede ser abolido directa o indirectamente por el Poder constituyente derivado (art. 60, apartado 4. IV)<sup>219</sup>.

## 2. La propiedad-función social o poder-deber:

En oposición a la tendencia doctrinal adoptada inicialmente por los civilistas tradicionales, emerge desde el ámbito iuspublicista y también desde algunos sectores del derecho privado, una doctrina por la cual se defiende que la única propiedad merecedora de tutela y protección jurídica constitucional es la que cumple su función social. A consecuencia de eso, el incumplimiento de la función social conllevaría la expropiación de la propiedad sin el pago de indemnización al propietario incumplidor.

Conforme a COMPARATO, exponente de dicha corriente de pensamiento junto a GRAU<sup>220</sup>, no todas las propiedades privadas han de recibir la consideración de derecho fundamental y esto sería así, en base al reconocimiento en el texto

---

<sup>217</sup> MESQUITA, Rodrigo Octávio. “Desmitificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e Legislação infraconstitucional”. *Revista dos Tribunais*. Vol. 860, núm. 860, junio 2007, p. 100.

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 100 y 101.

<sup>219</sup> Tenor literal del art. 60. “La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta: 1. De un tercio, al menos, de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal; 2. Del Presidente de la República; 3. De más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose cada una de ellas por mayoría relativa de sus miembros. (...) 4. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir: (...) IV. los derechos y garantías individuales”.

<sup>220</sup> Véase GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...op. cit.*, pp. 231-247.

constitucional de la existencia de diversas situaciones propietarias, sobre las cuales, la mejor técnica indica, que no se les conceda el mismo tratamiento jurídico.

En razón de eso, COMPARATO propone hacer una distinción entre la propiedad-derecho fundamental y la propiedad-poder. La primera alcanzaría su condición de derecho fundamental ante su carácter de instrumento para la consecución de la dignidad humana, de la libertad individual y de la contraposición de la justicia al poder<sup>221</sup>. En los casos en que la propiedad no se presenta concretamente con este carácter, sino más bien como un instrumento de dominación de uno(s) sobre otro(s), sería “rematadamente absurdo” que se le reconociera el régimen de los derechos humanos y fundamentales, con todas las garantías inherentes a esta condición, incluyendo el derecho a una indemnización reforzada en la hipótesis de expropiación. Asegura el autor que en estos casos la propiedad es una fuente de deberes fundamentales impuestos al sujeto propietario<sup>222</sup>.

En este contexto, el autor defiende que la función social de la propiedad vincularía tanto al Estado como a los particulares, independientemente de la actividad legislativa infraconstitucional, ante la aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales, conforme a lo recogido en el art. 5, apartado 1 de la Constitución Federal. Así, en el ámbito de la propiedad rural, conforme a lo dispuesto en el art. 184, ya estarían determinados los deberes fundamentales del propietario rural y estos serían de exigibilidad inmediata<sup>223</sup>.

Además, el autor entiende que la Constitución ha establecido objetivos fundamentales al propio Estado brasileño, los cuales deben ser atendidos sin excusas. Al determinar, en su art. 3, el deber de construir una sociedad libre, justa y solidaria, de garantizar el desarrollo nacional, de erradicar la pobreza y la marginalidad y de reducir las desigualdades sociales y regionales, COMPARATO entiende que la Constitución ha determinado, aunque implícitamente, una política de redistribución equitativa de propiedades, principalmente las rurales destinadas a la explotación agrícola, consideradas bienes de producción por excelencia<sup>224</sup>.

Conforme a esta línea de pensamiento, el incumplimiento de los deberes fundamentales del propietario rural, por ejemplo, conformaría una causa de

---

<sup>221</sup> COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres (...)”. En STROZAKE, Juvelino José (org.). *A questão agrária...op. cit.*, p. 139.

<sup>222</sup> *Ibidem*, pp. 140 y 141.

<sup>223</sup> *Ibidem*, pp. 142 y 143.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 144.

expropiación por interés social, no siendo legítimo el pago de indemnización. En estos casos, la expropiación no se impondría como una medida de sacrificio de un derecho individual, sino que configuraría la imposición de una sanción administrativa en razón del no cumplimiento de un deber fundamental. En sus propias palabras COMPARATO asegura que:

“Resarcir integralmente a aquél que no cumple su deber fundamental de propietario es proceder con manifiesta injusticia, premiando el abuso. Con relación a los demás sujetos privados, el no cumplimiento del deber social de propietario significa una lesión al derecho fundamental del acceso a la propiedad, notablemente la de exclusión de pretensiones posesorias de otros, deben ser alejadas. (...) Aquellos que no cumplen con la función social de la propiedad pierden sus garantías, judiciales y extrajudiciales, de protección de la posesión, inherentes a la propiedad, como el derecho de autoprotección inmediata de la posesión (...) y las acciones posesorias”<sup>225</sup> (traducción propia).

En el ámbito de esta doctrina, que se ha desarrollado muy orientada a las determinaciones constitucionales referentes a la propiedad rural, se entiende que el derecho de propiedad no pierde su carácter de derecho subjetivo e individual. No obstante, extrayendo de la Constitución el argumento de que no todas las propiedades deben ser tratadas como derechos fundamentales, se defiende la retirada del aspecto de “fundamental” de las propiedades cuya explotación resulte en frutos que trasciendan las necesidades individuales. Bajo este prisma, se afirma que el suelo explotado como un negocio atribuiría deberes fundamentales a sus propietarios, instituidos en razón de la función social, cuya inobservancia implicaría la expropiación por interés social de reforma agraria, no siendo debido el pago de indemnización<sup>226</sup>.

Cabe señalar que al emplear el termino propiedad-función social, dicha doctrina no hacía referencia a la teoría original de DUGUIT, que entendía la propiedad como una función social, conforme ya hemos podido señalar, sino al tipo de propiedad que según sus postulados recibe protección en el ámbito constitucional, esto es, la propiedad que cumple su función social. Igualmente creemos oportuno indicar que

---

<sup>225</sup> *Ibíd.*, p. 145. Originalmente: “Ressarcir integralmente aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso. Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas. (...) Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerente à propriedade, como o desforço privado imediato (...) e as ações possessórias”.

<sup>226</sup> *Ídem*. En sentido similar se ha posicionado GRAU para quien el principio de la función social de la propiedad impone al propietario o al poseedor del poder de control, en la empresa, el deber de ejercitarlo en beneficio de otros y no, solamente, de no ejercitarlo en perjuicio de otros. El autor señala que eso viene a significar que la función social de la propiedad opera como fuente de imposición de comportamientos positivos – prestaciones de hacer, por lo tanto, y no, meramente, de no hacer – al poseedor del poder que fluye de la propiedad. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...op. cit.*, p. 245.

esta doctrina se diferencia de la primera - en la cual la función social de la propiedad se reconocía como un límite externo al ejercicio del derecho de propiedad; en la medida en que defiende la función social como presupuesto de la existencia del derecho de propiedad. Por último, indicar que dicha corriente no ha encontrado respaldo jurisprudencial y pocos han sido sus defensores en el ámbito doctrinal, principalmente debido a la contrariedad que establece con lo dispuesto en el texto constitucional sobre la previsión de justa indemnización en casos de expropiación<sup>227</sup>.

### 3. La función social como elemento interno del derecho de propiedad:

Son muchos los autores brasileños contemporáneos que comprenden la función social como un elemento interno del derecho de propiedad, y que entienden que su introducción en la estructura del derecho por el texto constitucional de 1988 genera una necesaria revisión de su conceptualización<sup>228</sup>. Dicho posicionamiento doctrinal se presenta como la superación de la teoría original de DUGUIT y del entendimiento acerca de la configuración de la función social como límite externo al derecho de propiedad<sup>229</sup>.

Conforme a esta corriente de pensamiento, la Constitución Federal de 1988 ha proporcionado un avance fundamental para la consolidación de una nueva concepción del derecho de propiedad, que se fundamenta en la introducción de un nuevo elemento en la estructura del derecho: la función social de la propiedad<sup>230</sup>. La

---

<sup>227</sup> En este sentido el art. 5, apartado 24: "la ley establecerá el procedimiento para la expropiación por causa de necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante justa y previa indemnización en dinero, salvo los casos previstos en esta Constitución"; art. 182, apartado 4: "Se permite al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el Plan Director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: 1. parcelación o edificación obligatorias; 2. impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo; 3. expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales"; art. 184: "Es competencia de la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no está cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida en la ley" y art. 243 "Las tierras, de cualquier región del país, en las que fuesen localizados cultivos ilegales de plantas psicotrópicas, serán inmediatamente expropiadas y destinadas específicamente al asentamiento de colonos para el cultivo de productos alimenticios y medicinales, sin ninguna indemnización al propietario y sin perjuicio de otras sanciones previstas en la ley".

<sup>228</sup> Entre otros, véase: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 272 y ss.; TEPEDINO, Gustavo. "Contornos constitucionais da propriedade privada"...*op. cit.*, p. 276 y ss.; SCHREIBER, Anderson. "Função social da propriedade (...)"...*op. cit.*, p. 159; GOMES, Orlando. *Direitos reais...op. cit.*, p. 108; y FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. V. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 321.

<sup>229</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais...op. cit.*, p. 258.

<sup>230</sup> TEPEDINO, Gustavo. "A função social da propriedade e o meio ambiente". En TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 183.

concepción de propiedad privada que conforme a dicha doctrina se desprende del ámbito constitucional, trae como base la funcionalización del derecho de propiedad en razón de intereses sociales, viniendo a sustituir la “trasnochada concepción individualista de la propiedad privada”<sup>231</sup>.

En este marco teórico, la función social se concretaría como elemento calificador en la predeterminación de los modos de adquisición, goce y utilización de los bienes, manifestándose en la propia configuración estructural del derecho de propiedad. Así, el núcleo central del concepto de función social de la propiedad se identificaría en el condicionamiento de la tutela del derecho del propietario a la realización de los valores constitucionales y a la satisfacción de intereses distintos a los del propietario, considerados socialmente relevantes<sup>232</sup>.

En conexión con esta afirmación se indica el hecho del legislador constitucional de 1988, al definir los ‘Fundamentos y Objetivos’ de la República brasileña, haber subordinado la utilización de los bienes patrimoniales a la atención de derechos existenciales y sociales, tales como la dignidad de la persona (art. 1, apartado 3) o la solidaridad social y el deber de disminución de las desigualdades sociales y regionales (art. 3, apartados 1 y 3). Principios que, según informa TEPEDINO, no pueden ser reducidos a “letra muerta de la ley”, debiendo vincular los titulares de derechos patrimoniales y participar en la definición jurídico-conceptual de la función social de la propiedad<sup>233</sup>.

Conforme enseña SILVA, con esa concepción el intérprete debe comprender las normas constitucionales que fundamentan el régimen jurídico de la propiedad:

“[la función social de la propiedad privada implica] una transformación destinada a incidir, sea bajo el argumento de la atribución de poderes al propietario, sea, más concretamente, sobre el modo en que el contenido del derecho viene positivamente determinado, lo que le posiciona como elemento calificador de la situación jurídica considerada, manifestándose, conforme a las hipótesis, bien como condición de ejercicio de facultades atribuidas, bien como obligación de ejercitar determinadas facultades de acuerdo con las modalidades

---

<sup>231</sup> SCHREIBER, Anderson. “*Função social da propriedade (...)*...*op. cit.*, p. 159.

<sup>232</sup>[dem.

<sup>233</sup> TEPEDINO, Gustavo. “*A função social da propriedade e o meio ambiente*”...*op. cit.*, pp. 182 y 183, en las cuales sigue explicando que el ordenamiento, ante el texto constitucional, no puede dar cobijo a la visión de propiedad privada como espacio inmune a la injerencia del poder público. Que, al revés, si el ordenamiento es unitario, si tales deberes constitucionales son vinculantes – bajo pena de no se preservar la propia noción de ordenamiento–, la función social de la propiedad, como expresión de prioridad constitucional a los valores de la solidaridad, igualdad y dignidad de la persona humana, se transforma en elemento interno del dominio, de tal manera que las libertades individuales deben tener por función, al lado de la legítima preocupación con los intereses de su titular, el alcance de intereses socialmente relevantes alcanzados por su ejercicio.

preestablecidas. En fin, la función social se manifiesta en la propia configuración estructural del derecho de propiedad, poniéndose concretamente como elemento calificador en la predeterminación de modos de adquisición, goce y uso de los bienes”<sup>234</sup> (traducción propia).

En el ámbito de dicha corriente, se propone una nueva configuración para el derecho de propiedad privada, que dejaría de configurarse como un derecho subjetivo para presentarse como una situación jurídica compleja<sup>235</sup>. En este sentido MARTINS-COSTA afirma que:

“(…) la función social exige la comprensión de la propiedad privada no más como un verdadero monolito sujeto a deducción en los códigos decimonónicos, y sí como una pluralidad compleja de situaciones jurídicas reales que engloban, concomitantemente, un complejo de situaciones jurídicas subjetivas”<sup>236</sup> (traducción propia).

Conforme aseguran FARIAS y ROSENVALD, en torno a esta nueva concepción, el propietario no estará solamente en el polo pasivo de su derecho subjetivo, sino que también se encontrará en el polo activo tanto de derechos colectivos y difusos de la sociedad, como de derechos individuales no propietarios:

“El propietario se encontrará en situaciones activa y pasiva, y solamente podrá demandar abstención de la colectividad si, por su parte, atender a la función social. (...) la propiedad

---

<sup>234</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 286. Originalmente: “Com essa concepção é que o interprete tem que compreender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia enquanto atende sua função social, implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas. Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.

<sup>235</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p. 321; SCHREIBER, Anderson. “*Função social da propriedade (...)*”...*op. cit.*, p. 159; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148; PIRES, Lillian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana...op. cit.*, p. 70; TEPEDINO, Gustavo. “*A função social da propriedade e o meio ambiente*”...*op. cit.*, p. 186.

<sup>236</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código...op. cit.*, p. 148. Originalmente: “(...) a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas”. En sentido similar, TEPEDINO señala que la construcción, fundamental para la comprensión de numerosas modalidades contemporáneas de propiedad, sirve como moldura para una posterior elaboración doctrinaria, que entrevé en la propiedad no más una situación de poder, considerada por sí sola y de manera abstracta, el derecho subjetivo por excelencia, y sí una situación jurídica subjetiva típica y compleja, necesariamente en conflicto o ligada con otras, que encuentra su legitimidad en la concreta relación jurídica en la cual se inserta. TEPEDINO, Gustavo. “*Contornos constitucionais da propriedade privada*”...*op. cit.*, p. 279.

se presenta como un centro de imputación de intereses diversos, a partir de una articulación entre el interés del titular y la utilidad social”<sup>237</sup> (traducción propia).

Los autores siguen explicando que el entendimiento de la propiedad como derecho subjetivo se fundamenta en una confusión entre propiedad y dominio. Ser propietario, conforme a este entendimiento, significa ostentar los poderes de usar, gozar, disponer y revindicar, y solamente esos. En este contexto, la situación propietaria confiere al propietario la gerencia absoluta de sus bienes, excluyendo de las demás personas y del propio Estado, cualquier pretensión sobre el bien apropiado. Tal conclusión puede, incluso, ser entendida como una estrategia de construcción moderna para el establecimiento de un modelo propietario unitario e invariable, incapaz de separar el derecho de propiedad de su objeto. Situación que viene a facilitar, según los autores, una visión de la propiedad como extensión del individuo, que lanza sobre el bien sus poderes absolutos fundados en un derecho subjetivo natural<sup>238</sup>. De esa manera:

“Solamente por medio de la diferenciación entre propiedad y dominio, podemos revocar el inútil mecanismo de dicotomía entre derechos reales y obligaciones que, durante aproximadamente dos siglos, ha servido solamente para crear una red de protección en torno del absolutismo de la propiedad, impidiendo su relativización. O sea, se elaboró una concepción formal y aséptica por la cual la propiedad sería el poder de las personas sobre objetos, mediante una sociedad indiferente y paralizada. Se trata de una perversa aplicación del individualismo burgués, pues los derechos absolutos no pueden ser funcionalizados y cualquier conducta activa de los propietarios ante la sociedad pasa a ser calificada como ‘caridad’, jamás una obligación”<sup>239</sup> (traducción propia).

Otra cuestión bastante comentada en la doctrina y que encuentra amparo en el contexto del entendimiento que se analiza, gira en torno a la vinculación del fenómeno de la diversificación de la propiedad en distintos institutos a la función social de la

---

<sup>237</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p. 321. Originalmente: “O proprietário se encontrará em situações ativa e passiva y somente poderá demandar abstenção da coletividade se, por seu lado, conceder função social. (...) a propriedade se apresenta como um centro de imputação de interesses diversos, a partir de uma articulação entre o interesse do titular e o da utilidade social”.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>239</sup> *Ídem*. Originalmente: “Apenas diferenciando propriedade e domínio, podemos revogar o inútil mecanismo de dicotomia entre direitos reais e obrigacionais, que por cerca de dois séculos serviu somente para criar uma redoma em torno do absolutismo da propriedade, impedindo a sua relativização. Ou seja, criou-se uma concepção formal e asséptica pela qual a propriedade seria o poder de pessoas sobre objetos, diante de uma sociedade indiferente e paralizada. Trata-se de uma perversa aplicação do individualismo burguês, pois os direitos absolutos não podem ser funcionalizados e qualquer conduta ativa dos proprietários perante a sociedade passa a ser qualificada como ‘caridade’, jamais uma obrigação de fazer”.

propiedad<sup>240</sup>. Conforme a SCHREIBER, la función social de la propiedad es el elemento responsable del surgimiento de regímenes o estatutos legales diferenciados<sup>241</sup>. En el mismo sentido se ha manifestado SILVA, para quien la distinción de regímenes propietarios, reconocidos en el ámbito de la Constitución Federal de 1988, trae como consecuencia la manera con que la función social actúa sobre el contenido de cada derecho, configurándolo y delimitándolo conforme al destino concretado específicamente para el bien objeto de derecho<sup>242</sup>.

#### 4. Posición que se mantiene sobre la función social de la propiedad y algunas aportaciones desde la doctrina y jurisprudencia españolas:

Tratar sobre la configuración jurídica de la función social de la propiedad en el ámbito de la Constitución Federal de 1988 tiene que ver con definir el alcance de su incidencia en el ámbito del derecho de propiedad. Se relaciona con la identificación del nivel de compromiso de un ordenamiento jurídico con la instrumentalización de un derecho de propiedad, tomado en sentido institucional, capaz de conectar con las necesidades colectivas y generales que se imponen en la construcción y mantenimiento de un Estado social y democrático.

En este sentido, es una cuestión que lleva como trasfondo la adopción de una orientación ideológica que permea el ordenamiento jurídico y trae como consecuencia efectos jurídicos concretos sobre determinados institutos señaladamente relevantes económica y socialmente, como por ejemplo, y aquí nos remitimos a una cuestión de especial interés en el ámbito del derecho urbanístico: dependerá del entendimiento que se adopte sobre la inclusión o no de la función social de la propiedad en la estructura misma del derecho de propiedad la consideración como indemnizables o no las limitaciones urbanísticas impuestas a la propiedad urbana inmobiliaria orientadas al cumplimiento de la función social de determinado bien objeto de derecho.

Configurada la función social como elemento interno del derecho de propiedad que la conforma, no hay que hablar de indemnizaciones, ya que dichas restricciones estarían conformando el propio contenido del derecho; en caso contrario, considerada

---

<sup>240</sup> Véase TEPEDINO, Gustavo. *“Contornos constitucionais da propriedade privada”...op. cit.*, pp. 303-309; GRISARD FILHO, Waldyr. *“A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)”*. En RAMOS, Carmen Silveira (Org.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 246 y 247; y VARELA, Laura Beck y LUDWIG, Marcos de Campos. *“Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito”*. En MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 763-788.

<sup>241</sup> SCHREIBER, Anderson. *“Função social da propriedade (...)”...op. cit.*, p. 104.

<sup>242</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 72 y 73.

la función social como límite externo al derecho de propiedad, la indemnización se justifica porque limita excepcionalmente el poder de señorío del propietario. Así, estamos ante una cuestión que pone de manifiesto la carga ideológica de un sistema de derecho, expresada en la problemática constante del mantenimiento de la concepción política liberal individualista o el compromiso con un cambio de rumbo, hacia una sociedad más solidaria en la cual la propiedad debe ser ejercida también en razón de los intereses de la colectividad.

Centrándonos en el análisis del tenor literal de los dispositivos constitucionales que hacen referencia a la función social de la propiedad privada, nos parece que la intención del legislador constituyente era manejar distintas posibles configuraciones o no comprometerse con una en concreto. Al determinar que “la propiedad cumplirá su función social” en precepto distinto de aquél que garantiza el derecho de propiedad, se puede interpretar que el legislador constituyente viene a consagrar la propiedad en su concepción subjetiva individualista, ubicando la función social como límite externo al ejercicio de este derecho, conforme se desprende de la primera doctrina que hemos enseñado anteriormente.

La lectura de los arts. 182 apartado 2, en el cual se vincula el cumplimiento de la función social de la propiedad urbana a la observancia de las exigencias del Plan Director (plan general urbanístico municipal) y del 186, que vincula el cumplimiento de la función social de la propiedad rural a la observancia de determinados requisitos impuestos en el propio texto constitucional; nos hace pensar que la función social puede considerarse un elemento que integra el contenido del derecho de propiedad, vinculándole a situaciones jurídicas e intereses no propietarios pero socialmente tutelados, de acuerdo con los postulados defendidos por la tercera doctrina arriba indicada.

En una primera aproximación al tema, nos posicionamos en el sentido de que la interpretación infraconstitucional, conforme al caso concreto, será la que defina la configuración de la función social de la propiedad, que conforme al texto constitucional puede vincularse al derecho de propiedad como un límite externo o como un elemento estructural del derecho. Entendemos que, en la medida en que no se asuma una posición que sea contraria y que afronte directamente preceptos recogidos en la Constitución, los dispositivos en que se introduce la función social de la propiedad en la Constitución, pueden recibir distintas interpretaciones, cuyos efectos tendremos que buscar en el caso concreto en que se estén aplicando. Nos remitimos a la

jurisprudencia con el objetivo de que se vislumbre y se confirme lo que estamos afirmando.

En sentencia proferida por el Superior Tribunal de Justicia, juzgada en 17 de mayo de 1993, en voto proferido por el ministro García Viera ha quedado manifiesto que:

“De la caída del muro de Berlín y del desmantelamiento del imperio comunista ruso soplan vientos liberales en todo el mundo. El Estado todopoderoso y propietario de todos los bienes y que preserva solamente los intereses colectivos, en detrimento de los derechos individuales, no consigue sobrevivir. (...) Nadie niega al poder público el derecho de instituir parques nacionales, regionales o municipales, siempre que lo haga respetando el sagrado derecho de propiedad asegurado por la Constitución Federal anterior (art. 153, apartado 22) y por la vigente (art. 5, apartado 22). (...) El hecho de que el legislador constitucional garantice el derecho de propiedad, pero exija que éste atienda a una función social (apartado 23) no ha llegado al punto de transformar la propiedad en mera función, pesada obligación e injustificable deber para el propietario”<sup>243</sup> (traducción propia).

Nótese con respecto a dicha jurisprudencia que el contenido ideológico sugerido por la expresión función social de la propiedad ha hecho que se le trate como una amenaza de negación a la propiedad privada en cuanto institución y al propio sistema capitalista, reafirmandose una posición liberal e individualista de la propiedad privada.

En sentencia proferida en sede de Acción Directa de Inconstitucionalidad juzgada en abril de 2004 por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, es posible identificar la tendencia hacia el reconocimiento de la función social como elemento inherente al derecho de propiedad, en los siguientes términos:

“El *derecho de propiedad* no se reviste de carácter absoluto, ya que, sobre él, pesa grave hipoteca social, lo que significa que, incumplida la *función social que le es inherente* (CF, art. 5, XXIII), se legitima la intervención estatal en la esfera dominical privada, observados, no obstante, para estos efectos, los límites, las formas y los procedimientos fijados en la propia Constitución. El acceso a la tierra, la solución de los conflictos sociales, el aprovechamiento adecuado del inmueble rural, la utilización apropiada de los recursos

---

<sup>243</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial 32.222-8/PR, juzgado en 17 de mayo de 1993, Relator ministro Garcia Vieira. Órgano Especial. Disponible en <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576847/recurso-especial-resp-32222> (última consulta enero de 2015). Originalmente: “Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do império comunista russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência. Ninguém nega ao Poder Público o direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, contanto que o faça respeitando o *sagrado* direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal anterior (artigo 153, §22) e pela vigente (artigo 5º, inciso XXII). (...) O fato de o legislador constitucional garantir o direito de propriedade, mas exigir que ele atenda a sua função social (XXIII) não chegou ao ponto de transformar a propriedade em mera função e em pesado ônus e injustificável dever para o proprietário”.

naturales disponibles y la preservación del ambiente, constituyen elementos de la realización de la función social de la propiedad”<sup>244</sup> (traducción propia).

Con respecto a la posición jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal que se trae a colación, es importante indicar que es la que con más detalle toca el tema de la función social de la propiedad. Así mismo, es necesario emprender un cierto esfuerzo interpretativo para extraer de los términos que en ella se emplean, en especial de la referencia a la función social como elemento *inherente* al derecho de propiedad – entendido el vocablo inherente como “qué es atributo o propiedad de algo o alguien” o “qué es parte de (persona o cosa)” en el ámbito de la lengua portuguesa<sup>245</sup> –; para afirmar la configuración jurídica de la función social como elemento interno del derecho de propiedad. Señalar que dicho pronunciamiento posee efecto vinculante con respecto a cualquier otro procedimiento en que se discute materia idéntica en el ámbito de este mismo Tribunal.

No obstante, creemos necesaria y oportuna la realización de este esfuerzo interpretativo, que en ámbito constitucional encuentra otros puntos de apoyo, a nuestro entender, capaces de descubrir u ofrecer fuertes indicios de la intención y voluntad del legislador constituyente con respecto al papel que deba desempeñar la función social en el ámbito del derecho de propiedad privada.

Primeramente, desde un prisma más ideológico, entendemos que los dispositivos relativos a la función social de la propiedad no pueden ser tomados de manera aislada, su estudio debe necesariamente considerar los principios fundamentales de la Constitución, que en su propia opción axiológica prima valores existenciales sobre valores meramente patrimoniales<sup>246</sup>. Así, la noción de función

---

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI-MC 2213 DF, juzgada en 4 de abril de 2002. Relator ministro Celso de Mello, Pleno. Disponible en <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df> (última consulta enero de 2015). Originalmente: “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria CR. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade”.

<sup>245</sup> Así queda recogido en el diccionario Aurélio de la lengua portuguesa, uno de los más tradicionales de Brasil. Originalmente: “Significado de Inerente: 1 Intimamente unido; 2 Que é atributo ou propriedade de algo ou alguém; y 3 Que faz parte de (pessoa ou coisa)”. DICIONÁRIO AURÉLIO DA LÍNGUA PORTUGUESA VERSÃO ONLINE. Disponible en <http://www.dicionariodoaurelio.com> (última consulta febrero de 2015).

<sup>246</sup> TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição (...)”...*op. cit.*, p. 10. Afirma el autor que en esta cuestión se percibe la diferencia fundamental entre la cláusula general admitida por la Escuela de la Exegesis (...) y la técnica de las cláusulas generales impuestas por la contemporaneidad, que reclama, necesariamente, una definición normativa (narrativa) de criterios

social y del propio derecho de propiedad debe ser informada por estos valores existenciales e intereses socialmente relevantes, aunque fuera del contexto literal de los referidos preceptos.

En segundo lugar, desde un punto de vista más técnico, el legislador constituyente al reconocer la existencia de propiedades con distintas relevancias y finalidades sociales y económicas de acuerdo con los bienes objeto del derecho de propiedad, también estaba reconociendo la función social como la causa de tal fenómeno. La definición de la función o destinación que deba desempeñar determinado bien es lo que viene a determinar el contenido de su derecho. Por lo tanto, la función social actúa desde dentro de la estructura del derecho para configurar y conformar su contenido en razón del bien o categorías de bienes a los que se refiera.

En este punto, nos apoyamos en posiciones doctrinales conformadas en el ámbito del ordenamiento español, para sostener las afirmaciones que se hacen sobre el papel destacado de la función social en el fenómeno de la diversificación del dominio. Conforme a LÓPEZ y LÓPEZ:

“La función social, ella misma, es la causa principal del pluralismo, al modelarse con variedad de técnicas y sobre una variedad de bienes, de los que se atiende en cada caso la específica trascendencia económica-social. Queda claro con ello que la función social de la propiedad no tiene un contenido uniforme, en cuanto es directamente conformadora de una variedad de resultados en los haces de facultades y condiciones de ejercicio de las distintas propiedades”<sup>247</sup>.

En sentido similar se ha manifestado MONTÉS PENADÉS, quien, tras señalar que “la especialidad de las propiedades debe medirse por el parámetro de trascendencia respecto del interés público”, añade en consecuencia que “el derecho de propiedad, reconocido como tal en la Constitución, contendrá las facultades que la ley determine según el criterio de la función social”<sup>248</sup>.

Igualmente oportunas nos parecen las aportaciones de MUÑOZ GUIJOSA sobre esta cuestión:

---

interpretativos coherentes con la *ratio* del sistema, orientada a valores no patrimoniales, como quiere, en el caso brasileño, el texto constitucional.

<sup>247</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 65.

<sup>248</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada...op. cit.*, p. 154.

“Es precisamente esta diversidad de fines, de destinos económicos del bien y bienes con relevancia social, la que hoy día, según pone de manifiesto la doctrina, genera la diversidad de los llamados ‘estatutos dominicales’. De esta forma, si la función social es el elemento del derecho de propiedad privada que hace referencia a la destinación económica del bien objeto de derecho, que es activado legislativamente en la medida en que se aprecie la relevancia social de aquél, y si una vez activado opera sobre el contenido del derecho, configurándolo y delimitándolo de conformidad con el destino concretado, la necesaria consecuencia resulta ser la diversidad de contenidos del derecho de propiedad sobre cada bien o categoría de bienes”<sup>249</sup>.

De esta última transcripción extraemos un concepto de función social de la propiedad que nos parece enriquecedor con respecto a la doctrina elaborada en Brasil, en la medida en que es muy explicativo con respecto a la relación que se establece entre el elemento funcional del derecho de propiedad y la conformación de su contenido como consecuencia de la activación de dicho elemento en razón de la relevancia social del bien objeto de derecho. Del análisis de lo dispuesto en el art. 33.2 de la Constitución española, donde se determina que “La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”, y de los demás preceptos constitucionales concordantes en la materia, la autora concluye que la función social de la propiedad privada se configura constitucionalmente como el “elemento del derecho de propiedad que definido, en su caso, por el legislador, hace referencia a la destinación del bien objeto del derecho, incorporando de esta forma los intereses colectivos en el seno de aquél”<sup>250</sup>.

De acuerdo con esta definición de función social de la propiedad, la configuración constitucional de la materia se centra en cuatro cuestiones básicas: a) la disposición de la función social de la propiedad privada como elemento integrante del derecho de propiedad; b) la identificación de la función social de la propiedad con la destinación del bien; c) la incorporación por medio de la función social de la propiedad de los intereses de la colectividad en el interior del derecho de propiedad privado; y d) la concreción de la función social de la propiedad por el legislador.

En el contexto de la doctrina española que aboga por la configuración de la función social como elemento interno del derecho de propiedad <sup>251</sup>, con REY

---

<sup>249</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo. De la Constitución a la Ordenación Urbana*. Cizur Menor: Civitas, 2009, p. 148.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>251</sup> Véase, entre otros, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional...op. cit.*, pp. 47 y 48, donde se afirma que “No se trata de un principio general del Derecho [la función social de la propiedad], que desde el exterior, sus manifestaciones originalmente ilimitadas, sino que constituye, por el contrario, un elemento intrínseco e interior, el espíritu interno de la propiedad, siendo, por consiguiente, el que da la medida y las dimensiones a la estructura propietaria”. Así mismo LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel. *La*

MARTINEZ, se afirma que la función social no puede ser entendida como una actuación de intereses ajenos al titular, y eso es así porque la propiedad sigue siendo, aún en la actualidad, un medio para la satisfacción primaria del interés del propietario, interés que, tras la promulgación de la Constitución española de 1978, debe armonizarse con el interés de la colectividad<sup>252</sup>. Se entiende que la utilidad individual del propietario y la social deben unirse, en consecuencia, “inescindiblemente en armónica y equilibrada relación”<sup>253</sup>.

No cabe de esta forma hablar de contraposición y consiguiente subordinación del derecho subjetivo del propietario a los intereses de la colectividad<sup>254</sup>. Este aspecto parece recurrentemente ignorado por la doctrina brasileña, que insiste en afirmar que el principio de la función social somete el interés particular del propietario al interés de la colectividad. Lo que ocurre, apoyándonos en el entendimiento doctrinal arriba indicado, es que tanto el legislador infraconstitucional como el juez del caso concreto deben buscar por medio de la aplicación del principio de la función social, una destinación al bien objeto de derecho que sea de interés para su propietario y a la vez, sirva de la mejor manera posible a los intereses y necesidades de la colectividad.

Llegados a este punto, retomamos las posiciones doctrinales con respecto a la configuración jurídica de la función social de la propiedad conforme al texto constitucional brasileño para explicar que, pese a nuestra afinidad con los postulados defendidos por la doctrina que ubica la función social en el ámbito interno del derecho de propiedad, no coincidimos con el sector doctrinal que defiende un cambio en la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, el cual dejaría de ser un derecho para configurarse como una situación jurídica compleja, como consecuencia inmediata de la introducción en el ámbito propietario de intereses ajenos a los suyos<sup>255</sup>.

---

*disciplina constitucional...op. cit.*, pp. 55 y ss.; MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis. *La propiedad privada...op. cit.*, p. 191 y ss.; ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana...op. cit.*, p. 115 y ss.; GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución...op. cit.*, p. 780 y ss.; y LEGUINA VILLA, Jesús. “El régimen constitucional de la propiedad privada”. *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 3, mayo/agosto 1994, p. 12, que considera la función social como un “elemento estructural de la definición del derecho de propiedad, un elemento interno o inherente al concepto mismo de propiedad privada”.

<sup>252</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada...op. cit.*, p. 358.

<sup>253</sup> COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad...op. cit.*, p. 73.

<sup>254</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, p. 116. En sentido similar BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional...op. cit.*, p. 56 y ss. y LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad...op. cit.*, p. 175.

<sup>255</sup> En este sentido se han manifestado FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p. 321; SCHREIBER, Anderson. “*Função social da propriedade (...)*”...*op. cit.*, p. 159; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código...op. cit.*, p. 148; PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana...op. cit.*, p. 70; TEPEDINO, Gustavo. “*A função social da propriedade e o meio ambiente*”...*op. cit.*, p. 186.

Apoyándonos en la doctrina española arriba referida, entendemos que en el contexto constitucional brasileño, incluso porque en el art. 5 apartado XXII garantiza el *derecho* a la propiedad privada, ésta sigue caracterizándose como un haz de facultades individuales sobre los bienes, pero también y de manera concomitante, como un conjunto de deberes fijados en atención a los intereses de la colectividad, que se introducen por medio de la función social, elemento que se identifica con la destinación específica del bien objeto de derecho y que debe interesar al propietario y a la colectividad<sup>256</sup>. Así, la naturaleza jurídica de la propiedad como derecho subjetivo es mantenida pero ahora acrecida del elemento funcional. En este contexto, no contemplamos la existencia de un conflicto de intereses que lleve a la subordinación de uno en razón de otro.

Reforzamos nuestra posición trayendo a colación la oportuna posición manifestada en el ámbito del Tribunal Constitucional español, en la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, en la cual se recoge que la función social es “elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad” o “factor determinante de la delimitación legal de su contenido”, con referencia a la Constitución española (art. 33.2), y que si bien ésta “reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamado a cumplir”. Concepción ésta que la propia sentencia llega a referir al “contenido esencial” de la propiedad privada, según esto incluiría a la función social “entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes”<sup>257</sup>.

Retomando una vez más nuestras consideraciones acerca de las posiciones identificadas en la doctrina brasileña referentes al punto que aquí se trata, indicar que con respecto a la segunda posición doctrinal presentada – en cuyo contexto se defiende una posición radical con relación a las consecuencias del incumplimiento de la función social – entendemos que, específicamente con respecto a este aspecto, su

---

<sup>256</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, p. 126. En la doctrina brasileña interesantes las aportaciones se identifican en GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...op. cit.*, pp. 240-244.

<sup>257</sup> ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (FJ 3). Recurso de Inconstitucionalidad 685/1984. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1987-9279) (última consulta enero de 2015).

aplicabilidad afronta el texto constitucional y por lo tanto no tiene cabida. El art. 60 apartado 4 resguarda el derecho de propiedad de actuaciones legislativas tendentes a su abolición, por el cual la pérdida del derecho queda sometida a requisitos y procedimientos específicos previstos en el ordenamiento para los casos de expropiación, incluyendo aquellos llevados a cabo en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad<sup>258</sup>.

Por último y considerando todo lo expuesto, entendemos que el legislador constituyente brasileño ha utilizado una técnica jurídica para introducir la función social de la propiedad, que posibilita la formulación de distintas concepciones acerca de su configuración. La concreción del alcance que opera la función social en el derecho de propiedad, dependerá en gran medida de la posición ideológica del interprete infraconstitucional a quien compete definirla y aplicarla en el caso concreto, situación bastante peligrosa, desde nuestro punto de vista, teniendo en consideración que la sociedad brasileña está marcada en su esencia por el patrimonialismo, aspecto sobre el cual tendremos la oportunidad de incidir y detallar en apartado específico del capítulo III del presente estudio.

Nos parece que el legislador constituyente perdió una muy buena oportunidad de, por medio de la elaboración de un texto constitucional con preceptos donde claramente se vincula la función social con la delimitación del contenido del derecho de propiedad, romper jurídicamente con el tradicional concepto de propiedad privada impuesto en los moldes del liberalismo económico y avanzar rumbo hacia la concretización de los propios valores recogidos en la Constitución Federal de Brasil<sup>259</sup>.

#### **I.2.2.2. Operatividad de la función social de la propiedad**

Del contenido determinado en los preceptos de la Constitución Federal de Brasil de 1988 que se relaciona con la introducción de la función social en el ámbito del derecho de propiedad privada, se desprende una distinción entre tipos de bienes,

---

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...op. cit.*, p. 338, explica que pese a su posición favorable al entendimiento de que los casos de expropiación por incumplimiento de la función social no deben ser indemnizados, no propone su aplicación en el ordenamiento brasileño en razón de su incoherencia con lo dispuesto en la Constitución brasileña de 1988.

<sup>259</sup> Sobre la cuestión de la no vinculación expresa del contenido del derecho de propiedad a la destinación del bien conforme a su función social, BRITTO es crítico con la opción del Legislador constituyente brasileño explicando que éste, opta siempre por innovaciones meramente cosméticas; por saber que la propiedad es situación que se configura de dimensión estructural, que responde por las relaciones sociales de base y que democratizar su dominio y atribuirle una obligatoria función social sería lo mismo que 'mover un avispero'. BRITTO, Carlos Ayres. "Direito de propriedade: O novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade". *Revista de Direito Público*. Vol. 22, núm. 99, julio/septiembre 1989, p. 46.

algunos señaladamente afectados por la función social de su derecho y otros no. Hay bienes que el legislador ha identificado como esenciales a la construcción y mantenimiento de la dignidad de las personas. Ejemplo de ello son el suelo rural y el suelo urbano, que deben ser económicamente gestionados no exclusivamente en interés individual del propietario, sino también dirigidos a la realización del interés colectivo.

En razón de la trascendencia económica y social de determinados bienes, el legislador determinará la función social que deban cumplir, de manera que el ejercicio del derecho de propiedad se realice atendiendo a intereses individuales y colectivos<sup>260</sup>. Así, la función social opera sobre el contenido del derecho de propiedad, actuando sobre las posibles facultades propietarias que le conformarán.

En el contexto del ordenamiento jurídico brasileño, GOMES, con fundamento en las enseñanzas de Rodotá<sup>261</sup>, explica que la función social de la propiedad se manifiesta en el contenido del derecho de propiedad de tres maneras<sup>262</sup>: a) Por medio de la falta de atribución de determinadas facultades al propietario; b) A través del establecimiento de un conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades atribuidas; y c) Imponiendo obligación de ejercitar determinadas facultades.

Con respecto a la privación de facultades, en el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño, a título de ejemplo, se puede citar la decisión relativa a la destinación de determinado suelo como área de reserva legal o área de preservación permanente, conforme los preceptos dispuestos en el Código de Florestas de Brasil<sup>263</sup>. En estos casos, la limitación consiste en la permanencia del área en su estado natural, no atribuyéndose al propietario la facultad para construir en estas áreas, por razones, además de urbanísticas, ambientales y de equilibrio ecológico. En razón de la

---

<sup>260</sup> Afirma TEPEDINO que la función social de la propiedad debe ser entendida con una configuración flexible, modificándose de estatuto a estatuto, siempre en conformidad con los preceptos determinados en la Constitución brasileña de 1988 y con la concreta regulación de los intereses en juego. TEPEDINO, Gustavo. "Contornos constitucionais da propriedade privada"...*op. cit.*, pp. 267-291.

<sup>261</sup> En referencia a la obra Proprietà, verb. En Novissimo digesto italiano, v. XIV.

<sup>262</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais...**op. cit.*, p. 120.

<sup>263</sup> Ley 12.651, de 25 de mayo de 2012. Art. 3, apartados II y III, definen que son áreas de preservación permanente las protegidas, cubiertas o por vegetación nativa, con función ambiental de preservar los recursos hídricos, el paisaje, la estabilidad ecológica y la biodiversidad, facilitar los flujos génicos de fauna y flora, proteger el suelo y asegurar el bienestar de las poblaciones. Las áreas de reserva legal son las localizadas en el interior de una propiedad o posesión rural, delimitada en los términos del art. 12 de esta ley, con función de asegurar el uso económico de modo sostenible de los recursos naturales del inmueble rural, auxiliar en la conservación y rehabilitación de los procesos ecológicos y promover la conservación de la biodiversidad, bien como el abrigo y la protección de la fauna silvestre y de la flora nativa.

funcionalización del derecho de propiedad en estos casos, no se atribuye a su propietario el *ius aedificandi*<sup>264</sup>.

La doctrina brasileña es rápida en señalar que la no atribución de determinadas facultades al propietario con motivo de la incidencia de la función social de la propiedad en el contenido del derecho, no puede ser confundida con las limitaciones al uso de la propiedad privada que se imponen como forma de intervención de la Administración Pública en el dominio privado (servidumbres administrativas). Profundizando en ello, DERANI explica que:

“No se trata de limitar el disfrute en la relación de propiedad, sino de conformar sus elementos y sus fines dirigiéndole al atendimento de determinaciones de políticas públicas de bienestar colectivo. Ese comportamiento se establece derivado del entendimiento de que la propiedad es una relación con resultados individuales y sociales simultáneos. Los medios empleados y los resultados alcanzados deben estar en consonancia con los objetivos jurídicos”<sup>265</sup> (traducción propia).

La segunda manifestación de la función social de la propiedad en el contenido del derecho de propiedad, que habla respecto al establecimiento de un conjunto de condiciones para el ejercicio de facultades atribuidas, vincula el posible ejercicio de determinada facultad a la observancia de ciertos requerimientos<sup>266</sup>. Como ejemplo, tenemos los requerimientos que deben ser cumplidos por el propietario de suelo urbano que quiera promover su parcelación, recogidos por la Ley de Parcelación del suelo para fines urbanos<sup>267</sup>.

La última posible manifestación de la función social sobre las facultades que integrarán el contenido del derecho de propiedad, se configura por la imposición de obligación de ejercitar determinada facultad. Ejemplo típico en la doctrina brasileña de esta manifestación operativa es lo previsto en el art. 182, párrafo 4 de la Constitución, que prevé expresamente la imposición de obligación al propietario de construir o

---

<sup>264</sup> En este sentido véase JELINEK, Rochelle. “O princípio da função social da propriedade (...)”...*op. cit.*, pp. 24-26.

<sup>265</sup> DERANI, Cristiane. “A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da ‘função social’”. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 27, julio/septiembre 2002, p. 63. Originalmente: “Não se trata de limitar o desfrute na relação de propriedade, mas conformar seus elementos e seus fins dirigindo-a ao atendimento de determinações de políticas públicas de bem-estar coletivo. Esse comportamento decorre do entendimento de que propriedade é uma relação com resultados individuais e sociais simultaneamente. Os meios empregados e os resultados alcançados devem estar condizentes com os objetivos jurídicos”.

<sup>266</sup> JELINEK, Rochelle. “O princípio da função social da propriedade (...)”...*op. cit.*, pp. 27 y 28.

<sup>267</sup> BRASIL. Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 20 de diciembre de 1979, p. 19.457. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/L6766.htm) (última consulta febrero de 2015).

aprovechar adecuadamente su propiedad urbana, estableciendo un sistema sucesivo de sanciones en caso de incumplimiento de lo estipulado: parcelación obligatoria, impuesto territorial progresivo en el tiempo o expropiación, en último caso<sup>268</sup>.

No obstante estas consideraciones, del análisis de la operatividad de la función social de la propiedad privada en el texto constitucional brasileño, centrándonos en los preceptos referentes a la propiedad urbana (art. 182) y la propiedad rural (arts. 184, 185 y 186), se desprende que el legislador constituyente ha preferido vincular la operatividad de la función social de la propiedad a la imposición de restricción a conductas propietarias objetivamente determinadas como no deseables o incompatibles con el mejor aprovechamiento económico del bien objeto de derecho. Dicha vinculación se produce en detrimento de la expresa referencia a la posible imposición de obligaciones concretas, por medio de la legislación infraconstitucional, que deban ser observadas con el fin de que se realice su función social.

Aún con respecto a la operatividad de la función social en el ámbito del ordenamiento constitucional brasileño, es necesario señalar que, al indicarla entre los principios constitucionales y del orden económico, en el art. 170 de la Constitución, el legislador constituyente la alzo a la categoría de principio orientador de todo el ordenamiento. Así, configurada la función social como 'cláusula general', debe permear todo el ordenamiento jurídico, orientando las relaciones patrimoniales, de cara a someterlas al atendimento de valores existenciales y sociales.

El análisis de las decisiones judiciales revela que los tribunales brasileños vienen utilizando cada vez más, el principio de la función social de la propiedad como herramienta idónea para introducir en las relaciones de carácter patrimonial valores existenciales presentes en la Constitución, tales como: atención sanitaria universal, seguridad, acceso al trabajo o bienestar colectivo.

El Superior Tribunal de Justicia, por ejemplo, en sede de Recurso Especial, decidió que los hospitales privados, en atención al principio de la función social de la

---

<sup>268</sup> Tenor literal del párrafo 4 del art. 182: "Se permite al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el Plan Director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: I. parcelación o edificación obligatorias; II. impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo; III. expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales". Sobre la expropiación prevista en el referido precepto, BULOS afirma que su objetivo es punir el incumplimiento de obligación o deber urbanístico, impuesto al propietario de terrenos urbanos. Y que refleja, en realidad, una consecuencia a la inobservancia del principio de la función social de la propiedad. Tal apartado, opina el autor, trae un beneficio constitucional, porque posibilita la expropiación para que, en un momento posterior, el bien sea objeto de comercio. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal...op. cit.*, p. 1285.

propiedad privada, representada en el interés general de acceso a asistencia médica y al trabajo, están obligados a aceptar el ingreso de médicos y sus correspondientes pacientes en sus instalaciones, aunque estos médicos no pertenezcan a su cuerpo de profesionales<sup>269</sup>.

Otro ejemplo en este sentido, puede ser encontrado en la decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro que, tomando como fundamento básico el principio de la función social de la propiedad, determinó la retirada de cerradura instalada por un condómino en la puerta del ascensor que conducía a su planta, sometiendo el derecho de propiedad privada al interés de la colectividad, que se veía afectado, entre otros aspectos, principalmente en lo relativo a la seguridad de todos los condóminos y de otras personas con acceso a dicha propiedad<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial 27.039-3/SP, juzgado en 8 de noviembre de 1993. Relator ministro Nilson Naves, Tercera Turma. Disponible en [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199200227139&dt\\_publicacao=07-02-1994&cod\\_tipo\\_documento](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200227139&dt_publicacao=07-02-1994&cod_tipo_documento) (última consulta enero de 2015). En su voto, el ministro relator determinaba que la sentencia, fundamentada en la función social de la propiedad, y con apoyo en prestigiosa doctrina dio a la causa, en su opinión, una correcta solución. En efecto, en el caso de internamiento de pacientes, explica el referido Ministro, existe interés mayor (que el del propio paciente o el de su médico), incidiendo en llamar la atención sobre el hecho de que la sanidad es un derecho de todos pese a ser deber del Estado. Así que, sigue el Ministro explicando que, el interés no siempre habrá de coincidir con el del propietario del hospital privado. Afirmando que el derecho proclamado en el caso concreto no choca con el derecho de propiedad, ya que éste, tratándose de un derecho, es un derecho sometido a limitaciones, o, en otras palabras, la propiedad es privada, pero su función es social. Originalmente el voto recoge: "(...) Daí que a sentença, baseando-se na função social da propriedade, e se louvando igualmente, no particular, em prestigiosa doutrina, deu à espécie, a meu sentir, correta solução. Com efeito, no caso de internamento de pacientes, existe interesse maior (do próprio paciente, ou de seu médico), e olhem que a saúde é direito de todos embora seja dever do Estado!, interesse que nem sempre há de coincidir com o do proprietário do hospital privado. (...) o direito aqui nestes autos proclamado não se choca com o direito de propriedade, pois este, em sendo um direito, é um direito sujeito a limitações, ou, noutras palavras, a propriedade é privada, mas a sua função é social".

<sup>270</sup> BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Río de Janeiro. Apelación Civil 2000.001.09199, juzgada en 26 de marzo de 2001. Relator ministro Milton Fernandes de Souza. Quinta Cámara civil. Disponible en <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003689B508780F51802EF8D1C16F79880438840C3100B48> (última consulta enero de 2015). En el voto del relator del proceso, se recoge que el derecho de propiedad se debe armonizar con la respectiva función social prevista en el art. 5 apartado 23 del texto constitucional de 1988, no pudiendo representar un obstáculo al bienestar colectivo. Originalmente se recogió en dicho voto que: "O direito de propriedade deve se harmonizar com a respectiva função social (artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal) e não pode constituir obstáculo ao bem estar coletivo. Considerando também esse aspecto, a intimação para que se retire fechadura da porta de pavimento, conforme determina o ordenamento positivo que regula a matéria, configura ato administrativo de polícia válido e eficaz, porque editado com o intuito de assegurar a proteção aos usuários dos elevadores e, como consequência, de preservar o interesse coletivo em harmonia com a função social da propriedade".

## **CAPÍTULO II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DESARROLLO DEL URBANISMO**

En el capítulo anterior hemos realizado la presentación y el análisis de la evolución conceptual de la propiedad privada como institución y las consecuencias de este proceso en el ámbito del ordenamiento brasileño. Así mismo, hemos profundizado en la definición de su actual configuración jurídica recogida en la Constitución Federal brasileña de 1988 y en el Código Civil de 2002 y en la identificación de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han ido conformando a lo largo de dicho proceso con respecto a la introducción de una dimensión social en la estructura de su derecho.

Junto a la necesaria comprensión de estos aspectos se hace imprescindible, para avanzar en la consecución del objetivo académico que aquí se plantea – el análisis del régimen jurídico del uso y la ocupación de la propiedad privada urbana y de las principales leyes e instrumentos urbanísticos que inciden sobre su conformación –, la correcta comprensión del marco general en el cual se desarrolla la actividad urbanística en cuanto función pública, así como de la estructura normativa y administrativa que lo conforma, en medio de la cual se producirá la interacción regulatoria entre la propiedad privada, de manera específica la del suelo urbano, y el derecho urbanístico, en orden a la conformación del contenido de dicho derecho y a la regulación de su ejercicio hacia la consecución de intereses generales, en beneficio del establecimiento de un ambiente urbano satisfactorio desde distintos ámbitos y necesidades.

En este contexto, cabe aclarar que la actividad urbanística debe ser entendida como la intervención del poder público con el objetivo de promover la organización de los espacios habitables, a fin de proporcionar mejores condiciones de vida al ciudadano en comunidad. El desarrollo de la actividad urbanística en Brasil es de incumbencia de todos los niveles de gobierno y se extiende a todas las áreas de la ciudad, donde las actividades humanas o la preservación del ambiente natural puedan contribuir al bienestar individual y colectivo<sup>271</sup>.

Dicha actividad, en razón de la naturaleza de sus propósitos, viene determinada por los poderes públicos y debe ser regulada y ejecutada de manera

---

<sup>271</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 534.

coordinada por las distintas administraciones públicas – federal, regional y municipal –, mediante la intervención en la propiedad privada con efectos en la vida económica y social de las aglomeraciones urbanas. De ahí el reconocimiento de la actividad urbanística como una potestad pública que no supone una privación de los intereses particulares de los propietarios sino que, por medio del establecimiento de una estructura que parte de la definición del régimen jurídico de la propiedad, busca regular la utilización de las propiedades urbanas de acuerdo a la consecución de intereses generales.

Partiendo de esta premisa, en el ámbito del presente capítulo nos proponemos a trabajar en la conformación de respuestas a los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los límites de la actuación legislativa y material de cada ente en el ámbito de las competencias urbanísticas definidas en la Constitución Federal? ¿Son suficientes los instrumentos previstos en la vigente legislación urbanística para planificar el futuro desarrollo de las ciudades y disciplinar la ocupación y utilización de la propiedad urbana? ¿Están los contenidos que deben conformar dichos instrumentos, así como sus requisitos de forma, dispuestos de manera adecuada y suficiente en la normativa de referencia? ¿Conforman ellos un sistema dotado de coherencia?

Creemos oportuno avanzar que tales cuestiones se postulan en un contexto marcado por una serie de cuestiones o problemáticas que también serán objeto de análisis en el presente capítulo y que se relacionan fundamentalmente con los siguientes aspectos: el complicado sistema de reparto de competencias recogido en la Constitución Federal; la escasa normativa urbanística producida por la Unión y por los estados federados que termina por generar la producción de normativa urbanística de ámbito municipal bastante asimétrica, de difícil sistematización ante la heterogeneidad de sus determinaciones; la deficiente o insuficiente previsión normativa de aspectos formales o materiales de los instrumentos de planeamiento urbanístico, que terminan por generar la elaboración de documentos con contenidos y funciones diversas; entre otros.

En el ámbito del análisis de las estructuras que dan soporte al desarrollo de la actividad urbanística en el ordenamiento brasileño que se propone en los próximos apartados, primeramente entendemos oportuno aclarar el marco normativo relativo a la organización territorial y administrativa de Brasil, con el objetivo de determinar exactamente los distintos niveles territoriales y de gobierno existentes en el país, así como la dinámica adoptada para el reparto de competencias constitucionales entre los entes que le conforman.

Expuesto el marco general, profundizaremos en el análisis del sistema de distribución de competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo, centrándonos con detenimiento en la delimitación del bloque de competencias urbanísticas atribuidas a la Unión y a las administraciones locales o municipales, que en Brasil cuentan con la peculiaridad de poseer capacidad para aprobar sus propias leyes, lo que genera un ámbito de producción normativa bastante sensible a la promulgación de leyes municipales reguladoras de aspectos urbanísticos, desconectadas de la ley del Plan Director municipal.

En relación con esta última afirmación, en el ámbito del presente capítulo también nos proponemos identificar las actuales fuentes normativas de derecho urbanístico y el modelo de ordenación que emerge de dicho cuerpo normativo, que establece con alguna imprecisión conceptual, la adopción de un sistema de planes urbanísticos y de ordenación del territorio que se imponen desde el ámbito federal hasta el municipal. De manera específica, se profundizará en el análisis de la figura del Plan Director – previsto en la normativa de referencia como el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana, en cuyos preceptos debe quedar determinada la función social de la propiedad urbana –, que conlleva la necesaria evaluación de los efectos de una grave problemática que se vincula a la cuestión de la deficiente previsión normativa de su concepto y contenido básico.

En fin, en líneas generales, el presente capítulo se propone identificar los rasgos fundamentales del marco general en el cual los principales protagonistas del urbanismo se desarrollan: el propietario del inmueble urbano y la Administración Pública, quedando así recogida la base teórica que nos conducirá al enfrentamiento, en los capítulos siguientes del presente estudio, de una serie de cuestiones específicas que surgen con relación al objeto principal de la investigación, y que pueden ser organizadas en dos frentes: la primera trata respecto a la identificación de los límites a la actuación de cada ente de la federación con relación al establecimiento del régimen jurídico de la propiedad urbana, y la segunda se relaciona con la identificación del marco instrumental en el cual dicho régimen debe quedar recogido en el ámbito municipal y de qué manera.

Con respecto a la metodología investigativa que viene orientando la realización del presente estudio, en este capítulo, seguiremos destacando aspectos de interés del ordenamiento jurídico, doctrina y jurisprudencia adoptados en España, con el objetivo de enriquecer así el debate, fundamentar críticas y conformar posibles alternativas al estado actual de determinadas cuestiones en el ordenamiento jurídico-urbanístico

brasileño, relacionadas directa o indirectamente con el objeto central del presente estudio.

## **II.1. Marco general: la organización territorial en Brasil**

El presente epígrafe tiene por objeto realizar una aproximación al ordenamiento jurídico brasileño en aquello que dice respecto al modelo de reparto territorial de poder adoptado en este país. Se propone una breve aproximación al tema ya que el mismo no se configura como principal, considerando el objetivo fundamental del presente estudio.

Sin embargo, el estudio del diseño normativo del sistema de organización territorial se presenta como una labor necesaria para el correcto entendimiento y comprensión de los próximos temas objeto de análisis en el presente estudio. Además de eso, también se examinará una cuestión de interés específico que trata de la atribución de capacidad a las administraciones municipales para aprobar leyes de aplicación en sus términos territoriales, peculiaridad esta del modelo federativo adoptado en Brasil cuyos efectos, aunque de manera indirecta, se hacen notar sobre el objeto central de presente estudio ante la imposibilidad de verificarse en la práctica exactamente, de qué manera los más de cinco mil municipios que hoy conforman el país replican en sus ordenamientos las directrices generales de derecho urbanístico sin extrapolar el ámbito de actuación que les compete y de conformidad con los principios de igualdad y seguridad jurídica preconizados en la Constitución Federal de 1988.

### **II.1.1. El marco normativo del sistema de organización territorial en Brasil**

De un primer acercamiento a la exploración del ordenamiento territorial de Brasil se pueden extraer algunas conclusiones globales sobre la estructura territorial pluralista adoptada en dicho país, bajo la condición de República Federativa.

La primera cuestión se relaciona con la clara voluntad descentralizadora constitucionalmente manifestada en la estructura básica de la federación brasileña, por la cual se establecen tres niveles distintos de organización político-administrativa.

Conforme a lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución brasileña, componen el Estado federal de Brasil: la Unión, los estados y el Distrito Federal y los municipios<sup>272</sup>.

La Unión es la entidad federal formada por la reunión de las partes componentes de la Federación – los estados miembros federados, el Distrito Federal y los municipios –, constituyendo una persona jurídica de derecho público interno, autónoma con relación a las unidades federadas y a la cual compete ejercer las prerrogativas de soberanía del Estado brasileño<sup>273</sup>. Los estados son las unidades autónomas federadas que componen la Unión, organizadas y regidas conforme a lo dispuesto en sus constituciones regionales y en las leyes que adopten, observando los principios organizativos y otros aspectos administrativos determinados en el marco constitucional<sup>274</sup>.

---

<sup>272</sup> El tenor literal del art. 18 de la Constitución de Brasil dispone que: “La Organización Político-Administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos, en los términos de esta Constitución. Párrafo 1. Brasilia es la capital federal. Párrafo 2. Los territorios federales integran la Unión, y su creación, transformación en estado o reintegración al estado de origen serán reguladas en ley complementaria. Párrafo 3. Los estados pueden integrarse entre sí, subdividirse o desmembrarse para anexionarse a otros o formar nuevos estados o territorios federales, mediante la aprobación de la población directamente interesada, a través de plebiscito y del Congreso Nacional, por ley complementaria. Párrafo 4. La creación, la integración, la fusión y el desmembramiento de los municipios preservará la continuidad y la unidad histórico-cultural del ambiente urbano, se harán por ley regional, cumpliendo los requisitos previstos en ley complementaria regional, y dependerán de la consulta previa a las poblaciones directamente interesadas mediante plebiscito” (traducción propia). Originalmente: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Parágrafo 1. Brasília é a Capital Federal. Parágrafo 2. Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar. Parágrafo 3º. Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. Parágrafo 4. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.

<sup>273</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 497. Afirma el autor que la Unión surge, en el derecho constitucional brasileño, al lado de los estados federados, como entidad esencialmente federativa. El designativo ‘Unión’ podría llevar a pensar en ella como una asociación de las demás entidades autónomas, pero la lectura del art. 1 de la Constitución desaconseja este entendimiento al declarar que la República Federativa de Brasil es la que se conforma de la unión de los estados, de los municipios y del Distrito Federal. Sucede que de esto se puede extraer que la Unión se confunde con la República Federativa, ya que en tal precepto no se menciona aquella. Tal impresión queda alejada en razón de lo dispuesto en el art. 18, que establece que la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos, en los términos de la Constitución.

<sup>274</sup> En este sentido queda recogido en el art. 25 de la Constitución Federal de Brasil: Los estados se organizan y se rigen por las constituciones y leyes que adopten, observando los principios de esta Constitución. Párrafo 1. Están reservados a los estados las competencias que no les estén prohibidas por esta Constitución. Párrafo 2. Pueden los estados explotar, directamente, o mediante concesión, a una empresa estatal, con exclusividad de distribución, los servicios locales de gas canalizado. Párrafo 3. Los Estados podrán, mediante ley complementaria, instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones, constituidas por agrupaciones de municipios limítrofes, para integrar la organización y la ejecución de las funciones públicas de interés común.

La posición de los municipios con relación a la Federación, a raíz de la promulgación de la Constitución Federal de 1988, ha cambiado sustanciosamente, porque en ella los municipios se consideran componentes de la propia estructura federativa<sup>275</sup>. En este contexto, a las administraciones municipales se les atribuyen potestades normativas de rango legislativo, situación distinta si lo comparamos con la establecida en España, donde se reconoce autonomía política plena al Estado español y a las comunidades autónomas.

De un primer análisis del diseño constitucional del reparto de competencias entre estos tres niveles, se puede apreciar el alto grado de rigidez del modelo brasileño y eso es así, porque la actual Constitución adjudica de manera expresa a la Unión un elenco de competencias exclusivas, establece el listado de materias concurrentes entre los tres niveles administrativos y otorga con carácter residual el resto de competencias derivadas del texto constitucional exclusivamente a los estados federados<sup>276</sup>.

En el apartado siguiente profundizaremos en el análisis de algunos de los aspectos más relevantes del sistema de organización territorial Brasil, poniendo de manifiesto sus peculiaridades y destacando aquellas cuestiones fundamentales relativas a la distribución de competencias constitucionales materiales y legislativas entre los distintos entes de la Federación, que sirven de fundamentación para esta breve introducción.

#### **II.1.1.1. Peculiaridades del Estado federal brasileño**

Primeramente cabe indicar que el federalismo en Brasil se introduce de una manera un tanto peculiar en comparación con los orígenes federalistas en Estados Unidos o en Alemania. Y eso es así, porque hasta el año 1889 el país se organizaba en una monarquía imperial, en la cual el poder se centralizaba en la figura del emperador y cualquier especie de autonomía provincial o regional era inexistente.

---

<sup>275</sup> En este sentido se dispone en los preceptos 1 y 18 del texto constitucional. En el art. 1 se declara que la República Federativa de Brasil está formada por la unión indisoluble de los estados, municipios y Distrito Federal. En el art. 18 se determina que la organización político-administrativa de la República Federativa de Brasil comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos.

<sup>276</sup> En estudio comparativo entre los sistemas de ordenamiento territorial de Brasil y España MOREIRA MAUÉS y GÓMEZ FERNÁNDEZ, han identificado el sistema español como un sistema dotado de un mayor dinamismo, que en la práctica parece materializarse en una descentralización más intensa si se compara con la llevada a cabo en Brasil. MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. "Introducción a un análisis de derecho comparado sobre la organización territorial del Estado". En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (Coord.). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p.16.

Con la desintegración del Imperio brasileño y la proclamación de la República, las competencias antes centralizadas se reparten entre el Poder central de la República y las recién creadas unidades de la federación. Se puede decir que, bajo una perspectiva comparativa, mientras la federación estadounidense nacía “de fuera hacia dentro”, la brasileña se imponía “desde dentro hacia fuera”<sup>277</sup>.

El surgimiento de una nación dividida en estados miembros, con competencias propias, no ha servido para arrebatar plenamente el enorme haz de competencias que seguía ostentando el Poder central en el Brasil republicano de las primeras épocas. En la práctica, a los estados federados se les fueron asignando pequeñas tareas, mientras que el poder y las competencias materiales y legislativas eran ejercidas de manera casi exclusiva por el Poder central<sup>278</sup>. Esta situación se recoge en todos los textos constitucionales aprobados en Brasil tras la instauración de la primera República, incluyendo el actual.

Con respecto al modelo federalista determinado por la Constitución de 1988, merecen ser destacados los aspectos siguientes<sup>279</sup>: primeramente, la conformación de un régimen poco flexible y bastante centralizador de competencias, en el cual la Unión asume el protagonismo, ejecutando competencias que los estados federados no son capaces de realizar por ellos mismos o que, ejecutándolas, estarían infringiendo el principio de igualdad entre las unidades federadas, como ejemplo, la competencia para declarar la guerra y celebrar la paz o emitir papel moneda.

En segundo lugar, tenemos como característico del modelo federalista brasileño la configuración del municipio como ente autónomo, dotado de competencias propias, incluyendo competencia para legislar sobre temas de interés local, además de ostentar competencia para complementar las legislaciones federales y regionales, en lo que su órgano legislativo estime oportuno en razón de las particularidades o especificidades locales.

En este marco jurídico, los municipios están dotados de capacidades constitucionalmente conferidas para: a) auto-organizarse, por medio de una Ley

---

<sup>277</sup> CARVALHO, José Murilo de. “República, democracia e federalismo. Brasil, 1870-1891”. *Revista Varia Historia*. Vol. 27, núm. 45, enero/junio 2011, Belo Horizonte, p. 141.

<sup>278</sup> LIMA, Tatiana Silva Mello de. “O federalismo brasileiro: uma forma de Estado peculiar”. *Revista Estação Científica Online*. Núm. 5, enero 2008. Disponible en: <http://portal.estacio.br /media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estado-peculiar.pdf> (última consulta mayo de 2015).

<sup>279</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. “O marco normativo do sistema de organização territorial no Brasil”. En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (Coord.). *Ordenamiento territorial...op. cit.*, pp. 34-36.

orgánica elaborada y promulgada por la Cámara municipal de concejales (el poder legislativo municipal), sin sufrir interferencia de cualquier especie por parte de las esferas federal y regional; b) autogobernarse, función ejecutada por el alcalde municipal y los concejales, elegidos por voto directo y secreto de la población municipal; c) auto-legislarse, sobre temas de interés local y sobre otros, de forma complementaria y coordinada con los demás entes de la Federación; d) auto-administrarse, con el objetivo de recaudar los tributos de su competencia, aplicar sus rentas y prestar los servicios públicos a la comunidad local de su incumbencia<sup>280</sup>.

Resumiendo dicha situación, tenemos que la Federación brasileña presenta particularidad y anomalía que la distingue del concepto técnico de federación: la particularidad está en la inclusión del municipio en la Federación, con un haz propio de competencias materiales y legislativas, y la anomalía se identifica en el hecho de que el municipio no posee representatividad en el poder legislativo central<sup>281</sup>.

También se hace necesario indicar que la Constitución brasileña determina la forma federativa de Estado como uno de los bienes protegidos de los cambios que puedan producirse mediante intervención del poder constituyente derivado. El principio federativo, además de estar enunciado en el art. 1 y consolidado a lo largo del texto constitucional por medio de una serie de subprincipios y reglas, fue, en los apartados 2 y 7, letra 'c' del art. 34, elevado a la categoría de principio sensible y en el párrafo 4 del art. 60, a la categoría de clausula pétrea<sup>282</sup>. En razón de esto, este principio se

---

<sup>280</sup> Así queda recogido en los arts. 18 y 29 del Texto Constitucional. Sobre el reconocimiento de la autonomía política municipal en el texto constitucional de 1988, afirma TAVARES que su característica más pronunciada es la atribución de competencia a los municipios para elaborar y aprobar sus propias leyes orgánicas. En el anterior sistema constitucional, se atribuía a los estados federados la competencia para crear y organizar los municipios en sus correspondientes territorios. Eran los propios estados los que editaban y aprobaban ley complementaria que servía de ley orgánica para todos los municipios, por lo cual había una uniformidad. TAVARES, André Ramos. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1074 y 1075. Para profundizar en estos aspectos véase PENALVA SANTOS, Ângela Moulin S. y MATTOS, Liana Portilho. "Reformas constitucionais e autonomia municipal no Brasil". *Revista Economia, Sociedade y Território*. Vol. V, núm. 20, enero/abril de 2006, p. 732.

<sup>281</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Competências administrativas dos Estados e Municípios. Licitações". *Revista Trimestral de Direito Público*. Núm. 8, 1994, p. 25.

<sup>282</sup> Así queda dispuesto en los preceptos de la Constitución Federal que se indican: "Art. 1. La República Federal de Brasil, formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 1. La soberanía; 2. La ciudadanía; 3. La dignidad de la persona humana; 4. Los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; 5. el pluralismo político. Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución. (...) Art. 34. La Unión no intervendrá en los estados ni en el Distrito Federal, excepto para: (...) 2. Repeler invasión extranjera o de una unidad de la Federación en otra; (...) 7. Asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: (...) c) autonomía municipal; (...). Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta de: (...) Párrafo 4. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: 1. La forma federativa de Estado; 2. El voto directo, secreto, universal y periódico; 3. La separación de Poderes; 4. Los derechos y garantías individuales" (traducción propia). Originalmente: "Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

caracteriza como uno de los más importantes del ordenamiento jurídico brasileño, su eje central.

Conforme ya se ha puesto de manifiesto, según lo dispuesto en el art. 18 de la Constitución, la Federación brasileña comprende la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, todos autónomos. La autonomía de las entidades federativas que conforman la República brasileña presupone el reparto de competencias para el ejercicio y desarrollo de su actividad normativa en una constitución rígida<sup>283</sup>.

Esta distribución constitucional de poderes constituye cuestión esencial a la noción de Estado federal empleada en Brasil. No obstante, en el ámbito del ordenamiento de este país, son notorias las dificultades en cuanto a la identificación de las materias atribuibles competencialmente a la Unión, cuáles son encargadas a los estados y cuáles conferidas a los municipios<sup>284</sup>. La Constitución Federal de 1988 adoptó un sistema “confuso y criticable”<sup>285</sup> de atribución de poderes repartido por diversos preceptos a lo largo del texto constitucional, en los cuales se combinan competencias exclusivas, privativas y de principios, con competencias comunes y concurrentes, que busca de esa manera reconstruir el sistema federativo según criterios de equilibrio dictados por la experiencia histórica.

En este contexto, el principio general que ha orientado la repartición de competencias entre las entidades que conforman el Estado federal brasileño es el del *predominio de interés*, según el cual a la Unión se le atribuirá competencia sobre las materias y cuestiones de predominante interés general – nacional –, mientras que a los estados federados les corresponderán las materias y asuntos de predominante interés regional, y a los municipios se les atribuirán los asuntos de interés local.

---

Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (...) Art. 34. A União não intervira nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: (...) c) autonomia municipal; (...). Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) Parágrafo 4. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>283</sup> La doctrina constitucional brasileña es unánime con relación a esta cuestión: La discriminación de las competencias de los entes federativos en una Constitución rígida es característica esencial del Estado Federal brasileño. En este sentido, BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro - O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 55 y ss. y ZIRMMERMAN, Augusto. *teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999, pp. 76-79.

<sup>284</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 481.

<sup>285</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. “As normas gerais de direito urbanístico”. *Revista de Direito Administrativo*. Núm. 239, enero/marzo 2005, p. 68.

En el Estado moderno, sin embargo, es cada vez más problemático discernir con exactitud las materias que deban integrar el concepto de interés general, de las típicas que conforman los conceptos de interés regional o local. En varias ocasiones, ciertas materias que rigurosamente no afectan a la Nación terminan por sobrepasar los intereses particulares de un estado federado, afectando a dos o más de ellos, lo que termina por generar dudas con relación a la correcta aplicación del principio general de predominio de interés para la determinación de la entidad federada competencialmente responsable sobre tal materia<sup>286</sup>.

En vista de tal dificultad, y también como fruto de la propia evolución del federalismo y de la amplitud de los encargos atribuidos al Estado contemporáneo, en el marco de la Constitución Federal de 1988 se decidió emplear, además del principio de predominio de interés, otras técnicas de repartición y definición de competencias. Se han adoptado formas de composición de competencias más complejas, que han buscado compatibilizar la autonomía de cada una de las entidades federadas con las reservas competenciales de ámbitos específicos, que designan áreas exclusivas o simplemente privativas con posibilidad de delegación (art. 22 párrafo único de la Constitución); áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas entre Unión, estados y municipios (art. 23) y; sectores concurrentes en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales compete a la Unión, mientras se atribuye a los estados federados competencias supletorias<sup>287</sup>.

Combinada con esta técnica, se empleó también la técnica de ‘poderes enumerados y poderes reservados’, según la cual los poderes enumerados son aquellos expresamente atribuidos a alguno de los entes de la federación y los poderes reservados conforman aquellas competencias que se atribuyen a un ente federativo que no recibió competencias expresas<sup>288</sup>. Por ello, en la práctica constitucional brasileña tenemos las competencias enumeradas de la Unión (arts. 21 y 22 de la Constitución), las competencias reservadas de los estados federados (art. 25 párrafo 1 de la Constitución), y las competencias definidas indicativamente para los municipios (art. 30 de la Constitución).

---

<sup>286</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 482.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 483.

<sup>288</sup> BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. “Repartição constitucional de competências no Estado federal brasileiro”. *Editora Ferreira*, 2013, p. 2. Disponible en [https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/toq18\\_antonio\\_henrique.pdf](https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/toq18_antonio_henrique.pdf) (última consulta julio de 2015).

Para avanzar en la comprensión de este aspecto de la materia, es necesario realizar la diferenciación conceptual entre competencia reservada y competencia residual en el ámbito de la Constitución brasileña. La competencia reservada, en la práctica, es la que resta implícitamente a los estados federados tras la enumeración de las competencias federales y municipales. La competencia residual también es implícita pero se atribuye a la Unión y en materia tributaria. Dicha competencia difiere de la reservada porque: a) La competencia reservada se atribuye a los estados federados, la residual a la Unión; b) La competencia reservada es en materia general; la residual, en materia tributaria; y c) En la competencia reservada, la Constitución enumera las competencias de la Unión y de los municipios, las demás se atribuyen a los estados; ya en la competencia residual, se enumeran las competencias en materia tributaria de la Unión, de los estados federados y de los municipios, lo que resta, por ventura, queda atribuido a la Unión<sup>289</sup>.

En el contexto del ordenamiento brasileño, el concepto de ‘competencia’ debe ser entendido como la facultad jurídicamente atribuida a una entidad o a un órgano o agente del poder público para emitir decisiones. Las ‘competencias’ deben ser conceptuadas como las diversas modalidades de poder de que se sirven los órganos o entidades del Estado para realizar sus funciones. Estas aclaraciones permiten que se hable de especies de competencias, ya que las materias que componen su contenido pueden ser agrupadas en clases según su naturaleza, su vinculación cumulativa a más de una entidad y su vinculación a la función de gobierno<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 3. Sobre la competencia reservada de los estados véase también MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª Ed. São Paulo, Atlas, 2002, p. 302.

<sup>290</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, pp. 483 y ss. El referido autor, además de clasificar las competencias constitucionales en materiales (administrativas o no legislativas) y legislativa también presenta estas mismas competencias organizadas en cuanto a su forma o proceso de distribución (enumerada o expresa, reservada, residual e implícita o resultante), su contenido (económica, social, político-administrativa, financiera y tributaria e internacional), su origen (originaria, cuando desde un principio determinada competencia se atribuye a una entidad; y en delegada, cuando la entidad recibe su competencia por delegación de aquella entidad que la tenía originariamente) y su extensión. Profundizando en la clasificación de las competencias constitucionales según el criterio de extensión, o sea, con relación a la participación de una o más entidades en la esfera de la normatividad o de la realización material de una competencia, el autor las divide en: a) Exclusiva: Cuando la competencia es atribuida a una entidad con exclusión de las demás, como por ejemplo, la recogida en el art. 21 de la Constitución Federal, que determina las competencias atribuidas exclusivamente a la Unión; b) Privativa: Cuando la competencia es enumerada como propia de una entidad con la posibilidad de ser delegada por ella a otra, como por ejemplo, la que se indica en el art. 22 y su párrafo único, en el cual se determina la competencia privativa de la Unión sobre determinadas materias que, mediante ley complementaria, podrán ser delegadas con relación a su legislación a los estados federados; c) Común, cumulativa o paralela: Son aquellas competencias que conforman un campo de actuación común a varias entidades, sin que el ejercicio de las competencias materiales o legislativas de una, excluya la competencia de otra, que podrá ejercer sus competencias de manera cumulativa. Claro ejemplo de este tipo de competencia se recoge en el art. 23 de la Constitución Federal, en el cual se recogen una serie de materias cuya competencia se atribuye de manera común a la Unión, estados y municipios; d) Concurrente: Esta clase de competencia comprende dos elementos, el primero es la posibilidad de disposición sobre la misma materia por más de una entidad federativa; y el segundo habla respecto a la primacía de la Unión para

Siguiendo estos varios criterios, es posible clasificar las competencias en dos grandes bloques con sus subdivisiones:

1. Las competencias materiales, administrativas o no-legislativas, que son aquellas que se relacionan con actos ejecutivos y de administración, en otras palabras, el núcleo conceptual de estas competencias queda caracterizado por el empleo de verbos que establecen acción, como por ejemplo, mantener, ejecutar, explotar, emitir, administrar, organizar, etc.<sup>291</sup>. En el ordenamiento constitucional brasileño la competencia material puede ser atribuida de forma:

a) Exclusiva: Son las competencias enumeradas expresamente atribuidas a la Unión y a los municipios, en los arts. 21 y 30 del texto constitucional. También se encuadran en esta modalidad las competencias reservadas a los estados federados, que son aquellas no atribuidas expresamente a la Unión y a los municipios, recogidas en el art. 25 párrafo 1 de la Constitución;

b) Común, cumulativa o paralela: Son aquellas competencias cuya realización se atribuye a todo el Estado brasileño y se destinan acumulativamente o paralelamente tanto a la Unión, como a los estados federados y a los municipios, fenómeno indicado en la literatura jurídica brasileña como ‘federalismo de cooperación’. Dichas competencias quedan recogidas en el art. 23 de la Constitución Federal, no obstante, cabe señalar que hasta la presente fecha no se ha promovido su especial regulación en orden a la definición del alcance de la actuación de cada ente de la federación con relación a las materias que conforman esta clase de competencia constitucional<sup>292</sup>.

---

fijar normas generales en el ámbito de la competencia concurrente, como por ejemplo se recoge en el art. 24 y sus párrafos de la Constitución Federal, donde se detallan las materias objeto de competencia concurrente entre Unión, estados y municipios, y se determina que sobre dichas materias compete a la Unión legislar fijando sus normas generales; e) Suplementaria: Dicha clase de competencia es correlativa de la competencia concurrente, y significa el poder de editar normas que desarrollen el contenido de las normas generales establecidas por la Unión o que suplan la ausencia u omisión de estas, conforme se indica en los párrafos 1 al 4 del art. 24 de la Constitución Federal.

<sup>291</sup> BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. *“Repartição constitucional de competências (...)”...op. cit.*, p. 3.

<sup>292</sup> Sobre el “federalismo de cooperación” ARAÚJO indica dentro del texto constitucional algunos ejemplos. Según el autor, existen competencias materiales que son entregadas a todos los entes federativos, como forma de vincularlos a las tareas constitucionales importantes, como por ejemplo, ‘cuidar de la sanidad y de la asistencia pública, de la protección y garantía de las personas portadoras de necesidades especiales’ (art. 23, II, CF); ‘proteger el medio ambiente y combatir la polución en cualquiera de sus formas’ (art. 23, VI, CF) o ‘proporcionar los medios de acceso a la cultura, a la educación y a la ciencia’ (art. 23, V, CF). Son tareas que coinciden con los deberes del Estado brasileño y, por lo tanto, están repartidas para que todos tengan la obligación de su diligente cumplimiento. ARAÚJO, Luiz Alberto David. “O marco normativo do sistema (...)”...*op. cit.*, p. 31. Pese a la previsión en el texto constitucional, dichas competencias no han sido objeto de posterior desarrollo legislativo, en orden a la definición de medios, orden y medidas tendentes a la consecución de dichos objetivos. En tono crítico con respecto a la omisión de los parlamentares federales con respecto al desarrollo de esta materia CARNEIRO ha señalado: “Y tratándose de la Federación, el silencio parlamentario acusa la omisión cívica de los brasileños en su derecho-deber de presionar al Congreso: hasta hoy no se ha debatido la fundamental regulación del art. 23 de la Constitución Federal, que atribuye competencias comunes a las esferas de la

2. Las competencias legislativas confieren a los entes que conforman la federación brasileña legitimidad para editar y aprobar actos normativos generales y abstractos de conformidad con el sistema previsto en la Constitución, según el cual las competencias legislativas se atribuyen de la manera siguiente:

a) Exclusivas: Son las competencias legislativas atribuidas exclusivamente a una entidad con exclusión de las demás. Este tipo de competencia legislativa se ha atribuido a los municipios y se concretan en: I) las competencias genéricas con predominio del interés local, como por ejemplo, sobre la definición del horario de funcionamiento del comercio local, el establecimiento de reglas de tránsito en vías urbanas, etc. y II) la competencia para el establecimiento del Plan Director urbanístico. Excepcionalmente, la Constitución ha atribuido directamente algunas competencias legislativas exclusivas a los estados federados, como por ejemplo, para establecer la creación, incorporación, fusión o desmembramiento de municipios (art. 18, párrafo 4) o, mediante ley regional, instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas o microrregiones (art. 25, párrafo 4);

b) Privativas: Las competencias de este tipo se atribuyen a la Unión y pueden ser objeto de delegación con respecto a su regulación a los estados federados, una vez verificado el interés específico que puedan tener ellos con relación al tema objeto de delegación. Entre las materias de competencia privativa de la Unión se encuentran, conforme al art. 22 de la Constitución Federal, la legitimidad para promulgar normas sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y derecho laboral, seguridad social, tránsito y transportes, aguas, energía, informática, telecomunicaciones y radio<sup>293</sup>;

---

Federación sin definir sus contornos. Ante tal indefinición, ¿cómo se puede gobernar el país? Cuestión de fundamental existencia para científicos políticos, administradores públicos, economistas, gobernantes, y, principalmente para decenas de millones de familias en situación de pobreza y miseria". CARNEIRO, José Mario B. "Município: parte integrante da Federação?". *Cadernos Adenauer. Avanços nas prefeituras: novos caminhos da democracia*. Vol. 4, núm. 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junio 2004, p. 23.

<sup>293</sup> Se recoge en el art. 22 de la Constitución Federal que, compete privativamente a la Unión legislar sobre: 1. Derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y laboral; 2. Expropiación; 3. Requisiciones civiles y militares, en caso de inminente peligro y en tiempo de guerra; 4. Aguas, energía, informática, telecomunicaciones y radio; 5. Servicio postal; 6. Sistema monetario y de medidas, títulos y garantías de los metales; 7. Política de crédito, cambio, seguros y transferencia de valores; 8. Comercio exterior e interregional; 9. Directrices de la política nacional de transportes; 10. Régimen de puertos, navegación lacustre, fluvial, marítima, aérea y aeroespacial; 11. Tráfico y transportes; 12. Yacimientos, minas, otros recursos minerales y metalúrgicos; 13. Nacionalidad, ciudadanía y naturalización; 14. Población indígena; 15. Emigración e inmigración, entrada, extradición y expulsión de extranjeros; 16. Organización del sistema nacional de empleo y condiciones para el ejercicio de profesiones; 17. Organización judicial, del Ministerio Público del Distrito Federal y de los Territorios y de la Defensoría Pública de los Territorios, así como la organización administrativa de éstos; 18. Sistema estadístico, sistema cartográfico y de geología nacionales; 19. Sistema de ahorros, captación y garantía de ahorro popular; 20. Sistema de consorcios y concursos; 21. Normas generales de organización, efectivos, material bélico, garantías, convocación y movilización de las policías militares y cuerpos de bomberos militares; 22. Competencia de la policía federal y de las policías de carreteras y ferrocarriles federales; 23. Seguridad social; 24. Directrices y bases de la educación nacional; 25. Registros públicos;

c) Concurrentes: Las competencias legislativas concurrentes recaen sobre la Unión, Distrito Federal y estados federados y son aquéllas determinadas en el art. 24 de la Constitución brasileña<sup>294</sup>. En el ámbito de la legislación concurrente, la doctrina tradicionalmente las clasifica en: cumulativa, que es cuando no se establecen límites previos para el ejercicio de la competencia por parte de un ente; y no cumulativa, que es cuando se establecen algunos límites verticales, o sea, cuando a la Unión compete legislar fijando principios y normas generales y a los estados federados (y al Distrito Federal) legislar de manera suplementaria o supletoria. Sobre la competencia concurrente-supletoria de los estados federados, la misma surge ante la inercia de la Unión en promulgar ley federal, por lo que, los estados, de manera transitoria, adquieren competencia plena para editar tanto las normas de carácter general, como las normas específicas en sus ámbitos regionales, conforme se recoge en el art. 24 párrafos 3 y 4 del texto constitucional<sup>295</sup>.

d) Suplementarias: Se atribuyen a los estados federados y a los municipios competencias suplementarias para completar las normas generales promulgadas desde la Unión en lo que sea, respectivamente, de interés regional o local, conforme se recoge en los arts. 24 párrafo 2 y 30 apartado 2 de la Constitución Federal<sup>296</sup>.

---

26. Actividades nucleares de cualquier naturaleza; 27. Normas generales de licitación y contratación, en todas las modalidades, para las Administraciones Públicas directas, autarquías y fundaciones de la Unión, estados federados, Distrito Federal y municipios, obedecido lo dispuesto en el art. 37 apartado 21 y para las empresas públicas y sociedades de economía mixta, en los términos del art. 173 párrafo 1 apartado 3; 28. Defensa territorial, defensa aeroespacial, defensa marítima, defensa civil y movilización nacional; 29. Publicidad comercial. En el párrafo único del referido art. 22 se determina que mediante la promulgación de ley complementaria los estados quedan autorizados para legislar sobre cuestiones específicas de las materias recogidas en este precepto.

<sup>294</sup> Se recoge en el art. 24 de la Constitución que compete a la Unión, a los estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: 1. Derecho tributario, financiero, penitenciario, económico y urbanístico; 2. Presupuesto; 3. Juntas comerciales; 4. Costes de los servicios judiciales; 5. Producción y consumo; 6. Florestas, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución; 7. Protección del patrimonio histórico, cultural, turístico y paisajístico; 8. Responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico; 9. educación, cultura, enseñanza, deportes, ciencia, tecnología, investigación, desarrollo e innovación; 10. Creación, funcionamiento y proceso de los juzgados de pequeñas causas; 11. Procedimientos en materia procesal; 12. Previsión social, protección y defensa de la salud; 13. Asistencia jurídica y defensa de oficio; 14. Protección e integración social de las personas portadoras de deficiencias; 15. Protección de la infancia y la juventud; 16. Organización, garantías, derechos y deberes de las Policías civiles. En el párrafo 1 del referido precepto se determina que, en el ámbito de la legislación concurrente, la competencia de la Unión se limitará al establecimiento de normas generales. En el párrafo 2 se explica que, la competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los estados federados. En el párrafo 3 se determina que, no existiendo una ley federal sobre aspectos generales, los estados federados ejercerán la competencia legislativa plena para atender a sus peculiaridades. En el párrafo 4, aun del art. 24, se determina que la promulgación posterior de una ley federal sobre aspectos generales suspende la eficacia de la ley regional anteriormente promulgada, en aquellos aspectos que le fuesen contrarios.

<sup>295</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op. cit.*, pp. 300 y 301.

<sup>296</sup> Se recoge en los preceptos constitucionales indicados lo siguiente: "Art. 24. Compete a la Unión, a los estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: (...) Párrafo 2. La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los estados" y "Art. 30. Compete a los municipios: (...) 2. Suplementar la legislación federal y regional en lo que cupiera"

Realizadas estas consideraciones, se puede afirmar que en el ordenamiento brasileño las competencias constitucionales asumen una estructura vertical, con una jerarquía de las fuentes que, sin embargo, no se establece entre sus entes o entre los ejes de poder; sino que, en aquellas materias en las cuales deban elaborarse normas federales, los estados federados, el Distrito Federal y los municipios deben respetar las orientaciones generales para, posteriormente, concretar sus intereses/competencias por medio de su ámbito legislativo<sup>297</sup>.

Eso significa que la Unión no puede legislar sobre intereses de cierto estado federado o de un determinado municipio. Con relación a dicho aspecto competencial, DI SARNO explica que:

“No son pocas las confusiones y distorsiones habidas ante el cuadro de normas generales federales. Éstas ocurren generalmente porque la Unión, además de editar estas normas generales, también edita las normas particularizadas para la instancia federal.

Así, en un mismo texto legislativo puede haber orientaciones generales para los estados federados, municipios y Distrito Federal y orientaciones particularizadas para la propia Unión, en cuanto unidad integrante de la estructura federativa. Un ejemplo claro de esta situación se identifica en la Ley Federal de Licitaciones”<sup>298</sup> (traducción propia).

Siguiendo esta misma línea metodológica, la propia Constitución Federal, en su texto, ha enumerado taxativamente las competencias de la Unión, adoptando un sistema dinámico y ejemplificativo para las competencias de los otros entes federativos. Esto es porque la Constitución Federal, además de ser el texto jurídico supremo de Brasil, ejerce la función de Constitución de la Unión, así como las constituciones regionales para los estados federados y las leyes orgánicas para los municipios.

Lo que no está explícitamente dispuesto en el texto constitucional como competencia atribuida a la Unión se encargará su ejercicio a los estados federados,

---

(traducciones propias). Originalmente se recoge en estos preceptos: “Art. 24. (...). Parágrafo 2. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados” y “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II. Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

<sup>297</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 202.

<sup>298</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. “Competências urbanísticas”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65. Originalmente: “Não são poucas as confusões e distorções habidas diante do quadro de normas gerais federais. Elas ocorrem geralmente porque a União, além de editar estas normas gerais, também edita as normas particularizadoras para a instância federal. Assim, no mesmo texto legislativo pode haver orientações gerais para Estados-membros, Municípios e Distrito Federal e orientações particularizadas para a própria União, enquanto unidade integrante da estrutura federativa. Um exemplo claro desta situação ocorre com a Lei Federal de Licitações”.

Distrito Federal y/o a los municipios. Opina la autora anteriormente referida que la ecuación que conforma este sistema de reparto de competencias podría resolverse con razonable tranquilidad si el texto constitucional fuera dotado de rigor técnico-conceptual incuestionable, lo que no ha sucedido en realidad. El panorama que se establece es de confusión: las competencias privativas y las exclusivas, a veces, son equivalentes y, en otras, se distancian y se mezclan con las competencias reservadas. Las competencias concurrentes, las concurrentes-supletorias y las suplementarias también son de difícil delimitación en la forma con que son presentadas en el texto constitucional<sup>299</sup>. Lo que resta es la verificación, caso a caso, de la posible atribución de competencia sobre determinada materia.

## **II.2. Las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo en el Estado federal brasileño**

Considerando la aproximación llevada a cabo en el epígrafe anterior con respecto al reparto de competencias entre las distintas esferas político-administrativas y las notas introductorias acerca del marco general de competencias establecido en el ordenamiento jurídico de Brasil, el presente apartado posee como objetivo general realizar el análisis del sistema de distribución de competencias materiales y legislativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo determinado en el marco de la Constitución Federal de Brasil, detallado en los textos normativos del Estatuto de la Ciudad y del Estatuto de la Metrópoli.

Comprender el reparto de los encargos competenciales en materia de ordenación del territorio, urbanismo y derecho urbanístico entre los distintos niveles administrativos establecidos en Brasil, requiere la realización de algunas consideraciones.

La primera consideración se relaciona con el empleo de los términos ‘ordenación del territorio’, ‘política de desarrollo y expansión urbana’ y ‘política urbana’ en el texto constitucional brasileño en referencia a distintas materias, con distintos objetivos y competencialmente atribuidas a distintos entes de la federación.

El término ‘ordenación del territorio’ se menciona en el texto constitucional en atención a las tendencias jurídicas derivadas del derecho comparado, de manera específica, la inspiración del legislador constitucional brasileño se remite a los ‘Planes

---

<sup>299</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. “Competências urbanísticas”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 67.

de ordenación del territorio' llevados a cabo en Europa y en la concepción de ordenación del territorio adoptada en la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983<sup>300</sup>, donde se recoge que:

“La ordenación del territorio es la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como una aproximación interdisciplinar y global, tendente a un desarrollo equilibrado de las regiones y a la organización física del espacio guiada por una concepción directriz”<sup>301</sup>.

Los términos ‘política urbana’ y ‘política de desarrollo y expansión urbana’ empleados en la Constitución Federal, el primero de ellos, en el título de su capítulo II y el segundo, en uno de los dos preceptos que integran este capítulo, se vinculan al ámbito de la ordenación urbanística y del urbanismo<sup>302</sup>, cuyos objetivos se relacionan con la planificación y el control del uso y la ocupación del suelo que conforma el territorio de un municipio asegurando el desarrollo en él de todas las actividades públicas y privadas necesarias para la sociedad sin que unas interfieran negativamente sobre las otras<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> PERES, Renata Bovo y CHIQUITO, Elisângela de Almeida. “Ordenamento territorial, meio ambiente e desenvolvimento regional: novas questões, possíveis articulações”. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*. Vol. 14, núm. 2, noviembre 2012, p. 76.

<sup>301</sup> CONSEJO DE EUROPA. Carta europea de ordenación del territorio, aprobada el 20 de mayo de 1983, en la Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio. Torremolinos (España). Disponible en <http://www.ehu.es/Jmoreno/ArchivosPOT/CartaEuropeaOT.pdf> (última consulta agosto de 2015).

<sup>302</sup> En este sentido PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 46.

<sup>303</sup> El concepto de urbanismo debe ser entendido, conforme MACRUZ y MACRUZ, como la actividad de organización y planificación de la ocupación de los espacios urbanos, teniendo como objetivo la promoción del bienestar de la colectividad, dando forma a las normas que permitan una integración armónica de las funciones de las ciudades – vivienda, trabajo, ocio y circulación. Sus objetivos específicos hablan respecto de la planificación de la ocupación del suelo, la organización de la circulación vial y la promoción de la legislación necesaria. Siguen los referidos autores explicando que para realizar las acciones destinadas al desarrollo de las funciones urbanas de la ciudad, el poder público debe ejercer su actividad urbanística consistente en la planificación, en la ordenación del suelo, apoyándose en instrumentos de intervención urbanística, y en la ordenación de las edificaciones. MACRUZ, João Carlos y MACRUZ, José Carlos. “Competência constitucional do município em urbanismo”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 49 y 50. Nos parece oportuno señalar que, con base en el ordenamiento español, el concepto de urbanismo se ha ido apurando y delimitando de manera más precisa que el empleado tradicionalmente por la doctrina brasileña anteriormente referida. Conforme a la doctrina de PARDO ÁLVAREZ, el urbanismo constituye también una función pública ordenadora del espacio a través de la cual el poder público delimita vía, hasta ahora exclusivamente, planificación, algunos usos del suelo. En concreto, afirma la autora, delimita la utilización del suelo para fines urbanizadores y edificatorios. Sigue explicando PARDO ÁLVAREZ que “De esta forma, cabe interpretar que, sobre la base de los genéricos designios de la política de ordenación del territorio, es la función urbanística a la que corresponde ‘ordenar el territorio’ de cara a la creación, ampliación o modificación de conjuntos urbanos. Es la idea de ‘ciudad’ o de ‘conjunto’ urbano el elemento nuclear y determinante de este concepto aquí y en otros ordenamientos jurídicos. Por ello, no pertenece al urbanismo cualquier actividad humana que se proyecte sobre el territorio, sino sólo aquella que persiga la transformación de éste con fines urbanizadores y edificatorios. (...) En otras palabras, cuando entendemos que el urbanismo regula la utilización del suelo con fines ‘urbanizadores’ o ‘edificatorios’ no sólo hay que entender la transformación del terreno en uso residencial, sino todo el conjunto de servicios

En este sentido afirma MARTÍN REBOLLO que el urbanismo es un resultado, apunta a la forma de la ciudad, que a su vez, es consecuencia de su evolución histórica “a la que no son ajenos los datos geográficos, las actividades económicas, los flujos migratorios derivados de esas actividades, los modos de vida que condiciona el clima o la cultura”, sigue el autor afirmando que, la ciudad es también fruto de las opciones políticas, que son o deben ser el resultado de un debate ciudadano<sup>304</sup>.

En el contexto constitucional brasileño, la política urbana se configura como el conjunto de acciones reguladas, planificadas y desarrolladas por las administraciones públicas cuyo objetivo es ordenar el territorio de las ciudades, de manera que el desarrollo de las funciones sociales de la ciudad - vivienda, trabajo, ocio y circulación – se realicen garantizando el bienestar de sus habitantes.

Entendemos que corrobora la diferenciación conceptual entre ordenación del territorio y urbanismo, el reconocimiento en el texto constitucional de la vinculación de estas materias a distintas escalas territoriales y a distintos entes político-administrativos: en cuanto la ordenación del territorio se despliega desde la esfera nacional, macro-regional y regional, relacionándose por competencia con la Unión y a los estados federados; la política urbana se relaciona con el territorio municipal, tanto urbano como rural, y con las administraciones municipales, encargadas constitucionalmente de su ejecución.

Aunque la ordenación del territorio y la ordenación urbanística posean una vocación coincidente de ordenar, se confirma en el texto constitucional que entre ellas existe una diferencia de escala territorial y de atribución competencial, que se completa con la comprensión de que la manera con que se ejecutan los objetivos de cada materia es distinta. La ordenación del territorio cumple un papel más directivo y

---

que ha de rodear a ese espacio residencial para que se convierta en núcleo urbano”. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 67 y ss.

<sup>304</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. “Derecho Urbanístico: concepto y contenido”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, p. 66. Véase también QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.). *Derecho urbanístico. Guía teórico-práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico*. 22ª Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2011; ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual de derecho urbanístico*. 7ª Ed. Granada: Ed. Comares, 2010; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. 4ª Ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Civitas, 1981; PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho urbanístico general*. Madrid: Marcial Pons, 2007; SANTOS DíEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico: Manual para Juristas y Técnicos*. 7ª Ed. Madrid: Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2008; GARCÍA RUBIO, Fernando. *Problemas actuales del derecho urbanístico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, 2007; PAREJO ALFONSO, Luciano y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: lustel, 2009; BAÑO LEÓN, José María. *Derecho Urbanístico Común*. Madrid: lustel, 2009.

la política urbana un papel más operativo<sup>305</sup>, de manera tal que el desarrollo de ellas es complementario, configurando la política urbana una de las vías de realización en el ámbito de las ciudades de los objetivos y fines de la política de ordenación del territorio. En este contexto, con el fin de completar estas consideraciones, nos apoyamos en las explicaciones de SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, sobre la necesaria distinción entre ordenación territorial y ordenación urbanística:

“Existen bastantes diferencias entre ambos tipos de ordenación, no debiendo limitarse al ámbito territorial más extenso de la ordenación territorial y el más concreto de la urbanística, sino que, de manera sustancial, es preciso considerar a la ordenación territorial –y, principalmente, al planeamiento territorial– como el estructurador del territorio, concertador de los intereses (y las políticas) de las diferentes Administraciones Públicas territoriales (...) así como plasmación organizativa general de los asentamientos, de las grandes infraestructuras, medidas de protección, etc.

El planeamiento urbanístico, en un escalón inferior al territorial por razón de su mayor concreción, establece las vinculaciones concretas de la totalidad del territorio afectado a las diferentes finalidades específicas (usos del suelo), determinando los equipamientos y servicios necesarios para el funcionamiento de la ciudad y afectando sustancialmente al derecho de los propietarios de suelo<sup>306</sup>.

No obstante, es necesario referir que viene prevaleciendo en la doctrina urbanística brasileña una concepción ampliativa de urbanismo, por la cual se entiende que en la actualidad el mismo trasciende el espacio de la ciudad, del municipio y de la región, alcanzando niveles nacionales y llegando, incluso, dada la extrema movilidad y los vastos recursos del hombre contemporáneo, a exigir una perspectiva universal<sup>307</sup>. De acuerdo con esta concepción, que se encuentra consolidada en la doctrina brasileña, el urbanismo es incumbencia de todos los niveles de gobierno y se extiende a todas las áreas de la ciudad y del campo donde las realizaciones humanas o la preservación de la naturaleza puedan contribuir al bienestar individual y colectivo. Dentro de esta concepción, las determinaciones urbanísticas pueden y deben comprender todas las actividades y sectores que afecten el bienestar social, en la ciudad y en el campo, en las realizaciones individuales y en la vida comunitaria<sup>308</sup>. En

---

<sup>305</sup> ÁVILA ORIVE, José Luis. *El suelo como elemento ambiental. Perspectiva territorial y urbanística*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998, p. 170.

<sup>306</sup> SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 531.

<sup>307</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. São Paulo: Forense, 1981, pp. 10 y 11.

<sup>308</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 534. En sentido similar SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 31; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico*

coherencia con esta concepción amplia de urbanismo, no se podría negar la denominación de plan nacional de urbanismo al plan de ordenación del territorio nacional previsto expresamente en el texto constitucional<sup>309</sup>.

La adopción de este entendimiento lleva a que se atribuya a la política urbana y al Plan Director municipal, su principal instrumento, determinados objetivos que conforman típicamente el ámbito de la política de ordenación territorial y que deben manifestarse en ellos de manera colateral y no principal, como por ejemplo la promoción del empleo, el fomento de la industrialización, la justa distribución de renta, la promoción de la igualdad socio-económica, cuya consecución no es posible desde la escala municipal porque exigen el control de instrumentos, programas y competencias relativas a otras esferas de poder más amplias.

Para la política urbana y sus instrumentos, estos objetivos se presentan como derivados, en función de los cuales les es exigible la adopción de determinadas técnicas o decisiones, pero en ningún caso, se les debe tomar como objetivos de posible consecución desde la instancia local. En este sentido, explica ÁVILA ORIVE:

“Lo que la ordenación del territorio persigue ni más ni menos, es la integración racional de las distintas perspectivas sectoriales con incidencia sobre el territorio. Tal misión, por la propia naturaleza de las cosas, es imposible residenciarlas en otra función cuyo interés y perspectiva sea sectorial. No quiere decirse que tales funciones sectoriales no deban impregnarse de las orientaciones, contenidos y determinaciones de la ordenación del territorio, sino que no es posible sustituir ésta por aquéllas. Circunscribir el objeto de la ordenación del territorio a la dirección del planeamiento urbanístico, es, sin duda, una suerte de sustitución con indudables efectos territoriales, que pasan por la institucionalización del predominio de las competencias sectoriales”<sup>310</sup>.

La hegemonía de la consolidada concepción amplia del urbanismo en la doctrina urbanística ha influido sobre la actuación del legislador infraconstitucional en la elaboración del Estatuto de la Ciudad, que ha identificado en su art. 4 como instrumentos que sirven para la consecución de los objetivos de la política urbana plasmados en esta ley los planes nacionales, macro-regionales y regionales de

---

*e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 54 y FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade...op. cit.*, pp. 32 y ss.

<sup>309</sup> Así afirma SILVA, tomando como base la doctrina de MEIRELLES, explicando que en razón de que es precisamente la ordenación del territorio por medio del plan de ordenación del territorio nacional la que busca establecer las directrices generales para la organización de los espacios habitables, para el desarrollo urbano del país, pese a reconocer que el planeamiento urbanístico más característico, más eficaz y más coherente es efectivamente el que se realiza en el ámbito municipal. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 109.

<sup>310</sup> ÁVILA ORIVE, José Luis. *El suelo como elemento...op. cit.*, p. 215.

ordenación del territorio; el planeamiento territorial de las regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones y el planeamiento municipal, refiriéndose especialmente al Plan Director. Pese a esta imprecisión, el legislador del Estatuto reconoce la existencia en el ordenamiento brasileño de planes de ordenación territorial y planes urbanísticos como instrumentos distintos de planeamiento.

Registrado el problema metodológico e identificada su repercusión en la legislación urbanística, nos proponemos en el ámbito del presente estudio ser coherentes con las premisas que fundamentan lo dispuesto en la Constitución Federal, que se remiten a la concepción de ordenación del territorio adoptada en la Carta Europea de Ordenación del Territorio, y que se reflejan en la decisión de atribuir las competencias correspondientes a la ordenación del territorio y la ordenación urbanística de manera distinta entre los entes de la federación.

La segunda consideración habla respecto a que el reparto federativo en Brasil determinó la autonomía de sus unidades conformadoras – Unión, estados federados, Distrito Federal y municipios –, dividiéndola en cuatro categorías o clases de autonomía: a) política (capacidad de elegir sus representantes); b) financiera (capacidad de promover y financiar la realización de sus políticas); c) legislativa (capacidad de elaborar sus propias normas); d) administrativa (capacidad de auto-organizarse). En razón de eso, cada una de las unidades federativas asume una función dentro del Estado brasileño y así, el contenido de las disposiciones constitucionalmente aseguradas para cada una será diferenciado. La forma federativa del Estado interfiere, de forma general en este reparto, en la medida en que el foco de poder se va diluyendo entre las diversas instancias<sup>311</sup> – nacional, regional, distrital y municipal –, aspecto sobre el cual ya se han introducido algunos de sus aspectos fundamentales por medio de la presentación de los distintos sistemas de clasificación y reparto de las competencias en el marco de la actual Constitución Federal brasileña.

### **II.2.1. Las competencias legislativas y materiales atribuidas a la Unión y a los estados federados brasileños**

Centrándonos en la identificación de los encargos constitucionales atribuidos a la Unión de interés para la comprensión del tema objeto de análisis en el presente estudio, tenemos que los mismos se relacionan con la ordenación del territorio, el

---

<sup>311</sup> DI SARNO, Daniela Campos Libório. “Competências urbanísticas”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 64.

desarrollo urbano y el derecho urbanístico, conforme se desprende de los preceptos constitucionales siguientes:

“Art. 21. Compete a la Unión: (...)

9. Elaborar y ejecutar planes nacionales y macro-regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social; (...)

20. Instituir directrices para el desarrollo urbano, incluso vivienda, saneamiento básico y transportes urbanos; (...).

Art. 24. Compete a la Unión, a los estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre:

1. Derecho fiscal, financiero, carcelario, económico y urbanístico; (...)

Párrafo 1. En el ámbito de la legislación concurrente, la competencia de la Unión se limitará al establecimiento de normas generales.

Párrafo 2. La competencia de la Unión para legislar sobre normas generales no excluye la competencia suplementaria de los estados.

Párrafo 3. Inexistiendo ley federal sobre normas generales, los estados ejercerán la competencia legislativa plena, para atender a sus peculiaridades.

Párrafo 4. La posterior promulgación de ley federal sobre normas generales suspende la eficacia de la ley regional, en lo que ésta le sea contraria<sup>312</sup> (traducción propia).

Para los fines que nos ocupan en el presente apartado, la primera competencia que debe ser analizada es la que se atribuye a la Unión para, de manera exclusiva, establecer y ejecutar la ordenación del territorio a nivel nacional y macro-regional. Esta competencia conlleva una doble atribución a la Unión: del tipo ‘legislativo’ que le otorga legitimidad para elaborar y promulgar una ley de ordenación del territorio que dé soporte jurídico a los correspondientes planes y directrices de ordenación territorial, y también ‘material’, por la cual le compete elaborar y ejecutar planes nacionales y macro-regionales de ordenación del territorio<sup>313</sup>.

La primera consideración que se debe realizar con relación a esta competencia es que tanto su ejecución legislativa como material siguen pendientes de realización

---

<sup>312</sup> Originalmente se determina en estos preceptos: “Art. 21. Compete à União: (...) IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (...)XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; (...). Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concurrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) Parágrafo 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Parágrafo 2º. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Parágrafo 3º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Parágrafo 4º. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

<sup>313</sup> FERREIRA FILHO explica que en el ordenamiento brasileño la competencia administrativa o material es, en principio, conexas a la competencia legislativa. En razón de eso, de manera general, quien tiene competencia para legislar sobre una materia, posee competencia para ejercer la función administrativa relacionada con ella. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 60.

por parte de la Unión, así que la delimitación del concepto, objetivos y materias que integran la función pública de la ordenación del territorio siguen conformando un vasto campo para las propuestas y concepciones doctrinales.

Recientemente se han dado algunos pasos en la dirección de la elaboración de una Política Nacional de Ordenación del Territorio por parte del Ministerio de Integración Nacional y el Ministerio de Defensa, encargados de tal labor en el ámbito de la Administración federal<sup>314</sup>. La referida política se materializaría en un texto normativo cuya promulgación posibilitaría la ejecución del encargo constitucional de elaborar planes a nivel nacional y macro-regional de ordenación territorial, en la medida en que establecería las directrices, objetivos y materias vinculadas a este instrumento.

De manera específica, en el año 2004, el Ministerio de la Integración Nacional, con el objetivo de cumplir con lo determinado en la Constitución Federal y en el cumplimiento de sus atribuciones, decidió empezar las labores de elaboración de una propuesta de Política Nacional de Ordenación del Territorio. Por medio de un proceso licitatorio se contrató los servicios de una consultoría especializada para la realización de los estudios necesarios a la consecución de dicho objetivo – fueron desarrollados seis estudios temáticos por un equipo de profesores e investigadores del Centro de Desarrollo Sostenible de la Universidad de Brasilia, conjuntamente con profesores de las Universidades de São Paulo y Río de Janeiro –, cuyos resultados y conclusiones fueron recogidos en el informe “Subsidios para la definición de una Política Nacional de Ordenación del Territorio”<sup>315</sup>.

En dicho documento se propone la adopción del concepto de ‘Ordenación Territorial’ como una función pública orientada a la regulación de las tendencias de distribución de las actividades productivas y de los equipamientos en el territorio nacional o supralocal como consecuencia de las acciones de múltiples actores, bajo un prisma estratégico, mediante la negociación y la articulación institucionales, con el fin de alcanzar los objetivos deseados. Se explica que esta definición conceptual contiene implícitamente la idea de “organizar la ocupación, uso y transformación del

---

<sup>314</sup> Así se recoge en el art. 27, apartado 13, letra ‘L’ y párrafo 3 de la Ley federal 10.683, de 28 de mayo de 2003, que dispone sobre la organización de la Presidencia de la República y de los Ministerios, entre otras providencias. *Diário Oficial da União*, de 29 de mayo de 2003, p. 2. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm) (última consulta agosto de 2015).

<sup>315</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território – PNOT (Versão preliminar)*. Brasília: agosto, 2006. Disponible en [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=45546192-e711-497a-8323-07244ee574ce&groupId=24915](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=45546192-e711-497a-8323-07244ee574ce&groupId=24915) (última consulta agosto de 2015).

territorio con el objetivo de satisfacer las demandas económicas, sociales y ambientales”. Así mismo, “implica tanto en la incorporación de la dimensión territorial al diseño de las políticas públicas sectoriales, como en la elaboración de estrategias territoriales integradas para el desarrollo de los diferentes ámbitos espaciales o escalas del país”<sup>316</sup>.

También se afirma que dicho concepto de ordenación del territorio presupone, aún, un modelo de gobernabilidad, que puede ser definido como “las formas en que se conjugan las acciones del Estado con otros dos ámbitos, el mercado y la sociedad civil, para que exista una capacidad de implementación y administración de procesos de decisión incorporados en las políticas territoriales”<sup>317</sup>.

Partiendo de este concepto, completándolo por medio de la experiencia doctrinal española, entendemos que la ordenación del territorio conformará en el ordenamiento brasileño una función pública cuyo ámbito de actuación deberá vincularse básicamente a tres coordinadas: la organización de la ocupación, uso y transformación del territorio nacional o supralocal mediante la regulación coherente y equilibrada de la distribución de las actividades productivas y de los equipamientos públicos y privados, lo que conllevará el análisis y la consideración de sus principales tendencias y dinámicas para conformar la realidad sobre la cual se actuará; la consideración de la dimensión territorial, de sus criterios y estrategias globales, como elemento de integración en el diseño de políticas sectoriales; y por último, la especial consideración de los recursos naturales como bienes a proteger y racionalizar su utilización a lo largo de este proceso, por medio de la Política Nacional de Medio Ambiente<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 17 y 18.

<sup>317</sup> *Ídem*. Traducción propia. Originalmente: “(...) as formas como se conjugam as ações do Estado com os outros dois âmbitos, o Mercado e a Sociedade Civil, para que exista uma capacidade de implementação e administração dos processos de decisão incorporados nas políticas territoriais”

<sup>318</sup> La explicación sobre el concepto de ‘ordenación del territorio’ elaborada por ÁVILA ORIVE en el ámbito de la doctrina española puede servirnos para complementar el concepto presentado en este documento del Ministerio de Integración brasileño. El referido autor explica que “(...) existe a nuestro juicio, prescindiendo del origen que cada autor asigne a la ordenación del territorio, una doctrina claramente mayoritaria que otorga a dicha materia un sentido incluido en tres coordenadas básicas: una, la organización o planificación coherente del espacio regional, lo cual evidentemente, conllevará un proceso de análisis territorial, para llegar al conocimiento de la realidad, el diseño de un modelo que contenga los criterios hacia donde referir la gestión y planificación como método de conseguir el modelo prefigurado. Otra, segunda, la integración de las diversas actividades económicas y sociales con proyección territorial, sin que esto deba suponer una mera adición, sino una participación desde el análisis y aplicación de criterios territoriales de carácter global. Finalmente, una tercera, que es la especial consideración de los recursos naturales como bienes a proteger y racionalizar su utilización, como base de una política medioambiental”. ÁVILA ORIVE, José Luis. *La ordenación del territorio en el País Vasco: Análisis, ejercicio y delimitación competencial*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 33 y 34. Otra oportuna aproximación al concepto de ordenación territorial conforme al ordenamiento español puede ser identificada en las

En el caso brasileño, la importancia de la promulgación de una ley marco de ordenación del territorio reside, en primer lugar, en la posibilidad de, por medio de ésta, conformar un tratamiento normativo unitario y estratégico de las diferentes leyes y actos normativos que en la actualidad regulan o inciden en la regulación de las diferentes formas del uso, de la ocupación y de la protección de los suelos urbano y rural, que se han venido promulgando o adoptando, principalmente y fundamentalmente desde la Unión, de manera desconectada<sup>319</sup>.

La promulgación de la referida política evitaría, así, que se sigan produciendo omisiones o contradicciones legales debidas a la incongruencia entre marcos normativos y acciones públicas, ya que la ausencia de una política nacional de ordenación del territorio no ha significado la inexistencia de políticas públicas sectoriales con impacto en el territorio<sup>320</sup>.

Actualmente se encuentran promulgados desde la Unión, entre otros, los marcos normativos sectoriales siguientes: la política nacional de desarrollo macro-regional (en consonancia con lo dispuesto en la estrategia nacional de desarrollo), la política nacional de medio ambiente, la política de desarrollo rural sostenible y la política nacional de recursos hídricos. También se encuentran regulados algunos instrumentos relacionados con la ordenación territorial, como por ejemplo, el Sistema Nacional de Unidades de Conservación, los Planes Directores municipales, el Plan Nacional de Recursos Hídricos, los Planes Directores de Cuencas Hidrográficas, el Plan de Desarrollo Territorial Sostenible, el Programa Nacional de Desarrollo de Territorios Rurales, el Programa de Protección de Tierras Indígenas y el Programa de Zonificación Ecológico-económico. Además, se encuentran actualmente operativos

---

enseñanzas de PARDO ÁLVAREZ, para quien “La ordenación del territorio es aquella función por la que el poder público determina los más diversos usos y actividades, el destino genérico del suelo o espacio físico territorial. A través de esa función ordenadora, que ha sido encomendada por el ‘bloque de constitucionalidad’ al ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas, éstas quedan habilitadas para diseñar en su espacio territorial una política global de utilización del espacio con vistas a la consecución de un adecuado equilibrio territorial (reequilibrio en la asignación de recursos económicos, sociales, culturales, etc.) y, con ello, a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos”. PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento...op. cit.*, p. 65.

<sup>319</sup> En el actual marco constitucional la Unión ostenta las principales competencias legislativas y materiales con incidencia sobre el territorio, como por ejemplo, la competencia privativa para legislar sobre derecho agrario, expropiación, aguas y energía, tráfico y transportes, minería; promulgar normas generales sobre florestas, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa de suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la contaminación, protección del patrimonio histórico, cultural, turístico y paisajístico, responsabilidad por daños al medio ambiente, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico; competencia material para asegurar la defensa nacional, explotar directamente o mediante autorización instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento del potencial energético de los recursos hídricos; instituir el sistema nacional de recursos hídricos y las directrices para el desarrollo urbano; y establecer los principios y directrices del sistema nacional viario.

<sup>320</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território...op. cit.*, p.20.

algunos planes sectoriales nacionales con incidencia en el ordenamiento territorial, entre ellos, el Plan Nacional de Logística y Transportes, el Plan Nacional de Reforma Agraria y el Plan Nacional de Energía<sup>321</sup>.

Es importante señalar también, que se atribuye a la esfera federal la potestad para crear y manejar los principales fondos y dotaciones económicas que sostienen la ejecución de las políticas públicas y programas arriba indicados por parte de los ministerios y órganos ejecutivos federales, de los estados federados y de los municipios. A modo de ejemplo, se puede indicar el fondo para el desarrollo de las telecomunicaciones, los fondos constitucionales de financiación (general), el fondo para el desarrollo de la Amazonia, el fondo nacional de desarrollo y el fondo para el desarrollo de la macro-región del Nordeste, entre otros<sup>322</sup>.

Además de eso, otra cuestión que debe ser considerada con relación a la oportunidad y conveniencia de la promulgación de una ley general de ordenación del territorio desde la Unión habla sobre la existencia de un gran capital en suelos públicos pertenecientes a la propia Unión, gestionados por órganos e instituciones vinculados a ella como la Fundación Nacional del Indígena (FUNAI), el Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA), el Departamento Nacional de Infraestructuras de Transporte (DNIT), el Ejército Nacional, la Marina de Brasil y la Fuerza Aérea brasileña, conformados fundamentalmente por los suelos 'devolutos' que nunca han pertenecido a particulares desde la llegada de los colonizadores

---

<sup>321</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território...op. cit.*, pp. 132-176.

<sup>322</sup> Pese a existir la previsión constitucional de mecanismo de creación y recaudación de recetas propio de los entes territoriales, la Unión mantiene centralizada la recaudación de los principales tributos e impuestos, creándose una brecha vertical que revela el desequilibrio existente en la federación con respecto a la titularidad recaudatoria de los tributos y la realización efectiva del gasto en cumplimiento de las atribuciones y encargos competenciales. El termino 'brecha vertical' es empleado por Sergio PRADO para expresar la necesidad de la realización de transferencias de la Unión para los demás entes, de cuantías abultadas, con la finalidad de aumentar la capacidad de gastos de los Gobiernos regionales y municipales, en razón de que solamente con las recetas que generan y recaudan no son capaces de realizar las competencias materiales que les son encomendadas por la Constitución. PRADO, Sergio. "A questão fiscal na Federação brasileira: diagnóstico e alternativas". *Informe Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe*. Marzo 2007, p. 11. Disponible en <http://www.cepal.org/brasil/publicacoes/xml/9/28329/LCBRSR179SergioPrado.pdf> (última consulta septiembre de 2015). En este panorama, la cuestión del reparto de financiación por medio de fondos económicos específicos y las transferencias desde la Unión hacia otros entes federados, sean obligatorias o voluntarias, se postulan como fundamental ya que por medio de dichas transferencias y fondos es que realmente se decide la capacidad de los entes subnacionales de afrontar sus encargos competenciales. Para profundizar en estos aspectos véase SCAFF, Fernando Facury. "Aspectos financeiros do sistema de organização territorial do Brasil". En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (coordinadores). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 220-224; BARBOSA, Maria Nazaré Lins y TRISTÃO, Virgínia Talaveira Valentini. "Federalismo, clientelismo e reforma fiscal". *Caderno de Pesquisa em Administração*. Vol. 1, núm. 8, enero/marzo 1999; y GIROLDO, Camila y KEMPFER, Marlene. "Autonomia municipal e o federalismo fiscal brasileiro". *Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina*. Vol. 7, núm. 3, septiembre/diciembre 2012. Disponible en <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/12846> (última consulta septiembre de 2015).

portugueses<sup>323</sup>, los suelos destinados a la conservación ambiental, los suelos indígenas, los suelos destinados a la reforma agraria y los terrenos pertenecientes al Ejército, Marina y Fuerza Aérea<sup>324</sup>. Este contexto diferencia sustancialmente la posible experiencia de planificación territorial que se llevará a cabo en Brasil con relación a las de los demás países que ya no poseen el capital suelo bajo su propiedad y que solamente pueden actuar por medio de mecanismos inductores o restrictivos<sup>325</sup>. La configuración y gestión de los suelos de propiedad de la Unión desde una ley general federal contribuirá a la conformación de una política nacional de ordenación del territorio.

En segundo lugar, como medida de cumplimiento del principio de la legalidad, recogido en el art. 37 de la Constitución Federal, que implica la obligatoriedad de que el ejercicio de cualquier actividad administrativa en Brasil se realice dentro de los parámetros legales; de ahí que, la promulgación de una ley general de ordenación del territorio permitiría definir conceptos; indicar posibles instrumentos de coordinación y cooperación entre las actuaciones legislativas y materiales de distintos agentes de la Administración Pública de diferentes niveles encargadas de competencias sectoriales diversas; definir las bases de la actuación de los estados federados y de las superintendencias macro-regionales que se encargan de la ejecución de la política macro-regional de desarrollo económico y social; establecer criterios básicos para la elaboración de sus correspondientes planes macro-regionales y regionales de ordenación territorial; estructurar fondos y dotaciones económicas específicas para el desarrollo de planes, programas y actuaciones; entre otros aspectos generales cuya definición es necesaria para el posterior desarrollo de la actividad de ordenación territorial a nivel macro-regional y regional.

---

<sup>323</sup> Conforme se determina en la Ley 601 de 1850, la conocida Ley de Tierras, que introdujo la propiedad privada del suelo en Brasil, suelo 'devoluto' es toda aquella tierra que, por cualquier título, no se encuentra aplicada a cualquier uso público, por un lado, y, por el otro, no se encuentra integrada, por cualquier título, al patrimonio privado.

<sup>324</sup> En el art. 20 de la Constitución Federal de 1988 se determinan como suelos pertenecientes a la Unión: los que actualmente le pertenecen y los que vendrán a pertenecerle; los suelos baldíos indispensables a la defensa de las fronteras, de las fortificaciones y construcción militares, de las carreteras federales y a la preservación ambiental, definidas en ley; los lagos, ríos y cualquier corriente de agua en terrenos de su dominio, o que discurran en más de un estado federado, que sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o de él provengan, así como los terrenos marginales y las playas fluviales; las islas fluviales y lacustres en las zonas limítrofes con otros países, las playas marítimas; las islas oceánicas y costeras, excluidas, de estas, las que contengan la sede de municipios, excepto aquellas áreas afectadas al servicio público y a la unidad ambiental federal, y las referidas en el art. 26 apartado 2; los recursos naturales de la plataforma continental y la zona económica exclusiva; el mar territorial; los terrenos de marina y sus acrecidos; los potenciales de energía hidráulica; los recursos minerales, incluyendo el subsuelo; las cavidades naturales subterráneas y los sitios arqueológicos y prehistóricos; y las tierras tradicionalmente ocupadas por los indígenas.

<sup>325</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território...op. cit.*, p.57.

Así mismo, entendemos que la importancia de la promulgación de una norma que defina la política nacional de ordenación del territorio nacional también se vincula a la posibilidad de, por medio de ésta, definir directrices, principios e instancias para la necesaria coordinación de los agentes administrativos y de la planificación macro-regional y regional con los entes municipales y con la planificación urbanística, confiriendo a la instancia municipal una vía de coordinación y conexión con la planificación económica, social y medioambiental que se viene determinando desde los ámbitos administrativos superiores<sup>326</sup>. En este contexto, los Planes Directores municipales deberían ser elaborados de conformidad con las determinaciones, orientaciones y estrategias definidas en los planes de ordenación del territorio macro-regional y principalmente regional, con el objetivo común de promover la utilización racional del territorio, considerando siempre que dicho objetivo tiene significados y perspectivas distintas en la ordenación del territorio y en el urbanismo<sup>327</sup>.

En el documento que recoge los fundamentos para la definición de una política nacional de ordenación territorio se declara expresamente que ante las discusiones sobre la oportunidad de la elaboración de esta política, su contribución se justifica para: aumentar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas; dotar de sostenibilidad los modos de desarrollo regionales y o locales; promover la cohesión e integración de la sociedad nacional; reafirmar el pleno ejercicio de soberanía sobre el territorio, fortaleciendo la unidad política del país; y consolidar un modelo de gobernanza que integre la actuación los estados que lo componen y las corporaciones empresariales cuya logística privada presiona y domina en determinados aspectos la expansión territorial<sup>328</sup>.

Por último, creemos oportuno indicar que en el referido documento se proponen como objetivos centrales de la política de ordenación del territorio brasileño, conforme a una serie de estudios de diagnósticos recogidos en el momento de la elaboración de este documento, los siguientes: incorporación de los objetivos de las políticas sectoriales y de medio ambiente; expansión del agro-negocio; reducción de la concentración industrial; revisión de las redes de transportes, energía e información;

---

<sup>326</sup> En sentido similar véase MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território...op. cit.*, p.22.

<sup>327</sup> Para profundizar en este aspecto véase ÁVILA ORIVE, José Luis. *El suelo como elemento...op. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>328</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO. *et al. Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território...op. cit.*, p. 24.

reducción de las desigualdades regionales y valorización de la diversidad cultural<sup>329</sup>. Se trata con ello de buscar el mantenimiento de la integridad del territorio nacional brasileño frente a un riesgo real de disgregación interna. Así mismo, se entiende que respetar el medio ambiente, distribuir mejor las actividades agropecuarias modernas, las industrias y servicios punteros, diversificar las fuentes de energía y favorecer el crecimiento de las ciudades medianas, son acciones que contribuirán a la promoción del reequilibrio del territorio brasileño<sup>330</sup>.

Con relación a la competencia exclusiva de la Unión para instituir directrices para el desarrollo urbano, prevista en el apartado 20 del art. 21 de la Constitución Federal, es necesario que ésta también se conforme bajo una doble atribución, legislativa y material. De ahí que se atribuya a la Unión poderes para elaborar y promulgar una ley general de desarrollo urbano y un plan nacional de desarrollo urbano.

En la actualidad dicha competencia se relaciona con la vertebración, coordinación y articulación de algunas políticas con especial incidencia sobre el territorio urbano que, para el legislador constitucional, ya por aquel entonces, representaban cuestiones sensibles y merecedoras de un marco jurídico integrador, como por ejemplo, vivienda, saneamiento básico, movilidad y accesibilidad urbana e infraestructura energética y de telecomunicaciones<sup>331</sup>. Entendemos que la ejecución de

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 57. Así mismo, más adelante en el referido documento (p. 196) también se recogen como posibles objetivos de la ley de ordenación del territorio, los siguientes: estimular el uso y la ocupación racional y sostenible del territorio, con base en la distribución más igualitaria de la población y de las actividades productivas, garantizando a las generaciones presentes y futuras el usufructo sostenible de los recursos naturales; promover la integración nacional y contribuir a la soberanía nacional e integración territorial; valorizar las potencialidades económicas y las diversidades socio-culturales de las regiones brasileñas; y reducir las disparidades y las desigualdades espaciales, inter e intrarregionales.

<sup>330</sup> Entendemos que la adopción de dichos objetivos en el ámbito de una posible política de ordenación del territorio nacional en Brasil concordaría con aquellos aspectos asumidos por la doctrina de ÁVILA ORIVE con relación a la ordenación del territorio en España, que son: "1. La utilización racional del territorio como práctica que, armonizando los impactos territoriales de las políticas sectoriales y articulando territorialmente la programación económica correspondiente, supone la asignación o distribución de los usos más adecuados a las características y potencialidades del espacio. 2. Desarrollo socio-económico equilibrado (...). Esa adjetivación del desarrollo tiene un doble significado. En un primer sentido, procura que no queden zonas marginales del proceso económico y social y del reparto del nivel de renta y en segundo, de armonización del incremento económico con el respeto al entorno natural en que el desarrollo se verifica. 3. La administración responsable de los recursos naturales, que debe partir de la premisa básica y frecuentemente olvidada, de la limitación de los recursos naturales ante una situación de necesidades sociales, en las que necesariamente es preciso establecer prioridades en su satisfacción, procurando la protección del medio ambiente. 4. La mejora de la calidad de vida, como cierre y consecuencia coherente de la adecuada materialización de la política territorial". ÁVILA ORIVE, José Luis. *La ordenación del territorio en el País Vasco...op. cit.*, pp. 39-42.

<sup>331</sup> Afirma MEIRELLES que tal encargo se materializaría por medio de la promulgación del 'Plan General o Nacional de Urbanismo' por parte de la Unión, al cual los planes regionales de urbanismo deberían ajustarse, que, a su vez, serían observados en sus contenidos y preceptos por los Planes Directores municipales. Explica el referido autor que de este modo, la planificación urbanística englobaría todo el

dicha competencia, lo que aún no se ha realizado, debería darse en estrecha relación y de forma coordinada con la política de ordenación del territorio, cuya competencia también se ha atribuido a la Unión conforme hemos expuesto anteriormente.

En la práctica actual, pese a aún no haber sido promulgada una ley marco federal, el Ministerio de las Ciudades viene identificando dicha política con un conjunto de principios, directrices y objetivos conformados a partir de la primera Conferencia Nacional de las Ciudades en el año 2003, que vienen sirviendo para orientar la realización de inversiones por parte del gobierno federal en ámbitos relativos a la vivienda, al saneamiento ambiental, la movilidad urbana, transportes y tráfico urbano<sup>332</sup>.

En este contexto, se han tomado como directrices de esta actual iniciativa las siguientes: a) Integración de las políticas de la tierra, de vivienda, de saneamiento ambiental, de tráfico, de transportes y de movilidad urbana; b) Articulación de la política urbana con las políticas sociales y de desarrollo económico; c) Participación social; d) Desarrollo y capacitación técnico-institucional; e) Diversidad urbana, regional y cultural; f) Políticas integrales y masivas; g) Redes de ciudades más equilibradas<sup>333</sup>.

Sus objetivos se enmarcan en el ámbito de los siguientes: a) Reducción del déficit habitacional; b) Promoción de acceso universal al saneamiento ambiental y la

---

territorio nacional, sin ofensa de la autonomía de los estados miembros y municipios, formando un sistema armónico y funcional. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 542.

<sup>332</sup> En el ámbito de las Conferencias Nacionales, más exactamente en su tercera edición, ha sido posible identificar sectores críticos con dicha situación, que defienden que la Política Nacional de Desarrollo Urbano no puede continuar siendo entendida como un sumatorio de políticas sectoriales de vivienda, saneamiento, movilidad, entre otras, pues presupone la integración de estas políticas entre sí y entre las demás políticas sociales. Se defiende, para la conformación y consecución de una política nacional de desarrollo urbano, la realización necesaria de un análisis conjunto de los siguientes aspectos: 1) Planeamiento territorial integrado en los ámbitos municipal y regional; 2) Participación y control social efectivos; 3) Integración de políticas entre entes federados y entre las políticas sectoriales (de vivienda, saneamiento ambiental, movilidad y gestión territorial) con la creación de mecanismos legales; 4) Estructura institucional construida de forma articulada en las tres esferas de Gobierno, adecuada a las directrices que se establezcan en la Política Nacional de Desarrollo Urbano; 5) Financiación: a) superar el descompás entre la política económica de mantenimiento de intereses altos, de contingencias e insuficiencia de recursos para la política urbana, b) implementar una política de financiación, c) garantizar el destino de los recursos financieros con fuentes permanentes, d) atención prioritaria a la población con renta hasta 5 sueldos mínimos, y e) instituir el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "3ª Conferência Nacional das Cidades - Desenvolvimento urbano com participação popular: avançando na gestão democrática das cidades". Disponible en [http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Cidades\\_III/texto\\_base\\_3\\_conferencia\\_cida\\_des.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Cidades_III/texto_base_3_conferencia_cida_des.pdf) (última consulta junio de 2015). Para un análisis del contexto que conforma la construcción de una política nacional de desarrollo urbano en Brasil véase MARICATO, Ermínia. "O Ministério das Cidades e a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano". *Boletim de Políticas Sociais. Acompanhamento e análise*. Núm. 12, febrero 2006, p. 211.

<sup>333</sup> SECRETARIA NACIONAL DE PROGRAMAS URBANOS. "Política Nacional de Desenvolvimento Urbano: Programa de reabilitação de áreas urbanas centrais". Brasília: Oficina de implementação de ações em áreas urbanas centrais e cidades históricas, julio 2010. Disponible en <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100705oficinamobilidadeiphan.pdf> (última consulta junio de 2015).

gestión integrada y sostenible de la política de saneamiento; c) Ampliación de la movilidad urbana con seguridad, priorizando el transporte público colectivo y el transporte no motorizado; d) Promoción de la mejora en la calidad ambiental urbana; e) Promoción de la mejora de la planificación y de la gestión territorial de forma integrada; f) Diversificación de agentes promotores y financieros; g) Promoción de la reglamentación y aplicación del Estatuto de la Ciudad, de otros instrumentos de política urbana y de los principios; h) Democratización del acceso a la información; i) Generación de empleo, ocupación y renta<sup>334</sup>.

En el anteriormente referido art. 24 de la Constitución Federal se atribuye a la Unión, al Distrito Federal y a los estados legislar concurrentemente sobre derecho urbanístico. Centrándonos ahora en las implicaciones que el referido mandato conlleva para la Unión, tenemos que, en el párrafo 1 de este precepto se especifica que su competencia se limita a legislar sobre normas generales de derecho urbanístico.

Así, conforme a estas disposiciones, para la correcta comprensión del alcance del encargo competencial que se atribuye a la Unión con relación al derecho urbanístico, se hace necesario contestar a las siguientes cuestiones: ¿Cuál es el concepto de derecho urbanístico empleado en dicho precepto constitucional? ¿Qué significado jurídico tiene la expresión 'normas generales' en el ámbito del ordenamiento brasileño? ¿Qué significado se debe atribuir al empleo de la expresión 'normas generales de derecho urbanístico' en el texto constitucional? Y por último, ¿qué significa la atribución de dicha competencia de manera concurrente entre la Unión, el Distrito Federal y los estados federados?

Empezando por la identificación del concepto de derecho urbanístico empleado en el texto constitucional, la primera aclaración que se debe realizar habla respecto a que, por primera vez en el ordenamiento jurídico brasileño, se indicó expresamente en un texto constitucional el derecho urbanístico como materia legislativa, cuyas materias serán objeto de disciplina e instrumentalización normativa conformando un sistema de normas de derecho urbanístico, en cuya cúspide se encuentran las normas generales producidas por la Unión, cuando éstas existieren y con relación a las materias objeto de regulación en ellas, alejando de esta manera el régimen de producción de normas de derecho urbanístico del tradicionalmente adoptado por el ordenamiento brasileño para las normas de derecho administrativo, en el cual las leyes administrativas son

---

<sup>334</sup> Ídem.

producidas por la misma unidad federativa que las aplicará, en razón de la autonomía constitucional prevista en el art. 18 de la Constitución Federal<sup>335</sup>.

Centrándonos en la identificación en el contexto constitucional del contenido material que conforma el derecho urbanístico, ante la ausencia de manifestaciones jurisprudenciales del Supremo Tribunal Federal específicamente con relación a dicho aspecto del texto constitucional, nos apoyaremos, para la consecución de este objetivo, en las precisiones realizadas desde la doctrina urbanístico-constitucional.

Tradicionalmente la doctrina brasileña predominante viene identificando el contenido material del derecho urbanístico con un conjunto de normas de derecho público que disciplinan la ordenación del espacio urbano y las áreas rurales que en él interfieran, mediante imposiciones de orden público, expresadas en normas del uso y la ocupación del suelo urbano o urbanizable, o de la protección ambiental; y reglas estructurales y funcionales de la edificación urbana colectivamente consideradas<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> PINTO sostiene que el alejamiento del régimen de producción de normas de derecho urbanístico del de las normas de derecho administrativo es consecuencia del reconocimiento en el texto constitucional del derecho urbanístico como rama autónoma, ya que se le indica expresamente en la Constitución Federal. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 93. Opinión con la cual no estamos de acuerdo en razón de que el texto constitucional lo que hace es indicar determinadas materias, entre las cuales está el derecho urbanístico, que deberán seguir un régimen específico de producción de normas, lo que no conlleva a la necesaria declaración de autonomía o desvinculación del derecho urbanístico del derecho administrativo. En este sentido RABELLO, Sonia. "Direito urbanístico e Direito administrativo: imbricação e inter-relações". *Revista de Direito da Cidade*. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Harbra, núm. 1, Vol. 1, mayo de 2006, pp. 197-210. En el ámbito doctrinario preconstitucional, la cuestión de la pertenencia y aplicación de las reglas típicas del derecho administrativo al derecho urbanístico ha sido objeto de acalorados debates. Con el objetivo de explicar este contexto, ha afirmado FERNANDES que el crecimiento urbano en Brasil se dio bajo incontables controversias jurídicas acerca de la posibilidad de intervención estatal en el dominio de los derechos individuales de propiedad y, especialmente, en cuanto a la competencia de los municipios para actuar en materias urbanísticas y ambientales, ya que, en la visión dominante, solamente una ley federal podría reglamentar los derechos de propiedad privada diferentemente del Código Civil. La naturaleza urbanística y social de las relaciones de propiedad se quedaron en un segundo plano, con la afirmación del carácter individualista de las relaciones civiles de propiedad. Además de eso, explica el autor, en cuanto las ciudades brasileñas crecían en ritmo acelerado, generando todo el tipo de problemas sociales, los pocos juristas que se ocupaban de la cuestión se dejaron envolver en una larga discusión estéril sobre la propia existencia y/o autonomía del derecho urbanístico ante el derecho administrativo, en detrimento de los avances progresivos de las leyes urbanísticas y ambientales desde la década de los años 1930. FERNANDES, Edésio. "Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 20 y 21. Para profundizar en las distintas teorías que han caracterizado la posición y naturaleza del derecho urbanístico en el ordenamiento jurídico brasileño, véase SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 40-44.

<sup>336</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 536 y 537. Partiendo de esta posición doctrinal SILVA pormenoriza los posibles objetos del derecho urbanístico en el ámbito del ordenamiento brasileño en los siguientes: planeamiento urbano, uso y ocupación del suelo urbano, las áreas de interés especial (como la ejecución de urbanizaciones, la regulación de los bienes urbanísticos naturales y culturales), la ordenación urbanística de la actividad de edificación y la utilización de los instrumentos de intervención urbanística. No obstante, el autor advierte de que las normas urbanísticas en el ámbito del ordenamiento brasileño no han adquirido aún unidad sustancial, conformadora de un conjunto coherente y sistematizado legislativamente, encontrándose repartidas en diversas instituciones que apenas guardan, entre sí, conexión puramente material en función del objeto regulado. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 37 y 38.

Se afirma también que el objetivo principal de dicho conjunto de normas, y así se enfatiza expresamente en el texto constitucional, es la ordenación de la propiedad urbana y la conformación de ésta a una función social determinada por ley, en el ámbito de los espacios habitables, con el fin de propiciar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad, garantizando el ejercicio del derecho a la ciudad por todos los que en ella habitan<sup>337</sup>. En la actualidad son ejemplos de la plasmación de dicho objetivo en el ordenamiento brasileño las normas referentes a la parcelación del suelo urbano, las del uso y la ocupación del suelo, las de zonificación urbana, y también las que establecen el planeamiento urbanístico propiamente dicho<sup>338</sup>.

Entendemos que dicha consideración sobre los objetivos del derecho urbanístico y del conjunto de normas en que él se plasma debe complementarse como medida de coherencia y evolución de esta rama de derecho, y así lo permiten las disposiciones constitucionales recogidas en el capítulo constitucional de la política urbana al no adoptar un sistema cerrado, considerando los siguientes objetivos adicionales: a) Enmarcar los instrumentos de planeamiento urbanístico, contemplar su forma de elaboración y aprobación, precisar y debatir su naturaleza, prever consecuencias o efectos que de él se derivan, identificar su contenido mínimo, estándares y normas de aplicación; b) Identificar y desarrollar técnicas de equilibrio y recomposición entre propietarios más y menos beneficiados por las decisiones del planeamiento, de manera que las cargas y beneficios del proceso de urbanización recaigan proporcionalmente sobre ellos, fundamentando técnicamente la posibilidad que se abre según lo dispuesto en el art. 2 apartado 9 del Estatuto de la Ciudad, que prevé este aspecto como una directriz de la política urbana; c) Buscar alternativas técnicas para la corrección de los efectos de la ocupación irregular de espacios urbanos, cuyo debate se realiza en torno a ideas de regularización de tierras, urbanizaciones sociales, usucapión urbana especial, etc.; d) La recuperación de las plusvalías privadas generadas por las inversiones y actuaciones públicas, desarrollando contenidos técnicos para la directriz del Estatuto de la Ciudad que normativiza esta previsión; y e) Articular los medios para que las previsiones normativas de las leyes y de los planes urbanísticos se cumplan y se ejecuten<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> MATTOS, Liana Portilho. "Limitações urbanísticas à propriedade". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política...op. cit.*, p. 55.

<sup>338</sup> MACRUZ, João Carlos y MACRUZ, José Carlos. "Competência constitucional do município em urbanismo". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 53.

<sup>339</sup> Para la conformación de este contenido nos hemos apoyado en las enseñanzas de MARTÍN REBOLLO, Luis. "Derecho Urbanístico: concepto y contenido". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos del derecho urbanístico...op. cit.*, pp. 69-73.

Entendido el actual alcance del concepto material de derecho urbanístico, cuya previsión en el marco constitucional permite su conformación de acuerdo a las necesidades evolutivas de la materia ante los retos urbanísticos identificados en las ciudades brasileñas, cabe avanzar sobre la cuestión de la delimitación y alcance de las normas generales de derecho urbanístico, cuya competencia se atribuye directamente a la Unión en la Constitución Federal. Para la correcta comprensión de dicho aspecto, se hace necesario realizar un breve análisis del concepto de 'norma general de derecho' del que parte el legislador constitucional.

Sin embargo, la definición de lo que viene a ser norma general de derecho en el ordenamiento brasileño es una tarea de las más complejas y aún no ha encontrado uniformidad de entendimiento en el ámbito jurisprudencial. Específicamente con relación a las decisiones del Supremo Tribunal Federal, las manifestaciones que más se han aproximado al tema han tratado solamente de señalar posibles sinónimos a la referida expresión, como por ejemplo, 'legislación nacional de principios o directrices'<sup>340</sup> o 'ley en la cual se establecen criterios mínimos'<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Se han empleado tales expresiones en la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.344-QO/SP. En ella se recoge que: "En las hipótesis de competencia concurrente (CF, art. 24), en las cuales se establece verdadera situación de condominio legislativo entre Unión Federal y los Estados-miembros (...), de ahí resulta clara repartición vertical de competencias normativas, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se ha firmado en el sentido de entender inconcebible la acción directa de inconstitucionalidad, si, para el específico efecto de examinarse la ocurrencia, o no, de invasión de competencia de la Unión Federal, por parte de cualquier estado-miembro, tornarse necesario el afrontamiento previo entre cuerpos normativos de carácter infraconstitucional: la *legislación nacional de principios o normas generales*, por un lado (CF, art. 24, párrafo 1), y las leyes regionales de aplicación y ejecución de las *directrices fijadas por la Unión Federal*, por el otro (CF, art. 24 párrafo 2). (...)" (traducción propia). Originalmente: "Nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os Estados-membros (Raul Machado Horta, *Estudos de Direito Constitucional*, p. 366, item 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer Estado-membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de carácter infraconstitucional: a legislação nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, § 2º). (...)" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.344 QO/SP, juzgada en 23 de noviembre de 2000. Relator ministro Celso de Mello, Pleno. Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=992> (última consulta junio de 2015).

<sup>341</sup> En este sentido queda indicado en la decisión del Supremo Tribunal Federal en sede de Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.903/PB. En ella se explica que "Si es cierto, por un lado, que, las hipótesis referidas en el art. 24 de la Constitución, la Unión Federal no dispone de poderes ilimitados que le permitan sobrepasar el ámbito de las normas generales, para, invadir, de modo inconstitucional, la esfera de competencia normativa de los Estados-miembros, no es menos exacto, por otro lado, que el Estado-miembro, existiendo normas generales vehiculadas en leyes nacionales (como la Ley Orgánica Nacional de la Defensoría Pública, prevista en la Ley Complementar 80/1994), no puede sobrepasar los límites de la competencia meramente suplementaria, pues, si eso ocurre, la norma legislativa regional incurrirá, directamente, en el vicio de la inconstitucionalidad. La edición, por determinado Estado-miembro, de ley que contrarie, frontalmente, *criterios mínimos legítimamente vehiculados, en sede de normas generales*, por la Unión Federal, ofende, de modo directo, el texto de la Carta Política" (traducción propia). Originalmente: "Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é

En la doctrina, las definiciones acerca del concepto de normas generales de derecho son variadas. Para DALLARI, las normas generales son las determinaciones aplicables, de manera uniforme, a todas las unidades federativas, cuyos contenidos regulan de manera amplia determinadas materias, que no deben atenerse a aspectos específicos de la actuación de los estados y municipios, y que están sujetas a complementación por parte de los estados federados<sup>342</sup>. Analizando las competencias constitucionales de los entes de la Administración federal, regional y municipal, MELLO entiende bajo la competencia general federal aquellas materias que requieren la consideración de aspectos políticos, cuyo comportamiento exige la edición de una legislación uniforme, estandarizada, que evite la producción de otras normas basadas en ideales segmentados<sup>343</sup>.

Desde un prisma más próximo al derecho urbanístico, MEIRELLES ha afirmado que la Unión posee competencia para fijar normas generales, esto es, imposiciones de carácter genérico y de aplicación indiscriminada en todo el territorio nacional<sup>344</sup>. Por último, partiendo de un extenso análisis doctrinal, MOREIRA NETO afirma:

“Llegamos, así, en síntesis, a que normas generales son declaraciones de principios que toca a la Unión promulgar, en el ejercicio de su competencia concurrente limitada, restringida al establecimiento de directrices nacionales sobre ciertos asuntos, que deberán ser respetadas por los Estados-miembros en la elaboración de sus respectivas legislaciones a través de normas específicas y particularizadas que las detallarán, de modo

---

menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar 80/1994), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. A edição, por determinado Estado- membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.903/PB, juzgada en 1 de diciembre de 2005. Relator ministro Celso de Mello, Pleno. Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579> (última consulta junio de 2015).

<sup>342</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 20 y 21.

<sup>343</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal”. En MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 274. Para una actualización de la posición sostenida por el referido autor véase MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro”. *Interesse Público – IP*. Vol. 13, núm. 66, marzo/abril 2011, s/p. Disponible en <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf> (última consulta junio de 2015).

<sup>344</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 543.

que puedan ser aplicadas, directa e inmediatamente, a las relaciones concretas a que se destinan, en sus respectivos ámbitos políticos"<sup>345</sup> (traducción propia).

Expuesta así la cuestión de las normas generales en la doctrina brasileña, entendemos que las mismas se caracterizan como aquellas disposiciones aplicables, de manera uniforme e indistinta, sobre todo el territorio brasileño, de observancia obligatoria por parte de los ciudadanos, de las personas jurídicas y de las político-administrativas, incluyendo la propia Unión, fijadoras de principios y directrices fundamentales, que no agotan los detalles de los asuntos por ellas regulados, sino que estructuran y ordenan su desarrollo legislativo pormenorizado por parte de los demás entes federativos, determinando el punto de partida a partir del cual el estado federado y los municipios ejercerán sus competencias, en defensa de sus intereses generales, garantizándose así, una unidad mínima en observancia de los principios de la seguridad jurídica y la igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley<sup>346</sup>.

Realizadas tales consideraciones, nos resta determinar el contenido y el alcance de las normas generales en el ámbito del derecho urbanístico. Ante la ausencia de pronunciamiento jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal de Brasil

---

<sup>345</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais". *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 25, núm.100. Brasília: octubre/diciembre 1988, p. 159. Originalmente: "Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos".

<sup>346</sup> Además del análisis de las posiciones identificadas en la doctrina brasileña de ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª Ed. São Paulo: Altas, 2010, p. 270; FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 345-356; y SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional...op. cit., p. 503*; nos hemos apoyado para la elaboración de esta conclusión, en la posición que se viene reiterando en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España acerca de normas generales o normas de bases. En este sentido, traemos a colación lo dispuesto en la sentencia 98/2004, de 25 de mayo, en la cual se determina (FJ 6), que: "(...) En segundo término, y con relación al concepto de "bases", nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 7; 24/2002, de 31 de enero, FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 8, en torno al concepto de lo "básico")". ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 98/2004, de 25 de mayo (FJ 6). Recurso de Inconstitucionalidad 1297/97. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=14567> (última consulta junio de 2016).

sobre el referido concepto, partimos del análisis de las posiciones conformadas por la más reconocida doctrina urbanística brasileña para la consecución de este objetivo.

En este contexto, afirma SILVA que se deben considerar normas generales urbanísticas aquellas que, expresamente mencionadas en la Constitución, determinen principios y directrices orientadas al desarrollo urbano nacional, establezcan conceptos básicos de su actuación e identifiquen los instrumentos necesarios para su ejecución. El concepto de 'desarrollo urbano', para el autor, debe ser entendido como "la ordenada creación, expansión, renovación y mejoría de núcleos urbanos". No debiendo ser objeto de las normas generales de derecho urbanístico la promoción, en concreto, de este desarrollo. Compete a ellas, aún según el referido autor, solamente indicar el rumbo general que debe ser seguido, orientar la adecuada distribución espacial de la población y de las actividades económicas con vistas a la estructuración del sistema nacional de ciudades y a la mejoría de la calidad de vida de la población<sup>347</sup>. Así, bajo estos criterios para el autor son normas generales de derecho urbanístico:

"(...) las pertinentes a la utilización de la propiedad privada, las referentes a la acción integrada de organismos federales, regionales y municipales y cooperación con la iniciativa privada, sobre el desarrollo urbano, las directrices sobre las áreas de interés especial; las directrices sobre el planeamiento urbanístico, sobre los instrumentos de intervención urbanística, y las bases del régimen urbanístico del suelo"<sup>348</sup> (traducción propia).

Sigue el autor explicando, con fundamento en la doctrina de MOREIRA NETO, que el ámbito, contenido y límites de las normas generales de derecho urbanístico son: establecer principios, directrices, líneas maestras y reglas jurídicas generales; no pueden entrar en pormenores o detalles, ni agotar el asunto legislado; deben ser reglas uniformes para todas las situaciones homogéneas; deben referirse a cuestiones fundamentales; son limitadas, en el sentido de que no pueden vulnerar la autonomía de los estados federados y menos aún de los municipios<sup>349</sup>.

Para PINTO, el modelo adoptado por el legislador constitucional para la regulación del derecho urbanístico brasileño es el mismo ya puesto en marcha para regular otras ramas del derecho de este país, como por ejemplo, con relación a la

---

<sup>347</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 66.

<sup>348</sup> Ídem. Originalmente: "(...) as pertinentes à utilização da propriedade urbana, as referentes à ação integrada de organismos federais, estaduais e municipais e cooperação com a iniciativa privada, sobre o desenvolvimento urbano, as diretrizes sobre as áreas de interesse especial; as diretrizes sobre o planejamento urbanístico, sobre os instrumentos de intervenção urbanística, e as bases do regime urbanístico do solo".

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 67.

tributación o fiscalidad, al tránsito y circulación viaria, a las licitaciones, a la expropiación, al medio ambiente y a las finanzas públicas. Con relación a todas estas materias, los institutos y principios se regulan en ley federal por la Unión o en ley regional por los estados federados, en caso de ausencia de ley federal o para complementarla, participando el municipio solamente en la aplicación concreta de dichas leyes<sup>350</sup>. Siguiendo este entendimiento, el autor afirma que la competencia atribuida a la Unión para legislar sobre normas generales de derecho urbanístico trata de:

“(…) regular, en abstracto, el derecho de propiedad, el planeamiento, la parcelación del suelo, las obras públicas, el derecho de construir, las limitaciones, las expropiaciones, etc., estableciendo un régimen jurídico uniforme para el país”<sup>351</sup> (traducción propia).

En la práctica, MEIRELLES entiende que la materialización del ejercicio de dicha competencia conllevaría la promulgación, por parte de la Unión, de un ‘Código Nacional de Urbanismo’, en el cual se establecerían las “líneas del urbanismo brasileño, fijando principios científicos y directrices técnicas para la acción regional y municipal”<sup>352</sup>.

Aún con relación a las competencias atribuidas a la Unión en el ámbito del derecho urbanístico, el Estatuto de la Ciudad también se ha encargado de reforzar las atribuciones competenciales de dicha entidad reproduciendo en su art. 3 el mismo contenido dispuesto en la Constitución Federal. Así, se recoge en el referido Estatuto que compete a la Unión legislar sobre normas generales de derecho urbanístico, reproduciendo lo dispuesto en el art. 24 párrafo 1 de la Constitución; legislar sobre normas para la cooperación entre la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios con relación a la política urbana, teniendo en cuenta el equilibrio del desarrollo y el bienestar en ámbito nacional, conforme se determina en el art. 23 párrafo único del texto constitucional; promover, por iniciativa propia y en conjunto con los estados, el Distrito Federal y los municipios, programas de construcción de viviendas y la mejora de condiciones de habitación y de saneamiento básico,

---

<sup>350</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 93.

<sup>351</sup> Ídem. Originalmente: “ (...) disciplinar, em abstrato, o direito de propriedade, o planejamento, o parcelamento do solo, as obras públicas, o direito de construir, as limitações, as desapropriações, etc., estabelecendo um regime jurídico uniforme para o país”.

<sup>352</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 543. En sentido similar también PINTO, Victor Carvalho. “Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo”. En MANEGUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa para o desenvolvimento nacional*. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2013. En el cual el autor llega a indicar, como documento anexo, el índice de la Ley del Suelo española de 1992, con el objetivo de poner de manifiesto posibles materias objeto de regulación en un código de urbanismo brasileño, sin, no obstante, avanzar en explicaciones pormenorizadas sobre ellas.

reproduciendo lo dispuesto en el art. 23 apartado 9 de la Constitución brasileña<sup>353</sup>; instituir directrices para el desarrollo urbano, incluyendo temas relacionados con vivienda, saneamiento básico y transportes urbanos, recogiendo lo dispuesto en el art. 22 apartado 20 del texto constitucional; y por último, elaborar y ejecutar planes nacionales y macro-regionales de ordenación del territorio y desarrollo económico y social, en concordancia con lo ya dispuesto en el art. 21 apartado 9 de la Constitución.

También debe ser considerado para la correcta identificación de las competencias atribuidas a la Unión en materia de derecho urbanístico que, conforme a lo dispuesto en el art. 22 apartado 1 de la Constitución, a la Unión compete legislar de manera privativa sobre materias de derecho civil, entre las cuales tradicionalmente se ha encuadrado el derecho de propiedad. Eso significa, conforme a la interpretación del propio Supremo Tribunal Federal, que las limitaciones administrativas al uso de la propiedad privada pueden ser expresadas en ley o reglamento de la Unión, estado o de los municipios. No obstante, la competencia para intervenir en la propiedad y actuar sobre su contenido económico no se distribuye de forma igualitaria entre las entidades federativas, siendo así, “mientras la Unión regula el derecho de propiedad y establece las reglas fundamentales de intervención en el dominio económico, los otros niveles de gobierno – regional y municipal –, solamente ejercen la disciplina administrativa del uso de la propiedad y de la actividad económica de los particulares, teniendo siempre en cuenta las normas básicas promulgadas por la Unión”<sup>354</sup>.

Por todo lo expuesto, considerando las coincidencias identificadas en las distintas posiciones doctrinales arriba analizadas y con fundamento en las materias que estructuran la actividad pública urbanística, en observancia del sistema de distribución de competencias concurrentes, privativas y exclusivas determinado en la Constitución Federal y la autonomía que se garantiza a los estados federados y municipios, se puede concluir que compete a la Unión regular con fundamento en la

---

<sup>353</sup> Centrándonos en este mandato competencial, cabe indicar que el mismo se viene materializando por medio de los programas “Minha casa Minha vida” del Gobierno federal, cuyo marco regulatorio se encuentra dispuesto en la Ley Federal 11.977/2009 y del “Programa de aceleración del crecimiento (PAC)” también coordinado desde la esfera federal, regulado por medio de la Ley Federal 11.578/2007. Para más informaciones sobre el programa ‘Minha casa Minha vida’ véase <http://www.programadogoverno.org/> [programa-minha-casa-minha-vida/](http://www.programadogoverno.org/programa-minha-casa-minha-vida/) regulado normativamente en la Ley Federal Ordinaria 11.977/2009, de 7 de junio, publicada en el Diario Oficial de la Unión, p. 2, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11977.htm) (última consulta junio de 2015). Para más informaciones acerca del Programa de aceleración del crecimiento consultar <http://www.pac.gov.br> y su marco regulatorio, dispuesto en la Ley Federal Ordinaria 11.578/2007 de 26 de noviembre, publicada en el Diario Oficial de la Unión, p. 1, disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2007/Lei/L11578.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/Lei/L11578.htm) (última consulta junio de 2015).

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 1918 ES, juzgada en 23 de agosto de 2001. Relator ministro Maurício Corrêa, Pleno. Disponible en <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14750770/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1918-es> (última consulta febrero de 2015).

competencia que se le atribuye para promulgar normas generales de derecho urbanístico: las bases del régimen del suelo y de las expropiaciones, limitaciones y la negociabilidad del derecho de construir, el sistema de planes urbanísticos, la gestión o ejecución del planeamiento urbano, la parcelación del suelo para fines urbanos, aspectos básicos de la disciplina urbanística; establecer normas de cooperación entre los entes de la federación para el desarrollo urbano; e indicar institutos tributarios e financieros relacionados con la política urbana.

Es importante señalar que algunas de estas materias ya han tenido desarrollo normativo por medio del Estatuto de la Ciudad y de la Ley de Parcelación del Suelo urbano, cuyos contenidos serán objeto de análisis a lo largo del presente estudio.

La última cuestión que se plantea de interés con relación al análisis de la competencia de la Unión para elaborar normas generales de derecho urbanístico habla respecto a la comprensión del significado que tiene la atribución de esta competencia en régimen de concurrencia con los estados federados. El análisis de los argumentos y fundamentos expuestos en la doctrina, nos conduce a afirmar que la decisión del legislador constitucional parte de la siguiente consideración teórica: que la competencia concurrente al dividir competencias y capacidades político-legislativas entre los entes federados, observando la aplicación de determinados criterios, brinda a todos ellos la posibilidad de legislar sobre los mismos temas en los ámbitos de sus intereses prevalentes, que son federales (Unión), regionales (estados federados y Distrito Federal) y, también, locales (municipios)<sup>355</sup>.

En este contexto, el reparto de competencias concurrentes tiene por fundamento la cooperación entre los entes federados en la construcción de un equilibrio y de una igualdad material en el ámbito de la federación; eso significa que la Unión es tan autónoma como los demás entes federados, o sea, guarda en relación con los mismos una posición de igualdad, y no de superioridad jerárquica de cualquier grado, tratándose de competencias federativas distribuidas por la Constitución Federal.

No obstante, la actuación de la Unión se desarrolla de manera doble, representando a la federación, como interés nacional del Estado, y como ente integrante de la federación. Eso conlleva una distinción de actuación, respecto a cuándo ella representa sus propios intereses de ente federativo y cuándo su

---

<sup>355</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5ª Ed. Actualizada por HORTA, Juliana Campos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324; y ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição...op. cit.*, p. 61.

manifestación ha de realizarse como representante del Estado Federal<sup>356</sup>. De ahí que cuando la actividad legislativa de la Unión se fundamenta en una competencia concurrente, se entiende que su ejercicio se realiza en representación del interés nacional, y que por lo tanto, las leyes resultado de esta actuación, se consideran técnicamente leyes nacionales, que deben vincular igualmente la Unión, los estados federados y los municipios<sup>357</sup>.

Por todo ello se puede inferir que la intención del legislador constitucional, al atribuir la competencia en materia de derecho urbanístico de manera concurrente, era promover una integración de ordenes normativas, bajo una disciplina fundamental de la Unión que debe ser a la vez, homogeneizadora y respetuosa con la autonomía de los demás entes, permitiendo la identificación de los regionalismos e intereses locales en la regulación normativa de las materias urbanísticas<sup>358</sup>.

Con relación a las competencias en el ámbito urbanístico atribuidas a los estados federados, la primera que debe ser objeto de análisis se deriva de lo dispuesto en el ya referido art. 24 del texto constitucional, en cuyo párrafo 1 se encarga a la Unión legislar sobre derecho urbanístico por medio de la promulgación de normas generales, y en el párrafo 2 se atribuye a los estados federados competencia para suplementar lo dispuesto en dichas leyes generales federales, adaptándolas a las peculiaridades regionales de cada estado. Cabe señalar que dicha competencia suplementaria de los estados es restringida y no puede abarcar legislación sobre

---

<sup>356</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 77 y 78.

<sup>357</sup> ATALIBA, Geraldo. "Regime constitucional e leis nacionais e federais". En CLÉVE, Clémerson Merlin y BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito constitucional*. Organização do Estado. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

<sup>358</sup> En este sentido SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 280 y 281; y ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição...op. cit.*, p. 133. De manera muy distinta a este modelo, conforme al régimen establecido en la Constitución española de 1978, en España la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda son competencias asumibles con carácter exclusivo por las comunidades autónomas en razón de lo dispuesto en el art. 148 apartado 1.3 del texto constitucional español. Este bloque de competencias engloba potestades legislativas, reglamentarias y ejecutivas o de gestión, que incluyen la inspección. La competencia autonómica urbanística debe coexistir necesariamente con las competencias que el Estado español ostenta, ya que a él se le atribuyen una serie de competencias exclusivas con incidencia territorial o que afectan al urbanismo, previstas en el art. 149 de la Constitución Española, como por ejemplo, la regulación de la propiedad de suelo o la legislación de expropiación forzosa, además de todas las competencias sectoriales con incidencia territorial (puertos, costas, etc.). Los entes locales reciben competencias, que les son atribuidas por la ley, para aplicar y ejecutar lo dispuesto en la legislación urbanística autonómica, conforme se recoge en el art. 25 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Desde la doctrina, MARTÍN REBOLLO resume la situación explicando que "Así, pues, la competencia legislativa autonómica queda enmarcada, por arriba, por las competencias legislativas estatales – no urbanísticas, pero con incidencia en el urbanismo – y, por debajo, por las competencias – ya no legislativas, obviamente, sino de simple ejecución y gestión – de los Municipios". MARTÍN REBOLLO, Luis. "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 181. Sobre el sistema de competencias en el ámbito del urbanismo conforme al ordenamiento español véase también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, 2011, p. 36 y ss.

temas puramente locales, lo que conllevaría una invasión de competencia privativa de los municipios.

Se puede entender que dicho precepto legitima a los estados federados para elaborar y promulgar planes regionales de ordenación del territorio y promulgar normas urbanísticas regionales, adecuadas a cada uno de los correspondientes territorios, observados los principios federativos de repartición y los límites de atribución correspondientes a cada una de las cuatro esferas de poder.

En razón de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del precepto arriba referido, los estados federados también reciben en el ámbito urbanístico competencia de tipo supletoria, lo que significa que, en ausencia de ley federal estableciendo normas generales sobre determinada materia de derecho urbanístico, la competencia de los estados para legislar en este ámbito específico pasa a ser plena. En esta situación, la ley estatal produce sus efectos hasta la promulgación *a posteriori* de la correspondiente norma federal<sup>359</sup>.

En razón de lo estipulado en el párrafo 3 de artículo 25 de la Constitución Federal, a los estados federados también se les atribuye competencia exclusiva específica para instituir regiones metropolitanas. Con relación al ejercicio de esta competencia, cabe señalar que se vienen consolidando en sede doctrinal y jurisprudencial cuestionamientos acerca de la legitimidad de los estados federados para instituir regiones metropolitanas independientemente de aquiescencia manifiesta por parte de los municipios afectados<sup>360</sup>. Actualmente el Supremo Tribunal Federal viene posicionándose en el sentido de que la institución de estas unidades territoriales posee como único requisito de legitimidad la promulgación de ley regional aprobada

---

<sup>359</sup> Analizando las implicaciones prácticas de los estados en el ejercicio y materialización de dichas competencias, MEIRELLES expone que, incidiendo en los mismos fallos de las constituciones federales anteriores, las constituciones regionales también omitían, en su mayoría, referencia expresa al urbanismo, limitándose algunas de ellas a repetir los preceptos federales sobre protección paisajística, histórica y monumental, y que la legislación ordinaria regional es parca con relación al urbanismo. Resulta de ahí la ausencia total de integración de los planes directores municipales, que van surgiendo de manera dispersa y aislada, cuando hoy, afirma el autor, es evidente que la planificación urbanística debe ser realizada *a vasto raggio*, relacionando los planes menores con los mayores, hasta que se obtenga la funcionalidad orgánica prevista en la planificación nacional.

<sup>360</sup> En la doctrina podemos identificar posiciones en el sentido de que aún habiéndose atribuido exclusivamente a la instancia regional tal encargo, la realización y viabilidad de estas formas de organización del territorio dependen de la voluntad de los municipios afectados en el sentido de actuar conjuntamente. Al estado federado le restaría estimular, incentivar y cooperar con las medidas que contribuyan para la consecución de este objetivo. En este sentido se ha manifestado DI SARNO, Daniela Campos Libório. "Competências urbanísticas". DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade... op. cit.*, p. 67 y HENRIQUES FILHO, Tarcísio. "Regiões metropolitanas e autonomia dos municípios". *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 264, septiembre/diciembre 2013, pp. 135-159.

con quórum calificado y que, por lo tanto, la adhesión de los municipios no es voluntaria<sup>361</sup>.

Recientemente, con fundamento en la competencia de la Unión para legislar sobre normas generales de derecho urbanístico, se ha promulgado la ley general federal que regula la cuestión de las regiones metropolitanas, por medio del Estatuto de la Metrópoli – ley 13.089 de 12 de enero de 2015 –, cuyo objetivo es estructurar el desarrollo de esta competencia por parte de los estados federados, conforme se analizará en apartado propio dentro del presente capítulo.

Completando el cuadro de atribuciones competenciales encargadas a las distintas esferas de poder en el ordenamiento brasileño, cabe señalar la existencia de materias relacionadas directamente con la actividad urbanística cuya competencia se establece, en razón de lo dispuesto en el art. 23 de la Constitución, de manera común entre Unión, estados federados, Distrito Federal y municipios. Eso significa, teóricamente, que todos los entes federativos deben actuar en términos de cooperación con respecto al desarrollo legislativo y la ejecución de materias específicas, tales como por ejemplo, conservar el patrimonio público, velar por la salud y asistencia sanitaria pública de la población, garantizar los derechos de las personas portadoras de deficiencias, proteger las obras y otros bienes de valor histórico, artístico y cultural, los monumentos, los paisajes naturales notables y los parajes arqueológicos, la construcción de obras públicas, urbanizaciones consorciadas y otras cuestiones administrativas que requieran recursos económicos y personales en gran escala.

### **II.2.2. Las competencias atribuidas a los municipios brasileños**

En el contexto de autonomía que se confiere a los municipios en la Constitución Federal, se les han atribuido facultades para deliberar y ejecutar todas las competencias relacionadas con el interés local, sin la necesidad de previa consulta o aprobación por parte de los gobiernos federal y regional. Así, los municipios deciden la conveniencia o inconveniencia de todas las medidas de su interés; dialogan directamente con todos los poderes de la República y del Estado, sin dependencia

---

<sup>361</sup> En este sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Constitucionalidad ADI 1841/RJ, juzgada en 1 de agosto de 2002. Relator ministro Celso de Mello, Pleno. Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266777> (última consulta agosto de 2015) y Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Constitucionalidad ADI 796-3/ES, juzgada en 5 de noviembre de 1992. Relator ministro Neri da Silveira, Pleno. Disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346612> (última consulta agosto de 2015).

jerárquica de la Administración federal o regional; se manifiestan libremente sobre los problemas de la Nación; constituyen sus órganos partidarios locales y realizan sus convenciones deliberativas; y sus Cámaras poseen legitimidad para proponer y ejecutar el cese del mandato de concejales y alcaldes, en el uso regular de sus atribuciones de control político-administrativo del gobierno local<sup>362</sup>.

Realizadas tales consideraciones introductoras y centrándonos en el análisis de la competencia conferida por la Constitución a los municipios brasileños en materia de urbanismo, se puede adelantar que la misma se considera bastante amplia y su fundamento normativo se encuentra recogido en distintos preceptos del texto constitucional en los términos siguientes:

“Art. 30. Compete a los municipios:

1. Legislar sobre asuntos de interés local;

(...)

8. Promover, dentro de lo posible, la adecuada ordenación [urbanística] de su territorio, mediante el planeamiento y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano;

(...)

Art. 182. La política de desarrollo urbano, ejecutada por el poder público municipal, conforme directrices generales fijadas en ley, tiene por objetivo ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes.

Párrafo 1. El Plan Director, aprobado por la Cámara Municipal, obligatorio para las ciudades con más de veinte mil habitantes, es el instrumento básico de la política de desarrollo y expansión urbana.

Párrafo 2. La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director.”<sup>363</sup> (traducción propia).

Además de eso, a los municipios brasileños también se les atribuye competencia genérica para complementar la legislación federal y regional en el ámbito de su competencia, conforme se desprende del apartado 2 del anteriormente referido art. 30 de la Constitución Federal, donde se determina que compete a los municipios “complementar la legislación federal y regional, en lo que cupiera”.

---

<sup>362</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 45.

<sup>363</sup> Originalmente se dispone en el texto constitucional brasileño: “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; (...) VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...) Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Parágrafo 1. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Parágrafo 2. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

Conforme a este marco, la primera competencia que debe ser analizada en razón de sus posibles efectos sobre el ámbito urbanístico, es aquella que atribuye exclusivamente a los municipios legitimidad para legislar sobre asuntos de interés local. Pese a que el contenido de dicha competencia no se refiere directamente al derecho urbanístico o al urbanismo, en los textos constitucionales anteriores al actual, amparados en esta competencia, tradicionalmente se justificaba la promulgación de leyes municipales de contenido urbanístico, dado que en dichos textos las atribuciones relativas al derecho urbanístico o al urbanismo no venían expresamente recogidas<sup>364</sup>.

La atribución de competencia exclusiva a los municipios para legislar sobre asuntos de interés local, con relación específicamente al derecho urbanístico, considerando el actual marco constitucional de reparto de competencias, opera imponiendo un límite que no debe ser superado por la Unión o por los estados federados en el ejercicio de sus correspondientes competencias concurrentes para promulgar normas de derecho urbanístico; sobrepasado este límite, se estaría incurriendo en flagrante inconstitucionalidad; ocurriendo lo mismo en el sentido contrario, si es el municipio el que lo extrapola.

Dicho esto, el concepto de 'interés local' se relaciona con aquel interés propio y común a todos los municipios brasileños, independientemente de las peculiaridades de cada cual. Será de interés local la materia que se relacione con los intereses directamente vinculados con el ámbito local, que en su generalidad, son de naturaleza local<sup>365</sup>. Así, el interés local no puede ser confundido como un interés exclusivo del municipio, que sea privativo de la localidad, configurando éste un interés único y no común a todas las municipalidades<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> En los anteriores regímenes constitucionales no se empleaba la expresión 'interés local' sino 'peculiar interés'. Profundizando en el significado de dicha expresión, defiende PESSÔA que la misma nada significa como otorgamiento de competencia, ya que puede recibir contenido de los más diversos, variando en el tiempo y espacio. En razón de eso, la esfera de atribuciones del municipio puede modificarse de conformidad con las diversas visiones propias de quien aplicará el derecho, disminuyendo si el aplicador es partidario de una filosofía centralista del Estado brasileño; aumentando, por el contrario, cuando el mismo posee una visión descentralizadora, federalista, de organización estatal. PESSÔA, Álvaro. "Aspectos jurídico-institucionais do uso do solo urbano". *Revista de Administração Pública*. Vol. 12, núm. 2, 1978, p.63.

<sup>365</sup> En este sentido MELLO, Celso Antonio Bandeira de. "Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal" En MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba...op. cit.*, p. 280.

<sup>366</sup> Complementa esta idea la posición sostenida por MEIRELLES para quien "(...) no existe interés municipal que no sea reflejante de la Unión y del estado-miembro, como, tampoco existe interés regional o nacional que no resuene en los municipios, como partes integrantes de la Federación brasileña. Lo que define y caracteriza el 'interés local', inscrito como dogma constitucional, es la predominancia del interés municipal sobre el del estado o de la Unión (...). Concluyendo, podemos decir que todo lo que repercute directa e indirectamente en la vida municipal es interés peculiar del municipio, pese a que pueda interesar también, indirecta y mediatamente, al estado-miembro y a la Unión. El encaminamiento

A excepción de las tradicionales y conocidas hipótesis de prevalencia del interés local, como por ejemplo, el transporte colectivo, el control de las edificaciones, la fiscalización de las condiciones de higiene de restaurantes y similares, la recogida de residuos domésticos y la ordenación del uso del suelo urbano, las demás hipótesis que puedan presentarse deberán ser analizadas caso a caso, vislumbrándose cuál es el interés predominante en cada situación<sup>367</sup>.

Con relación a la competencia que se atribuye a los municipios para promover, dentro de lo posible, la adecuada ordenación urbanística de su territorio, mediante la planificación y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano, la misma se atribuye de forma exclusiva a los municipios y no comporta interferencias de las esferas federal y regional<sup>368</sup>.

En este contexto, la ordenación urbanística del territorio municipal engloba la regulación del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo. En la práctica, se trata del empleo de la lotificación y de la técnica de zonificación, que consiste en la división del territorio en zonas, la fijación de índices urbanísticos y usos permitidos en cada zona y para cada parcela<sup>369</sup>. Dicha ordenación, conforme se recoge en el art. 182 párrafo 2, debe quedar determinada en el Plan Director municipal.

Llegado este punto de la materia, PINTO afirma la existencia de una distinción práctica entre legislar sobre derecho urbanístico, competencia encargada concurrentemente a la Unión y a los estados federados y promover la ordenación física del territorio municipal, atribución constitucionalmente conferida a los municipios, conforme ya hemos señalado. Así, explica el autor:

“Al contrario de la legislación de derecho urbanístico mencionada en el art. 24 [de la Constitución], las reglas de ordenación urbanística no son generales, pero sí específicas para cada zona. La distinción entre ‘legislar sobre derecho urbanístico’ y ‘promover ordenación urbanística’ está de acuerdo con el *caput* del art. 182 [de la Constitución], según el cual la política urbana es ‘ejecutada por el poder público municipal, conforme directrices generales fijadas en ley’. Al promover la ordenación urbanística, el municipio ejecuta la

---

de tales negocios cabe exclusivamente al municipio interesado, no siendo lícita la injerencia de poderes ajenos sin ofensa a la autonomía local. Puede y debe el municipio refutar tales interferencias, partan ellas de otro municipio, del estado-miembro o de la Unión, a través de cualquiera de sus organismos o Poderes. Y, no siendo posible al municipio ofendido en su autonomía convencer administrativamente el Poder ajeno a cesar su intromisión, podrá recurrir al Poder Judicial para anular el acto concreto de interferencia constitucional”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>367</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op. cit.*, p. 304.

<sup>368</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 63. En este sentido MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 104.

<sup>369</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 560 y 576.

política urbana, pero no legisla sobre ella. La legislación es regional o federal, en los términos previstos en el art. 24 apartado 1<sup>370</sup> (traducción propia).

De ahí que la ordenación urbanística del territorio municipal no pueda ser tratada como una actividad legislativa ordinaria, ya que debe ser consecuencia de un proceso ordenado, que es el planeamiento, cuyas bases deben estar reguladas en la legislación urbanística federal o regional. El planeamiento presupone la ejecución de una serie de actividades anteriores a la promulgación de la ley que lo establezca, como por ejemplo, la recogida de datos, estudio de diagnóstico, la elaboración de alternativas y evaluación de costes y beneficios<sup>371</sup>.

Por esta razón, la Constitución Federal determina que la ordenación urbanística del territorio municipal se realice por medio del “planeamiento y control” de la transformación urbanística. Indicando, en el párrafo 1 del art. 182 de la Constitución, el Plan Director como “instrumento básico” de la política urbana, reservándole la competencia para determinar la referida ordenación. Mientras el apartado 8 del art. 30 de la Constitución determina que la ordenación urbanística se realice mediante el planeamiento y el control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano, el art. 182 del referido marco normativo especifica que el principal instrumento de este planeamiento es el Plan Director, respecto del cual realiza algunas especificaciones.

Por último, centrándonos específicamente en la competencia suplementaria genérica que se atribuye a los municipios brasileños para complementar la legislación federal y regional en el ámbito de su competencia, conforme se determina en el apartado 2 del art. 30 de la Constitución, cabe indicar que la misma incluye el ámbito del derecho urbanístico<sup>372</sup>. Así, los municipios, con fundamento en dicha competencia, quedan legitimados para detallar las leyes urbanísticas ya existentes o para suprimir

---

<sup>370</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 94. Originalmente: “Ao contrário da legislação de direito urbanístico mencionada no art. 24, as regras de ordenamento territorial não são gerais, mas específicas para cada zona. A distinção entre ‘legislar sobre direito urbanístico’ e ‘promover ordenamento territorial’ coaduna-se com o caput do art. 182, segundo o qual a política urbana é ‘executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei’. Ao promover o ordenamento territorial, o Município *executa* a política urbana, mas não legisla sobre ela. A legislação é estadual ou federal, nos termos do art. 24, I”.

<sup>371</sup> *Ibidem*, pp. 94 y 95.

<sup>372</sup> La doctrina brasileña al tratar de la competencia legislativa concurrente atribuida a la Unión, el Distrito Federal y los estados federados para legislar sobre derecho urbanístico, enseña que el hecho de la Constitución Federal haber excluido los municipios de la atribución de competencias contenidas en el art. 24 no implica que les sea vedado legislar sobre aquellos ámbitos. Sino que, al hacerlo, los municipios deberán observar dos factores: asegurarse de que se trata de asunto que interfiera en la esfera del interés local, por un lado; y, por el otro, respetar los límites establecidos por la legislación federal o la regional en vigencia. En este sentido ha indicado MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 541.

omisiones de las demás esferas de la Federación para la consecución de sus propias competencias. En este sentido son esclarecedoras las enseñanzas de MACRUZ y MACRUZ:

“Diferentemente [de la competencia para legislar sobre asuntos de interés local] es la competencia legislativa para complementar ante la cual está presente no un interés común, sino un interés peculiar de un determinado municipio, cuyas características geográficas o urbanas, por hipótesis, le imponen promulgar normas suplementarias de la legislación federal o regional. Nos alejamos aquí, de la competencia plena municipal, adentrándonos en el campo de actuación plena y suplementaria de la Unión y de los estados, respectivamente, cuya posición local [del municipio], en razón de las particularidades que le son inherentes, es la de legislar complementando la legislación federal y regional, que son insuficientes para atender a las demandas específicas ocurrientes en la localidad”<sup>373</sup> (traducción propia).

De esa manera, los asuntos objeto de regulación por parte de los municipios con fundamento en la competencia suplementaria, no coinciden con aquellos que les tornan legítimos para legislar en razón del interés local. En ésta hipótesis, la competencia municipal es plena, alejando la producción legislativa federal o regional porque el impacto de la regulación del referido asunto dice respecto de manera inmediata al ámbito municipal y a sus munícipes. En aquél, solamente ante interés peculiar, no común a las demás esferas de gobierno y cuando sea oportuno, como por ejemplo en los casos de ausencia de cualquier regulación con relación a determinada materia urbanística o insuficiencia de la misma ante el caso concreto, se producirá la participación suplementaria del municipio, siendo ésta una hipótesis de excepcionalidad en razón de la identificación de alguna condición singular presentada en determinado municipio<sup>374</sup>.

En los casos en que determinada materia de derecho urbanístico se encuentre regulada a nivel nacional o regional, las administraciones municipales promulgarán sus leyes o sus planes urbanísticos en observancia de lo dispuesto en ellas, tal cual se determina en el Estatuto de la Ciudad, donde se recoge en su art. 4 apartado 3 un rol indicativo de instrumentos de planeamiento municipal para después, en el párrafo 1

---

<sup>373</sup> MACRUZ, João Carlos y MACRUZ, José Carlos. “Competência constitucional do município em urbanismo”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 59. Originalmente: “Diversamente é a competência legislativa suplementar diante da qual está presente não um interesse comum, mas um interesse peculiar de um determinado município, cujas características geográficas ou urbanas, por hipóteses, impõe-se lhe editar normas suplementares à legislação federal ou estadual. Escapamos aqui, da competência plena municipal, enveredando em campo de atuação plena e suplementar da União e dos Estado, respectivamente, cuja posição local, em face das particularidades que lhe são inerentes, é a de legislar complementando a legislação federal e estadual, que são insuficientes para atender às demandas específicas ocorrentes na localidade”.

<sup>374</sup> En sentido similar Ibídem, pp. 59 y 60.

del referido precepto, determinar que los mismos se disciplinan por las leyes que les son propias, según lo dispuesto en esta ley general.

Presentado el marco general constitucional de las competencias atribuidas a los municipios en el ámbito del urbanismo, concluimos que éstas deben materializarse en dos sectores distintos: el de la ordenación urbanística, que se consustancia en la elaboración del Plan Director y la promulgación de su ley, además de otras posibles leyes municipales cuyo contenido regule aspectos de la ordenación urbanística como la macro-zonificación, la zonificación y la parcelación del suelo para fines urbanos; y el de control de la construcción, que opera sobre el trazado urbano, incluyendo la regulación de los sistemas generales y de la edificación por particulares en sus requisitos estructurales, funcionales y estéticos, expresados en el Código Municipal de Obras y normas complementares<sup>375</sup>.

Resulta de interés adelantar que la regulación, desarrollo y previsión de estas materias urbanísticas por parte de las administraciones locales conforme a un mínimo denominador común que garantice algún nivel de homogeneidad a las fuentes normativas e instrumentos de derecho urbanístico local, depende de la regulación general de las mismas por parte de la Unión o de los estados federados; eso no implica el sometimiento del desarrollo de las competencias exclusivas de los municipios a la voluntad política de los legisladores de mayor nivel, sino que en ausencia de previsiones de este tipo, el conjunto normativo y de instrumentos urbanísticos que se conforma en el ámbito local tiende a presentar una fuerte especialización ante la realidad empírica del lugar, de las condiciones de actuación de sus Administraciones y de la motivación de sus Cámaras Municipales, generando una asimetría de trato de la materia urbanística entre los más de cinco mil municipios brasileños.

Se da por hecho que la actuación material y legislativa del urbanismo se confiere, y así debe ser, a las administraciones locales pero dicha actuación debe garantizar el tratamiento más igualitario posible de los particulares específicamente y de la colectividad en general, ante la ley, capaz de conferir una seguridad jurídica que es intrínseca a la idea de ordenamiento jurídico y que se sobrepone a su alcance competencial, encargándose de su consecución en todo el territorio de Brasil, la Unión y en ámbito regional los estados federados, de ahí la importancia del análisis de modelos y técnicas que puedan aportar alternativas a este estado de la cuestión.

---

<sup>375</sup> En este sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 560.

### **II.2.2.1. Reflexiones sobre la distribución constitucional de competencias en materia de urbanismo en base al modelo urbanístico español**

Adelantándonos a los resultados que se derivan del análisis de las actuales fuentes de derecho urbanístico, cabe señalar que la producción de normas generales urbanísticas ha sido escasa en el régimen constitucional anterior y en el actual; en razón de eso tenemos, con alguna excepción, la conformación de fuentes de derecho urbanístico local heterogéneas en sus determinaciones, con alcance e incidencia diversos en sus previsiones sobre el derecho de los propietarios y de la ciudadanía en general.

Centrando sus críticas especialmente sobre la inercia de la Unión en el ejercicio o agotamiento de sus atribuciones competenciales, BRUNO FILHO y DIAS se han manifestado en este sentido:

“Por más amplias que sean las posibilidades del municipio, dentro de sus competencias, promover la ‘política urbana’, jamás, no obstante, habrá completitud del sistema mientras no sea ejercida en su totalidad la competencia de la Unión. Considerando las características propias de las normas urbanísticas, los objetivos de la política urbana, expresos en el artículo 182 de la Constitución, no se concretarán sin la manipulación de institutos jurídicos abrigados en la esfera Federal”<sup>376</sup>(traducción propia).

Partiendo de la identificación del estado de la cuestión en el modelo español para la consecución de posibles aportaciones, tenemos que los ordenamientos jurídicos de Brasil y España han reservado un papel destacado para las administraciones locales con respecto a la materia urbanística. Es coincidente en ambos países el entendimiento de que la actividad urbanística se manifiesta de

---

<sup>376</sup> BRUNO FILHO, Fernando Guilherme y DIAS, Solange Gonçalves. “Política urbana, parcelamento do solo e autonomia federativa”. *Revista Jurídica*. Vol. 10, núm. 90, abril/mayo de 2008. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/FernandoGuilherme\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/FernandoGuilherme_Rev90.pdf) (última consulta en septiembre de 2014). Originalmente: “Por mais largas que sejam as possibilidades de o Município, dentro de suas competências, promover a “política urbana”, jamais, entretanto, haverá completude do sistema enquanto não for exercida na sua totalidade a competência da União. Dadas as próprias características de norma urbanística, os objetivos da política urbana, expressos no caput do artigo 182 da Constituição, não se concretizarão sem a manipulação de institutos jurídicos abrigados na esfera Federal”. En este sentido también se han manifestado DIAS, Daniella S. “A efetividade do direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira”. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 47, núm. 186, abril/junio 2010, p. 82 y MELO, Marcus André Barreto Campelo de. “Crise federativa, guerra fiscal e hobessianismo municipal: efeitos perversos da descentralização?”. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Vol. 10, núm. 3. São Paulo, 1996, pp. 11-22. Véase también RECH, Adir Ubaldó. *A exclusão social e o caos nas cidades: um fato cuja solução também passa pelo direito como um instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul: Educus, 2007, p. 215 a 230.

manera más concreta y dinámica en sede local y, en consecuencia, se les ha atribuido importantes encargos competenciales.

Analizando el recorrido y la evolución de los procesos de autonomía local en España y en Brasil, es posible identificar que dichos países han transitado por una misma vía pero, se puede decir que más recientemente, en sentidos opuestos.

En España, la competencia urbanística sigue vinculada a las competencias tradicionalmente atribuidas a las corporaciones locales pero, y así afirma BAÑO LEÓN, como consecuencia de las leyes de ensanche publicadas a partir de 1864, ocurrió un sucesivo desapoderamiento de los municipios con respecto a la regulación de la ordenación de las ciudades, ya que con anterioridad a estas leyes, el proceso público de ordenación de la ciudad se regulaba completamente por medio de las ordenanzas municipales y, actualmente, son las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas las que tienen que atribuir a las corporaciones locales las competencias concretas que deben desarrollar en el ejercicio de la actividad urbanística<sup>377</sup>.

Es necesario señalar que en el ordenamiento español, el legislador estatal carece de competencia, ni siquiera con carácter supletorio – ha recalcado la sentencia del Tribunal Constitucional español de 20 de marzo de 1997 –, en materia de ordenación del territorio y urbanismo, correspondiéndole únicamente la regulación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, las garantías generales de la expropiación forzosa y algunas otras materias específicas que afectan o condicionan el urbanismo. Por lo que se atribuye a las comunidades autónomas regular exclusivamente todas las demás actuaciones, garantizando a los municipios la gestión de sus propios intereses<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> BAÑO LEÓN, José María. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 83. Sigue explicando el autor que ya el art. 15 de la Ley de 1864 permitía al gobierno “modificar con aplicación a la zona de ensanche las ordenanzas municipales y de construcción que rigen para el interior de la localidad...”. Y que este proceso culminará con la práctica inclusión de las ordenanzas de edificación como parte constitutiva de los planes generales y parciales, en un sistema que es sustancialmente el que existe en la actualidad en todas las comunidades autónomas.

<sup>378</sup> *Ibidem*, pp. 72 y ss. Para profundizar en la cuestión del carácter supletorio negado al legislador estatal véase, opinando de manera distinta, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 95, 1997, pp. 407 y ss. Para el análisis de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 en el modelo urbanístico español véase ASÍS ROIG, Agustín E. de. (Dir.). *Legislación del Suelo: Análisis comparativo. Incidencia de la STC 61/1997*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, pp. 5-51; PAREJO ALFONSO, Luciano. “Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; en particular la regla de la supletoriedad del Derecho general-estatal”. *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 14 al 20 de julio de 1997, pp. 571-585; SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. “La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación

El acotamiento de los poderes atribuidos a los municipios con relación, específicamente, al desarrollo de materias urbanísticas parece haber sido compensado en el texto constitucional de 1978, que estableció las bases para una nueva autonomía local, por la cual, como medida compensatoria, el Estado y las comunidades autónomas deben asegurar la participación de los entes locales en todos aquellos asuntos que afectan sus intereses. En la práctica, según el autor arriba indicado, eso significa que:

“Las medidas de planificación y ordenación territorial, y la planificación sectorial, corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas, pero por su incidencia directa en el ámbito local han de hacer posible la participación de los entes locales afectados. El Estado o la Comunidad Autónoma, al planificar una carretera, al diseñar una presa, al construir una obra pública con relevancia en el territorio, están compelidas a poner en marcha mecanismos que propicien una participación activa de los entes locales”<sup>379</sup>.

Ya en Brasil, la presencia y actuación de fuerzas políticas “municipalistas” durante el proceso constituyente de 1988 hizo que a los municipios se les concediera un amplio abanico de competencias nunca antes experimentado en la historia constitucional brasileña desde su independencia en el año 1822<sup>380</sup>. El actual texto constitucional fue elaborado y aprobado imbuido de objetivos orientados a garantizar un alto grado de autonomía para los municipios, que en la práctica se ha traducido en la atribución de un conjunto bastante extenso de competencias materiales y legislativas en materia urbanística a estos entes federativos y su consideración alejada de cualquier nivel de jerarquía con relación a los demás entes de la federación, de tal manera que Unión, estados federados y municipios se encuentran igualmente legitimados para innovar en el ordenamiento urbanístico según su correspondientes ámbitos competenciales constitucionales.

En España, el Estado español y las comunidades autónomas tienen atribuidos sus ámbitos de competencia por la Constitución española; las corporaciones locales no tienen un ámbito predeterminado<sup>381</sup>. El texto constitucional únicamente hace

---

del Derecho Estatal”. *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 99, 1998, pp. 281-302; REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997”. *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 1, 1997, pp.157-170.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>380</sup> Para profundizar en la cuestión del municipalismo en Brasil y en especial durante el proceso constituyente de 1988 véase MELO, Marcus André Barreto Campelo de. “Municipalismo, nation-building e a modernização do Estado no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 23, núm. 8, 1993, pp. 83-100; y MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p.45 a 47, en el cual se recoge el estado de la autonomía efectiva de los municipios a lo largo de los distintos regímenes políticos por los cuales Brasil ha pasado.

<sup>381</sup> Enseña GONZÁLEZ BUSTOS que los términos ‘Corporaciones locales’ o ‘entes locales’ engloban a los municipios, las provincias y otras entidades locales como las comarcas formadas por la agrupación de

referencia, en el art. 137, a la autonomía local entendida como el derecho de las entidades locales de participar en el gobierno y en la administración de los asuntos que le son propios. Por ello, se les reconoce un mínimo competencial que puede ser aumentado o reducido pero nunca eliminado, entrando en juego las competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio.

Conforme a este marco, las administraciones locales poseen competencias propias en materia de urbanismo, cuya concreción corresponde al legislador autonómico. La definición de competencias se realiza en las leyes autonómicas por medio de la figura de la delegación intersubjetiva de competencias urbanísticas a favor de los entes locales<sup>382</sup>.

Con carácter general, es posible afirmar que a las entidades locales les corresponde la ejecución de los planes municipales e intermunicipales y la realización, a título de competencia propia o por encomienda del Estado español, de obras y servicios previstos en el planeamiento jerárquicamente superior<sup>383</sup>, quedando a cargo de las comunidades autónomas fijar las directrices necesarias para la consecución de dichos objetivos y el control de las actuaciones derivadas de ellos. Situación ésta que no se vislumbra en el ordenamiento brasileño donde, conforme se ha puesto de manifiesto anteriormente, los estados federados e incluso la Unión, no ostentan competencias para controlar directamente la actuación legislativa de los municipios, como no sea por medio del ejercicio de sus propias competencias privativas, exclusivas y concurrentes, enmarcando la actuación municipal por medio de ello, en la medida de lo posible<sup>384</sup>.

---

varios municipios. GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles. "Distribución y conflictos de competencia". En QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.). *Derecho urbanístico. Guía teórico-práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 19.

<sup>382</sup> Ídem.

<sup>383</sup> Así dispone el artículo 5 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Cuyo tenor literal determina: "Corresponde a las Entidades locales, individualmente o asociadas entre sí, la ejecución de los Planes municipales e intermunicipales y la realización, a título de competencia propia o por encomienda del Estado, de obras y servicios previstos en el planeamiento de carácter superior".

<sup>384</sup> En el contexto del análisis comparativo entre los mecanismos de control de la actuación municipal por parte de las Administraciones federales y regionales en Brasil y Alemania, KRELL ha identificado una tradicional resistencia por parte de los municipios a que sus actuaciones fuesen controladas por las Administraciones regionales durante la época en que estas tenían competencias para ello (en el marco de la Constitución promulgada en 1891, sustituida por el texto constitucional de 1934) y que las consecuencias jurídicas de dicha resistencia se hacen notar en la actualidad, no ostentando los estados federados competencias para instituir cualquier mecanismo de control de la actuación municipal aparte de aquellos mecanismos indicados en la Constitución Federal que se fundamenta en la división de poderes y reparto de competencias entre los entes federados. Concluye el autor afirmando que: "En Brasil, hasta hoy inexisten tales mecanismos [en referencia a los empleados en Alemania, que atribuyen a las Administraciones regionales poderes para verificar la legalidad de los actos de la Administración local] de

Particularmente con respecto a los municipios en el ordenamiento español, les corresponden competencias en materia de planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, en los términos previstos en la legislación estatal y en las legislaciones autonómicas, conforme queda recogido en el art. 25 apartado 2. a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local<sup>385</sup>.

Conforme señala GONZÁLEZ BUSTOS, el concepto de planeamiento arriba indicado, hace referencia a tres facultades atribuidas a los municipios: a) Intervenir en los procedimientos de elaboración y aprobación del planeamiento general de carácter bifásico, cuando la normativa de aplicación exija aprobación superior por los órganos competentes de las comunidades autónomas; b) Aprobar el planeamiento general cuando las disposiciones aplicables no impongan intervención de otra Administración; c) Aprobar el planeamiento de desarrollo, en los términos de la legislación de cada Comunidad.

La autora sigue explicando que la gestión y ejecución del planeamiento se materializa por medio de la aplicación práctica, por parte de los municipios, del modelo urbano recogido en los instrumentos de planeamiento, que podrá ser asumido por medio de los órganos de gobierno ordinarios, por órganos de competencia especial, sociedades con fines específicos o por consorcios y gerencias constituidos con esta finalidad<sup>386</sup>.

De manera práctica, explica MARTÍN REBOLLO que los ayuntamientos aprueban inicialmente los planes generales o parciales, que en su mayoría son de ámbito municipal, sin perjuicio de que la aprobación definitiva de muchos de ellos corresponda, con frecuencia, a órganos de la Comunidad Autónoma. Así mismo, son los ayuntamientos los que aprueban los sistemas de ejecución de los planes y a quienes compete intervenir y autorizar los diferentes momentos y pautas de la llamada gestión urbanística<sup>387</sup>.

---

supervisión municipal, siendo que las leyes locales son promulgadas sin cualquier control de órganos superiores, pudiendo solamente ser revisadas o anuladas por los tribunales, esto es, después de procedimientos bastante demorados" (traducción propia). KRELL, Andreas Joachim. "Autonomía municipal na Alemanha e no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 32, núm. 128, octubre/diciembre 1995, pp. 107-125.

<sup>385</sup> Para profundizar en la interpretación jurisprudencial acerca de la posición de la Ley Estatal Reguladora de las Bases del Régimen Local véase BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *Distribución de competencias en materia de urbanismo: Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales. Análisis de la jurisprudencia constitucional*. Barcelona: Bosch, 2002, p. 123-127.

<sup>386</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles. *Distribución y conflictos de competencia...op. cit.*, p. 19 y 20.

<sup>387</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 209.

El concepto de disciplina urbanística, en el ámbito municipal, se refiere a la competencia para controlar la legalidad y el sometimiento a las licencias o autorizaciones necesarias para los actos de los particulares. El control de la legalidad urbanística se realiza por medio de medidas de protección, como por ejemplo, órdenes de ejecución y demolición expedidas por los municipios<sup>388</sup>. La inspección urbanística, dependiendo de lo establecido en cada Comunidad Autónoma, podrá ser asumida de forma exclusiva por el municipio o realizarse con su participación.

De este marco general, lo que nos ha llamado la atención con respecto al interés que pueda generar en el ámbito competencial urbanístico de los municipios brasileños, es la idea de la realización de un posible control de las actuaciones municipales en materia de urbanismo y derecho urbanístico por medio de la promulgación de leyes generales sobre el régimen de la propiedad por parte de la Unión. Esto se haría con fundamento en su competencia privativa para legislar sobre el derecho de propiedad prevista en el art. 22 apartado 1 de la Constitución Federal, tal como se determina en el modelo español, que enmarcaría la actuación de los estados federados y de los municipios, confiriendo cierta homogeneidad al sistema normativo urbanístico. Sin ánimo de adelantarnos en el análisis de esta alternativa, que será objeto de investigación en los capítulos próximos, cabe señalar que competencialmente es posible en el ordenamiento brasileño la promulgación de leyes nacionales similares a la Ley del Suelo española, incluso, en razón de la competencia atribuida a la Unión para regular materias urbanísticas de manera general, se podría profundizar en la conexión entre régimen general del suelo y régimen urbanístico.

Así mismo, resulta de interés para la homogenización del tratamiento dispensado a las materias urbanísticas por las administraciones locales, la promulgación de leyes de coordinación del planeamiento municipal por parte de los entes regionales, que de manera muy tímida han asumido sus competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo<sup>389</sup>. Los estados federados pueden actuar en el ordenamiento brasileño de manera similar, dentro del respeto a los límites que impone la actuación competencial de la Unión y la autonomía municipal, a

---

<sup>388</sup> GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles. *Distribución y conflictos de competencia...op. cit.*, p. 20.

<sup>389</sup> Actualmente los estados federados de Río Grande del Sur y Paraná han promulgado leyes regionales de carácter urbanístico. De manera específica el estado de Río Grande del Sur ha promulgado ley específica que determina los criterios y requisitos mínimos para la definición y delimitación de áreas urbanas y de expansión urbana, las directrices y normas generales de parcelación del suelo para fines urbanos, la elaboración de planes y directrices generales de ocupación del territorio por los municipios. En el estado de Paraná se han integrado en una misma normativa regional la política de desarrollo regional, la política de desarrollo urbano y la política institucional, sin no obstante, desarrollar sus determinaciones específicas en el texto de la ley, bajo la coordinación única de la Secretaria Regional de Desarrollo Urbano, determinando de manera específica, algunas directrices para la elaboración de Planes Directores por las Administraciones municipales de la región.

las comunidades autónomas en el ordenamiento español, elaborando y aprobando sus propias leyes de ordenación del territorio y urbanismo que sirvan de base y parámetro para la elaboración y ejecución de la actividad urbanística por las administraciones locales.

En razón de la organización de Brasil como una federación, con un vasto territorio, resulta necesario un mayor protagonismo de los estados federados en el ámbito del derecho urbanístico, incluso como medida de coordinación de la ordenación del territorio regional y de las metrópolis con la ordenación urbanística, que no se daría con la misma intensidad que en el ordenamiento español, conforme se ha expuesto, donde ocurre una especie de control de la actuación urbanística de las administraciones locales por parte de las comunidades autónomas, ya que en el modelo brasileño no existe grado alguno de jerarquía entre los entes federativos, encontrándose ellos en una misma situación de autonomía. De ahí que la actuación de los estados federados debe centrarse en la producción legislativa.

Por medio de la implantación en Brasil de un esquema legislativo cercano al adoptado en España, donde la estructuración de la actividad pública urbanística se regula detalladamente desde el ámbito federal y regional, se combinaría la necesidad de homogenización de las normas urbanísticas en el ámbito local, con la conveniencia de experimentar modelos jurídicos alternativos en estados federados con realidades diversas en razón de las peculiaridades socio económicas y culturales de cada región. Además de eso, ésta es la escala recomendada para la confluencia de la ordenación del territorio y del urbanismo por medio de la interrelación de sus planes. La proposición de esquemas e instrumentos diversos en los estados propiciaría el perfeccionamiento de técnicas de derecho urbanístico y el intercambio de experiencias entre los entes regionales, facilitando su posterior normativización en el ámbito nacional por medio de la promulgación de normas generales.

### **II.3. Las fuentes de derecho urbanístico y los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico**

A modo de introducción del análisis de los temas que aquí se proponen, creemos oportuno realizar algunas consideraciones preliminares, desde una perspectiva de derecho comparado, sobre la influencia de los sistemas urbanísticos continental europeo y norteamericano en la práctica del urbanismo en Brasil, poniendo de manifiesto sus similitudes y diferencias fundamentales, y algunos de sus efectos.

El modelo urbanístico brasileño tradicional, se puede decir, posee algunas similitudes con el sistema norteamericano, destacando entre ellas, la fundamentación del urbanismo en el poder de policía de las administraciones públicas; la adopción de leyes municipales distintas para la zonificación, parcelación y obras; y la elaboración de planes urbanísticos sin aplicabilidad inmediata, siendo poco difundido en el ámbito municipal brasileño, el instituto del mapa oficial aprobado por el poder legislativo municipal americano, en el cual se define el sistema viario y las principales obras públicas<sup>390</sup>.

Aún en comparativa con el modelo adoptado en Estados Unidos, otra diferencia que se impone es que los planes urbanísticos brasileños son aprobados por el poder legislativo municipal, lo que no ocurre con el *master plan* americano, que no posee valor jurídico. Además de eso, con relación al ámbito de actuaciones de los Gobiernos y Administraciones municipales, la Administración Pública brasileña es más frágil que la norteamericana. En Brasil, la gran mayoría de los municipios sencillamente no poseen una capacidad burocrática permanente y aún en aquellos dotados de alguna capacidad, la misma se encuentra en un nivel incipiente o reducido de desarrollo<sup>391</sup>. Los cambios de gobierno en la esfera municipal de poder, suelen conllevar, en Brasil, un cambio parcial o completo en los integrantes de los equipos técnicos, considerando el número reducido de funcionarios públicos técnicos y el gran número de cargos políticos de confianza que participan en su composición.

En el sistema norteamericano – diferentemente del brasileño, donde las competencias legislativas municipales en materia de urbanismo se determinan en el texto constitucional –, las Administraciones municipales reciben orientaciones desde la legislación regional, con relación a los modelos urbanísticos que deben ser

---

<sup>390</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 113.

<sup>391</sup> Ídem. Es oportuno señalar que actualmente en el ámbito municipal se verifica una situación de dualidad con relación a las posibilidades de implementación de las competencias urbanísticas, ya que algunos grandes municipios ostentan medios administrativos y financieros para llevar a cabo sus actuaciones. Ilustrando dicha situación de dualidad, BREMAEKER señala que existe una fuerte concentración de ingresos fiscales en los municipios de mayor dimensión poblacional y demográfica, o sea, en los más urbanizados. En el año 2009, fue posible observar que estos municipios, con población superior a los doscientos mil habitantes, concentraron el 72,65% de todos los ingresos fiscales del conjunto total de los municipios brasileños. De manera específica, solamente los municipios de Río de Janeiro y São Paulo, las ciudades más urbanizadas de Brasil y con mayores poblaciones, han concentrado el 32,2% de todo los ingresos fiscales recaudados por el conjunto de los municipios del país. BREMAEKER, François. "As receitas tributárias municipais em 2009". *Estudo Técnico núm. 113*. Fórum Permanente de Secretários de Finanças do Estado da Bahia, septiembre 2010. Disponible en [http://eventos.sefinmba.org.br/erss/downloads/estudo\\_tecnico\\_113.pdf](http://eventos.sefinmba.org.br/erss/downloads/estudo_tecnico_113.pdf) (última consulta septiembre de 2014).

adoptados<sup>392</sup>. Situación similar a la que se viene desarrollando actualmente en España, conforme se ha puesto de manifiesto anteriormente.

Es necesario indicar que parte de la doctrina brasileña sigue buscando soluciones para cuestiones de naturaleza jurídico-urbanística aplicándoles las categorías clásicas del derecho administrativo: el poder de policía, el acto administrativo, el desvío de poder, entre otras, ante la reciente conformación del derecho urbanístico como materia legislativa cuyo conjunto de principios que la conforman aún no se ha consolidado plenamente en la parca legislación general de referencia<sup>393</sup>.

En Europa de manera general, y en España de manera específica, el derecho urbanístico ha asumido un conjunto de principios propios y un elevado nivel de institucionalización<sup>394</sup>. La doctrina urbanística europea ha tenido escasa influencia en Brasil, incluso entre los investigadores y estudiosos del derecho urbanístico<sup>395</sup>. No obstante, el derecho administrativo europeo ha sido el principal modelo orientador de la conformación y elaboración del derecho administrativo brasileño, pese a que en Europa tal derecho surge en el contexto de una Administración Pública altamente profesionalizada y técnica, situación muy distinta de la que se vislumbra en Brasil conforme ya se ha puesto de manifiesto en el anterior apartado.

Por todo ello, es posible afirmar que la conformación y la ejecución de la función pública del urbanismo en Brasil no cuenta con el aparato técnico-burocrático y el rigor procedimental típico de los países europeos continentales y, tampoco con el activismo judicial que caracteriza el modelo norteamericano. En este contexto, Brasil

---

<sup>392</sup> COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado...op. cit.*, p. 66.

<sup>393</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit. (1ª Ed.)*, p. 114.

<sup>394</sup> A partir de una primera aproximación a su concepto, el derecho urbanístico en España puede definirse como aquel sector del derecho administrativo que disciplina el desarrollo y crecimiento de las ciudades en su consideración física. Se trata del conjunto de normas reguladoras de los procesos de ordenación del territorio y de su transformación física a través de la urbanización y la edificación. Son, por lo tanto, objeto de su regulación potestades públicas muy claras, como la de ordenar el conjunto del territorio, los procesos de urbanización y la vigilancia sobre la edificación resultantes de aquélla. PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho urbanístico general...op. cit.*, p. 19. Para el Tribunal Supremo de España "El Derecho urbanístico es, en su globalidad, un derecho eminentemente público, integrado en el Derecho administrativo como un capítulo destacado del mismo, en el que la Administración ocupa un protagonismo en todos los órdenes y, naturalmente, en el de la planificación, en la que solo a título de colaboración se permite la intervención de los particulares". STS de 10 de mayo de 1983. Para otras definiciones y conceptos de Derecho urbanístico conforme a la doctrina española véase SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 70-73.

<sup>395</sup> Encontramos en FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 8 y PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit. (1ª Ed.)*, p. 114, reconocimiento expreso a José Afonso da Silva como uno de los pocos estudiosos y conformadores de doctrina en el ámbito del derecho urbanístico brasileño que suele apoyarse en posiciones legislativas y doctrinales fruto de la experiencia europea, principalmente la desarrollada en España, Francia e Italia; para fundamentar y defender sus entendimientos y posiciones.

combina un modelo institucional inspirado en el norteamericano con una doctrina administrativa europea, situación que puede venir a justificar, afirma PINTO, el bajo grado de institucionalización del urbanismo en Brasil<sup>396</sup>.

No obstante, el actual texto constitucional brasileño está inspirado en el modelo continental europeo, que es, paradójicamente, el más estudiado por la doctrina brasileña. Dicha afirmación se confirma ante la actuación del legislador de la Constitución, que ha fundamentado el desarrollo de la función pública del urbanismo en la función social de la propiedad, tal como se ha previsto en el ordenamiento español<sup>397</sup>, adoptando un modelo de plan urbanístico análogo al modelo desarrollado en Europa (continental) y no el modelo de *master plan* norteamericano.

En razón de esto, se puede afirmar que una de las causas de la dificultad de implementación del Plan Director en Brasil consiste en “la introducción de un instituto europeo en un ambiente institucional de tradición norteamericana, que tiende a decodificar el texto constitucional según este paradigma”<sup>398</sup>.

La promulgación del Estatuto de la Ciudad en el año 2001 ha representado un importante avance en el sentido de la institucionalización del derecho urbanístico en Brasil desde la promulgación de la Ley de Parcelación del Suelo para fines urbanos en el año 1979. No obstante, conforme se verificará en los apartados siguientes, el conjunto de normas de derecho urbanístico actualmente vigentes en el ordenamiento brasileño dista mucho del grado de precisión y detalle que se recoge en las legislaciones urbanísticas implementadas, por ejemplo, en España.

### **II.3.1. Las normas de derecho urbanístico**

Buscar una definición que presente los objetivos y el contenido comprendido por el conjunto de normas que conforman el derecho urbanístico en Brasil se hace

---

<sup>396</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit. (1ª Ed.)*, p. 114.

<sup>397</sup> El art. 33 de la Constitución española, si bien reconoce el derecho de propiedad privada, determina que la función social de este derecho delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, que en el ámbito del derecho urbanístico, se traduce en la delimitación del contenido del derecho de propiedad del suelo por los planes urbanísticos. De este modo, como nos ilustra CARCELLER FERNÁNDEZ, ya la Ley del Suelo española de 1956 aludía expresamente en su preámbulo a la función social de la propiedad, reconociendo que el régimen jurídico del suelo, encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el acometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística, y se impone, sin embargo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad. CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico*. 5ª Ed. Madrid: Montecorvo, 1992, p. 254 y ss.

<sup>398</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit. (1ª Ed.)*, p. 115.

imprescindible para la correcta introducción y comprensión del sistema de fuentes normativas y de planes objeto de análisis en los próximos apartados.

Sin perjuicio de las precisiones conceptuales empleadas en los anteriores apartados, entendemos que la conformación más completa de la normativa de derecho urbanístico en Brasil, tras la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se realiza bajo tres prismas: a) como el conjunto de las normas que disciplinan la fijación de las directrices y objetivos de la política urbana, como por ejemplo, la norma constitucional y sus preceptos relativos al urbanismo; b) como el conjunto de normas en que están previstos y regulados los instrumentos de implementación de la política urbana, siendo el Estatuto de la Ciudad un ejemplo de este conjunto de normas; y c) como el conjunto de instrumentos normativos en los cuales se fijan los objetivos de la política urbana, cuyos planes urbanísticos son ejemplos<sup>399</sup>.

Realizadas tales consideraciones, en los próximos apartados avanzaremos en el análisis de las actuales fuentes normativas de derecho urbanístico y de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico, empezando por una breve exposición de los antecedentes legislativos que marcan la evolución histórica de esta rama de derecho.

### **II.3.1.1. Breve histórico**

Pese al reconocimiento de algunos ilustres antecedentes de las normas urbanísticas en las etapas colonial, imperial y durante el llamado periodo de la Primera República (de 1889 a 1930), mayormente conformado por la promulgación de regulaciones de la construcción, de normas de alineamiento, de ordenanzas municipales y de distintas leyes de expropiación<sup>400</sup>, señala SUNDFELD que tiende al anacronismo pensar en un derecho urbanístico brasileño anterior al siglo XX, ya que este derecho constituye un reflejo, en el mundo jurídico, de los retos y dificultades derivados de la urbanización moderna (concentración poblacional, escasez de espacio, contaminación, etc.) y de las ideas de la ciencia del urbanismo (de la cual los planes urbanísticos son un ejemplo que se ha consagrado en Brasil a partir de la década de 1930).

---

<sup>399</sup> En sentido similar SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 50.

<sup>400</sup> Para profundizar en los orígenes más remotos del derecho urbanístico en las distintas etapas del ordenamiento brasileño véase SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 53 y ss. y MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, pp. 35 y ss.

Éstos han sido los factores que según el referido autor, son los responsables del paulatino surgimiento de soluciones e instrumentos que, frente a la hegemonía del derecho civil y del derecho administrativo de la época, fueron caracterizados como impertinentes u originales y que por fin, más recientemente, terminarían siendo reunidos bajo el marco teórico del derecho urbanístico. En este sentido el derecho urbanístico en el panorama brasileño:

“(…) se contrapuso al derecho civil clásico al dislocar del ámbito puramente individual para el estatal las decisiones básicas en cuanto al destino de las propiedades urbanas (principio de la función social de la propiedad). En consecuencia, amplió el objeto del derecho administrativo, para incorporar medidas positivas de intervención en la propiedad, dejando atrás las limitadas medidas de policía, de contenido negativo”<sup>401</sup> (traducción propia).

Considerando las similitudes presentadas en los procesos de surgimiento de las disciplinas jurídicas contemporáneas, el referido autor realiza una evaluación de los mismos explicando que la simple recepción de las novedades por el antiguo ámbito jurídico, para seguidamente ganar contornos normativos en leyes y regulaciones de ocasión, constituye la infancia de un nuevo orden jurídico. La definición de líneas de identidad teóricas, aún con escaso amparo normativo, no tarda, y en razón de un cierto grado de absorción de dicha teoría, las normas emergentes son elaboradas delineando una identidad normativa para esta nueva rama jurídica; este momento configura la adolescencia. Se impone, por fin, el reto de la consolidación, articulación y operación sistemática: los varios elementos adquiridos (conceptos, finalidades, instrumentos, competencias) deben ganar nitidez y establecer relaciones entre sí, para ser objeto de aplicación en casos concretos; lo que se corresponde, por lo tanto, con la fase adulta del orden jurídico en cuestión<sup>402</sup>.

Aplicado tal criterio evolutivo a las normas de derecho urbanístico establecidas en Brasil, tenemos que la infancia de dicho ámbito puede situarse entre las décadas de 1930 a 1970, período en el cual el derecho positivo empieza a relacionarse con el principio de la función social de la propiedad, los administrativistas y civilistas pasan a estudiar algunos aspectos jurídicos del urbanismo y de la ordenación del territorio, se

---

<sup>401</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. “O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 47. Originalmente: “(...) contrapôs-se ao direito civil clássico ao deslocar do âmbito puramente individual para o estatal as decisões básicas quanto ao destino das propriedades urbanas (princípio da função social da propriedade). Em consequência, ampliou o objeto do direito administrativo, para incorporar medidas positivas de intervenção na propriedade, deixando para trás as limitadas medidas de polícia, de conteúdo negativo”.

<sup>402</sup> Ídem.

implementan los primeros Planes Nacionales de Desarrollo<sup>403</sup> y se consolidan, en el ámbito municipal, las leyes de zonificación.

De manera específica, en la década de los años 30, se instaura en Brasil el llamado 'dirigismo estatal de la nación' con reflejo en la actuación político-administrativa con relación a la organización espacial de las ciudades. En este panorama, merece ser destacada la introducción, por primera vez, en el texto constitucional de 1934 de la función social de la propiedad, como un límite externo impuesto al ejercicio del derecho de propiedad de privada, que debería atender o no perjudicar al interés común. Conforme ya se ha puesto de manifiesto en el anterior capítulo, sin mayores efectos en el estatuto y la configuración del derecho de propiedad privada en razón de la inexistencia de medios previstos en la normativa para su operatividad y de la hegemonía de la concepción adoptada en el anterior Código Civil brasileño vigente hasta el año 2002.

Pese a que la Unión no disponía expresamente de competencias legislativas en materia de derecho urbanístico en los antiguos regímenes constitucionales, durante este periodo fueron promulgadas leyes federales con impacto sobre el urbanismo fundamentadas en el desarrollo de otros encargos competenciales a ella atribuidos, como por ejemplo los relacionados con el derecho civil, la protección de la salud, el tráfico, la protección del patrimonio histórico o la competencia para instituir regiones metropolitanas. En este contexto, a nivel nacional, es necesario indicar la promulgación de los Decretos-ley 58 de 1937 y 271 de 1967 y la Ley 6.766/1979, que dispusieron sucesivamente sobre la parcelación del suelo con fines urbanos; y la Ley 6.803 de 1980, reguladora de las bases de la zonificación industrial.

De hecho, la Ley 6.766 sobre parcelación de suelo privado con fines urbanos, aún vigente, sigue siendo una de las principales legislaciones federales de derecho urbanístico en Brasil. No obstante, en sus preceptos no se encuentran innovaciones legislativo-urbanísticas, sino la incorporación de dispositivos ya constantes tradicionalmente en leyes municipales más avanzadas sobre la lotificación de terrenos

---

<sup>403</sup> El primer Plan Nacional de Desarrollo fue instituido por la Ley Federal 5.725/1971. En la misma época fue instituido el Programa de Metas y Bases para la acción del Gobierno (1970 a 1974). El principal objetivo de dicho plan era preparar la infraestructura necesaria para el desarrollo del Brasil en las décadas siguientes, con énfasis en sectores tales como transportes y telecomunicaciones, previendo inversiones en ciencia, tecnología y la expansión de las industrias naval, siderúrgica y petroquímica. El segundo Plan Nacional de Desarrollo fue editado por la Ley Federal 6.151/1974, y en él se incluyó un capítulo específico sobre directrices y objetivos del desarrollo urbano nacional. Para profundizar en esta materia véase CARNEIRO, Dionísio Dias. "Crise e esperança: 1974-1980". En ABREU, Marcelo de Paiva (Org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pp. 295-322.

rústicos, alzándoles a la condición de obligatorios para el conjunto de los municipios brasileños. En la segunda parte del presente estudio nos detendremos en el análisis del contenido de la referida ley de parcelación del suelo y en la ratificación de su importancia para la regulación del derecho de los propietarios de parcelas no urbanizadas objeto de transformación urbanística por la parcelación.

### **II.3.1.2. Las actuales fuentes normativas de derecho urbanístico y la identificación de un posible sistema normativo**

El gran marco de la adolescencia del derecho urbanístico en Brasil, afirma SUNDFELD, se corresponde a la promulgación de la Constitución Federal de 1988, que afirmará su existencia, delinearán sus objetivos y fijará algunos de sus instrumentos técnico-normativos. La ruptura provocada por la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente en 1986, terminó por generar una rápida evolución jurídica con relación a determinadas materias jurídicas, entre ellas el derecho urbanístico<sup>404</sup>. Desde 1977, por iniciativa gubernamental, se venía discutiendo una propuesta de Ley Nacional de Reforma Urbana, sobre la cual se presentaba fuerte resistencia desde algunos sectores empresariales, fundamentada en la ausencia de preceptos constitucionales que legitimasen su promulgación por el gobierno central.

El sometimiento de la materia al Congreso Nacional, plasmado en el proyecto de ley 775 de 1983 hizo que el debate sobre la cuestión se ampliase; sin embargo, su tramitación procedimental se quedó obstaculizada. A tal impasse se presentó una sorprendente solución en el año 1988: la inclusión en el nuevo texto constitucional de los aspectos principales recogidos en aquella propuesta que, en la forma de proyecto de ley ordinaria, siquiera consiguió ser objeto de discusión en el ámbito del poder legislativo federal<sup>405</sup>.

La Constitución de 1988, además de referirse a la ordenación del territorio como una competencia material y legislativa en su texto, contiene un capítulo específico para la política urbana en el cual se define el Plan Director como el instrumento básico de esta política y se prevén una serie de sanciones para el propietario que mantenga su inmueble urbano infrautilizado, no utilizado y no edificado. Así mismo, el derecho urbanístico ha recibido en el marco constitucional tratamiento que lo confirma como disciplina jurídica.

---

<sup>404</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 49.

<sup>405</sup> *Ibidem*, p. 47.

No obstante, conforme se ha puesto de manifiesto anteriormente, decidir si determinada materia, instrumento o norma debe ser encuadrada en el ámbito del derecho urbanístico, del derecho civil o en la esfera del derecho local o municipal se impone como un reto casi insuperable en el actual ordenamiento brasileño<sup>406</sup>. Esto se verá más adelante, de manera específica, con relación al régimen de la propiedad y al derecho de construir, dificultando la identificación del actual sistema de normas de derecho urbanístico vigente en los distintos ámbitos o esferas de poder.

Tras la promulgación del texto constitucional de 1988, fueron elaboradas y promulgadas las Constituciones de los estados federados de Brasil y las Leyes Orgánicas municipales. A nivel regional, solamente los estados de Río Grande del Sur y Paraná han promulgado leyes específicas sobre derecho urbanístico, en el ejercicio de sus competencias constitucionales. Algunos estados promulgaron leyes o decretos regionales disponiendo de manera complementaria sobre parcelación del suelo urbano, como por ejemplo, el Estado de São Paulo, que reguló dicha materia en el Código Sanitario paulista<sup>407</sup>.

Más recientemente, en el año 1999, por medio de la promulgación de la Ley 9.785, se realizó una alteración en el texto normativo de la ley federal de parcelación del suelo para fines urbanos de 1979, con el objetivo de adaptar el contenido de algunos de sus preceptos a los objetivos determinados en la Constitución para el Plan Director.

La primera legislación general de derecho urbanístico en la esfera federal vino a materializarse en la Ley 10.257 de 10 de julio de 2001, autodenominada 'Estatuto de la Ciudad'<sup>408</sup>; con su promulgación se inicia una nueva etapa para el derecho urbanístico brasileño. En este marco se determinan directrices para la ejecución de la política urbana y se regulan algunos instrumentos técnico-urbanísticos empleados en la práctica por Administraciones municipales que, por medio de su regulación, han ganado positivación a nivel nacional.

---

<sup>406</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50.

<sup>407</sup> BRASIL. Lei estadual 10.083 de 23 de setembro de 1998 do Estado de São Paulo. *Diário Oficial do Estado*, 118 de 24 de setembro de 1998. Disponible en: <http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=7021> (última consulta en marzo de 2015).

<sup>408</sup> El Estatuto de la Ciudad tiene su origen en el proyecto de ley 775 de 1983, del Poder Ejecutivo, elaborado por el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano tras la realización de estudios que se remontan a mediados de la década de los 70. Para un completo análisis de las propuestas de legislación federal sobre política urbana véase MOTTA, Diana Meirelles da. "Propostas de legislação federal sobre política urbana e o desafio da gestão das cidades". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade... op. cit.*, pp. 15-44.

En este contexto, en forma de directrices, recogidas en el art. 2, se han introducido conceptos como por ejemplo, la gestión democrática por medio de la participación de la población y de asociaciones representativas en la formulación, ejecución y acompañamiento de planes, programas y proyectos de desarrollo urbano (apartado 2); la ordenación y control del uso del suelo (apartado 6); la justa distribución de los beneficios y cargas derivados del proceso de urbanización (apartado 9); la recuperación de las inversiones del poder público de que resulte la valorización de los inmuebles urbanos (apartado 11); y la simplificación de la legislación de parcelación, del uso y la ocupación del suelo y de las normas edificatorias con vistas a permitir la reducción de los costes y el aumento de la oferta de parcelas y unidades residenciales (apartado 15), entre otros. No obstante, a lo largo de los preceptos del Estatuto de la Ciudad estas directrices o principios no llegan a ser desarrollados en detalle suficiente, de manera que la referida ley indica a los municipios el necesario cumplimiento de determinados objetivos, pero no les indica instrumentos y herramientas para la consecución de estos fines.

Y esto es así porque, a excepción de Plan Director municipal, cuya regulación ha sido insuficiente conforme se demostrará en apartados futuros del presente estudio, los demás instrumentos previstos en el Estatuto se relacionan con situaciones o fenómenos excepcionales en el ámbito del urbanismo, como por ejemplo, la posibilidad de imposición de parcelación, edificación o utilización compulsorias de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado; el otorgamiento oneroso del derecho de construir y otros medios de negociabilidad del aprovechamiento urbanístico; la usucapión especial de inmueble urbano; las operaciones urbanas consorciadas; entre otros.

Durante el año 2001 también se ha aprobado la Medida Provisoria 2.220 que dispone sobre la concesión del uso especial de que trata el párrafo 1 del art. 183 de la Constitución Federal<sup>409</sup> y se organiza el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano, órgano deliberativo y consultivo integrante de la estructura de la Presidencia de la República<sup>410</sup>

---

<sup>409</sup> Se determina en el referido precepto que aquél que posea como suya área urbana de hasta doscientos y cincuenta metros cuadrados, por cinco años, de manera continuada y sin oposición, empleándola para su vivienda o la de su familia, adquirirá su dominio, siempre que no sea propietario de otro inmueble rural o urbano.

<sup>410</sup> Cuyas principales competencias son: proponer directrices, instrumentos, normas y prioridades de la Política Nacional de Desarrollo Urbano; acompañar y evaluar la implementación de la Política Nacional de Desarrollo Urbano, en especial las Políticas de habitación, de saneamiento básico y de transportes urbanos, y recomendar las medidas necesarias al cumplimiento de sus objetivos; proponer la edición de normas generales de derecho urbanístico y manifestarse sobre propuestas de alteración de legislación

Así mismo, se puede considerar incluida en el ámbito de las legislaciones federales reguladoras de aspectos urbanísticos, la Ley 11.977, promulgada en 7 de julio de 2009 que regula de manera general aspectos relativos a la implementación del programa habitacional “Minha casa, minha vida”, que también contiene preceptos específicos relativos a la regularización de asentamientos humanos clandestinos o ilegales localizados en áreas urbanas.

También merecen ser mencionadas otras leyes sectoriales promulgadas por la Unión que inciden directamente sobre el desarrollo urbano y en un futuro conformarán, de una manera integrada, la Política Nacional de Desarrollo Urbano, entre las cuales destacamos las siguientes: la Ley 12.587/2012, de 3 de enero, que instituye la Política Nacional de Movilidad Urbana, la Ley 12.651/2012, de 25 de mayo, que instituye el Código Forestal brasileño; la Ley 12.305/2010, de 2 de agosto, que instituye la Política Nacional de Residuos Sólidos; la Ley 11.445/2007, de 5 de enero, que establece directrices nacionales para el saneamiento básico; y la Ley 10.438/2002, de 26 de abril, que dispone sobre la universalización del servicio público de energía eléctrica.

También deberá integrar este conjunto de fuentes la futura ley que establezca el marco normativo de la Política Nacional de Ordenación del Territorio, en relación con aquellas determinaciones que afecten la actuación municipal en la conformación de sus planes directores municipales.

En el ámbito regional integran el sistema de fuentes de derecho urbanístico, además de las posibles leyes y preceptos legislativos reguladores de la ordenación del territorio y de urbanismo promulgados por los estados federados en el ejercicio de su competencia constitucional complementaria, las leyes regionales que han instituido regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas o microrregiones, en cumplimiento de la competencia prevista en el art. 25, párrafo 3 del texto constitucional.

Desde un punto de vista más crítico, considerando que la elaboración y promulgación de leyes urbanísticas en el ámbito federal y regional es extremadamente reciente, el derecho urbanístico brasileño ha venido fundamentalmente desarrollándose por medio de leyes municipales, que fueron convalidadas por la Constitución Federal de 1988, con fundamento en la competencia municipal para

---

pertinente al desarrollo urbano; emitir orientaciones y pareceres sobre la aplicación del Estatuto de la Ciudad y de los demás actos normativos relacionados con el desarrollo urbano; promover la cooperación entre los Gobiernos de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios y la sociedad civil en la formulación y ejecución de la Política Nacional de Desarrollo Urbano; y elaborar el régimen interno. Así queda establecido en el art. 10 de la Medida Provisoria 2.220/2001, de 4 de septiembre. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2220.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm) (última consulta en marzo de 2015).

suplementar la legislación federal y municipal (art. 30 apartado 2). En este panorama, cada municipio ha adoptado institutos propios de derecho urbanístico, no existiendo uniformidad terminológica o conceptual entre ellos<sup>411</sup>. Con la edición del Estatuto de la Ciudad, dichas leyes, solamente en relación con aquellos preceptos que no guardaban coherencia con sus determinaciones, han sido consideradas derogadas de los correspondientes ordenamientos municipales.

Se puede afirmar que en Brasil la actuación municipal en el ámbito urbanístico, conforme ya hemos tenido la oportunidad de señalar, se viene realizando tradicionalmente por medio de leyes sobre zonificación (leyes de uso y ocupación del suelo), alineamiento, parcelaciones, concesiones urbanísticas, operaciones urbanas, instrumentos de negociabilidad del aprovechamiento urbanístico y por medio de las limitaciones impuestas en los Códigos de Obras.

En las leyes del uso y ocupación del suelo, donde se prevé la zonificación, tradicionalmente y de manera general, son contempladas de manera entrelazada las naturalezas del uso de las propiedades, los coeficientes de edificación, las tasas de ocupación, los retranqueos exigidos para las edificaciones, las dimensiones de las parcelas, el alineamiento, vale decir: el alejamiento de la edificación con relación a la vía pública y otros factores que concurren para dar completa y real identidad o sentido a la división de la ciudad en zonas<sup>412</sup>. La zonificación se realiza básicamente por medio de planos y tablas, que son anexados a la ley que los aprueba<sup>413</sup>.

La legislación municipal sobre parcelación del suelo para fines urbanos define los procedimientos administrativos para la aprobación de los planes de parcelación, define las obras de urbanización que deberán ser llevadas a cabo por el promotor en cuestión y la definición de los terrenos en los cuales se implementará el sistema viario, las áreas libres y los equipamientos públicos. El Código de Obras reúne sistemáticamente preceptos para la construcción de cada tipo de edificación urbana, asegurando su salubridad y seguridad estructural, en relación al uso previsto<sup>414</sup>.

Así, mientras la zonificación, por medio de las leyes de uso y ocupación, establece reglas específicas para cada porción de territorio, la legislación de parcelación y el Código de Obras definen reglas generales y abstractas, cuya

---

<sup>411</sup> En este sentido PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit. (1ª Ed.)*, p. 108.

<sup>412</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Natureza jurídica do zoneamento". *Revista de Direito Público*. Núm. 147, enero/marzo 1982, p. 35.

<sup>413</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 197.

<sup>414</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 582, 586 y 587.

aplicación se realiza independientemente de la localización del terreno, parcela o edificación objeto de regulación. Se establece, por lo tanto, una relación de complementariedad entre las leyes de uso y ocupación (zonificación) y el Código de Obras, una vez que dispone las reglas constructivas correspondientes a los usos previstos en aquella<sup>415</sup>.

Completa el conjunto de normas urbanísticas vigentes actualmente en Brasil, la recientemente promulgada Ley Federal 13.089/2015, de 12 de enero, autodenominada 'Estatuto de la Metrópoli', que ha venido a integrar, al lado del Estatuto de la Ciudad, el cuadro de leyes generales federales de derecho urbanístico. Dicha ley establece directrices generales para el planeamiento, la gestión y ejecución de las funciones públicas de interés común relativas a las regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas instituidas por los estados federados. Así mismo determina normas generales sobre el 'plan de desarrollo urbano integrado' que funcionaría como una especie de plan de ordenación de regiones metropolitanas o aglomeraciones urbanas, entre otras determinaciones que serán objeto de análisis más detenido, en razón de la novedad jurídica que representan, en un apartado específico dentro del presente estudio.

Realizadas tales consideraciones generales sobre las normas de derecho urbanístico actualmente vigentes en el marco del ordenamiento jurídico brasileño y en un ejercicio de organización para la consecución de la identificación de las fuentes de derecho urbanístico en el país, conforme a un posible criterio jerárquico-normativo, retomamos las leyes indicadas en el presente apartado, para presentarlas bajo este prisma.

Así, en el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño, tendríamos 3 niveles de fuentes de derecho urbanístico: Federal, que se correspondería con las leyes generales de derecho urbanístico y las leyes o medidas sectoriales con incidencia en materias urbanísticas promulgadas por la Unión, así como la posible ley de ordenación territorial en lo relacionado con el urbanismo; regional, concerniente a las leyes reguladoras de la ordenación del territorio regional y del urbanismo, promulgadas por los estados federados de manera supletoria o suplementaria de las leyes generales establecidas por la Unión y las leyes relativas específicamente a la institución de regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones; y por último, municipales, relativas a la promoción de la ordenación del territorio municipal mediante

---

<sup>415</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 587.

la promulgación de leyes que establecen el planeamiento y control de uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano.

En relación con la organización de dicha información conforme a un criterio normativo-jerárquico, de manera pormenorizada, entendemos el actual sistema brasileño de fuentes de derecho urbanístico de la manera siguiente:

1. Derecho general federal: Existe un derecho de aplicación directa en todo Brasil, que trata sobre las determinaciones contenidas en el capítulo constitucional relativo a la política urbana. Un derecho general que vincula la actuación de los demás entes administrativos, conformado por las determinaciones de desarrollo de dicho capítulo previstas en el Estatuto de la Ciudad (relativas a las directrices del planeamiento urbano y del plan director municipal; instrumentos de la política urbana; regulación de la parcelación, edificación o utilización compulsorias de la propiedad urbana en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación de instrumentos tributarios y de la expropiación como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad; la usucapión especial urbana; la concesión del uso especial para fines habitacionales; la regulación del derecho de superficie; del derecho de tanto y retracto; instrumentos urbanísticos que posibilitan la negociabilidad del aprovechamiento urbanístico; requisitos de los estudios de impacto de vecindad); y las previsiones establecidas en el ámbito del Estatuto de la Metrópoli sobre la gestión urbanística de áreas metropolitanas y aglomeraciones urbanas que vincula las actuaciones de los estados federados y de los municipios integrantes de la metrópolis. En el futuro, también integraría dicho nivel normativo, la norma reguladora de la política de ordenación del territorio nacional y macro-regional, aún en fase de elaboración y estudio, que deberá orientar la elaboración de los correspondientes planes de ordenación del territorio nacional, macro-regional y regional, promoviendo la integración de los mismos con los planes urbanísticos municipales, que deberán incorporar y respetar sus determinaciones.

2. Derecho sectorial federal: Existe una serie de leyes federales sectoriales con especial incidencia en materias de derecho urbanístico, que deben ser consideradas por los municipios, estados federados y por la Unión en el ejercicio de sus competencias legislativas en el ámbito urbanístico, conforme se ha puesto de manifiesto anteriormente.

3. Derecho federal de carácter supletorio: Hasta el presente momento la Unión ha promulgado una única ley urbanística de carácter supletorio que versa sobre la parcelación o lotificación del suelo para fines urbanos, por medio de la Ley 6.766/79.

En ausencia de ley municipal específica sobre parcelación del suelo para fines urbanos, se aplica de manera supletoria en todo el territorio nacional lo establecido en dicha ley general. No obstante, las leyes municipales de parcelación deben respetar algunas determinaciones básicas, que funcionan como límites mínimos a la potestad municipal, recogidas en dicha legislación.

4. Derecho regional: Integran dicho nivel normativo jerárquico las leyes regionales que instituyen regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones. Tales leyes regionales son de aplicación directa y vinculan, en el ámbito de sus competencias y contenidos, la elaboración de leyes urbanísticas municipales, como por ejemplo, la ley del Plan Director municipal. Además, integraría este nivel aquellas disposiciones recogidas en constituciones regionales reguladoras de aspectos de la materia urbanística.

5. Derecho regional supletorio o suplementario: Constituido por algunas leyes regionales de carácter suplementario o supletorio al establecido en las leyes generales federales de derecho urbanístico.

6. Derecho municipal: Existe un derecho de aplicación directa en cada uno de los municipios brasileños, que es el que trata sobre la ley del Plan Director, que determina aspectos relativos al planeamiento urbano municipal de conformidad con las directrices establecidas en la Constitución Federal y en el Estatuto de la Ciudad; las leyes municipales de parcelación de suelo para fines urbanos, que tratan de regular la actividad de urbanización en el ámbito municipal; las leyes del uso y la ocupación del suelo, que tratan de establecer criterios de clasificación, calificación y usos del suelo que compone el territorio municipal; y otras leyes urbanísticas que doten de eficacia jurídica posibles planes de desarrollo o de ejecución del Plan Director o que establezcan planes especiales en el ámbito municipal.

Dichas leyes, a excepción de la que establece el Plan Director municipal y de las previstas expresamente en el Estatuto de la Ciudad para la puesta en marcha de los instrumentos urbanísticos previstos en él, que deben ser indicados expresamente en el Plan Director, no se dictan en desarrollo o al amparo de otras de carácter general federal o regional, sino que se elaboran de manera original por las Administraciones municipales (a excepción del Estado de Rio Grande del Sur que cuenta con ley regional que regula aspectos básicos de algunas de las materias urbanísticas anteriormente indicadas, confiriendo alguna uniformidad normativa en el ámbito de su territorio).

### II.3.1.2.1. Algunas notas sobre el recién promulgado Estatuto de la Metrópoli

El presente apartado se postula como de interés con relación al estudio que estamos realizando en virtud de que la reciente promulgación de la ley que establece el Estatuto de la Metrópoli viene a conformar una nueva fuente de derecho urbanístico en el panorama jurídico brasileño. La referida ley determina la regulación del fenómeno metropolitano. Creemos oportuno aclarar que no pretendemos profundizar en el tema, cuya problemática posee entidad suficiente para fundamentar la realización de un estudio específico, más que lo necesario para exponer de manera general los principales rasgos de dicha ley y avanzar algunas críticas tempranas con relación a la posible aplicación o realización de lo dispuesto en algunos de sus preceptos.

Realizadas tales consideraciones, cabe empezar explicando que, tras más de diez años de tramitación legislativa en el ámbito federal, por fin, en enero de 2015 fue promulgada la ley general federal encargada de establecer directrices para el planeamiento, gestión y ejecución de las funciones públicas de interés común en las regiones metropolitanas y de aglomeración urbana, instituidas por los estados federados. La regulación jurídica del fenómeno metropolitano, desde el punto de vista del establecimiento de las claves para la colaboración entre esferas administrativas en el ámbito de la gestión y ejecución de funciones públicas en áreas metropolitanas, era una antigua reivindicación de sectores de la academia y del ámbito político administrativo<sup>416</sup>.

Por medio de dicha ley también se han establecido normas generales sobre el plan de desarrollo urbano integrado y otros instrumentos de gobernanza interfederativa metropolitana, así como se han establecido criterios para el apoyo de la Unión en la realización de acciones que involucren la gobernanza interfederativa en el ámbito del desarrollo urbano, todo ello con fundamento en los preceptos constitucionales siguientes: apartado 20 del art. 21; apartado 9 del art. 23 y apartado 1 del art. 24; párrafo 3 del art. 25 y art. 182<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> Para una aproximación al urbanismo metropolitano en la doctrina brasileña véase SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 151-164; en la doctrina española, véase BASSOLS COMA, Martín. "El urbanismo metropolitano: Evolución y nuevas perspectivas". En BOQUERA OLIVER, José María (Coord.). *Derecho Urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 369-380.

<sup>417</sup> Así queda determinado en el art. 1 del Estatuto de la Metrópoli. En el cual se determina: "Esta Ley, denominada Estatuto de la Metrópoli, establece directrices generales para el planeamiento, la gestión y la ejecución de las funciones de interés común en regiones metropolitanas y en aglomeraciones urbanas instituidas por los estados, normas generales sobre el Plan de Desarrollo Urbano Integrado y otros

Retomando los antecedentes de la institución de regiones metropolitanas en Brasil, tenemos que las primeras regiones metropolitanas del país – São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém y Fortaleza –, fueron instituidas durante la época de la dictadura militar por medio de la Ley Federal Complementar 14, de 8 de junio de 1973<sup>418</sup>. Con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, la competencia para instituir regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones, se ha atribuido a los estados federados brasileños<sup>419</sup>.

En la actualidad, sumadas las regiones metropolitanas instituidas en un momento preconstitucional por la Unión y las declaradas por los estados federados tras la promulgación del texto constitucional de 1988, hay casi setenta regiones metropolitanas, que concentran la gran mayoría de la población brasileña. La gestión

---

instrumentos de gobernanza interfederativa, y criterios para el apoyo de la Unión en acciones que envuelvan la gobernanza interfederativa en el ámbito del desarrollo urbano, con base en los incisos 20 del art. 21, 9 del art. 23 y 1 del art. 24, en el párrafo 3 del art. 25 y en el art- 182 de la Constitución Federal. Párrafo 1. Además de las regiones metropolitanas y de las aglomeraciones urbanas, las disposiciones de esta Ley se aplican, oportunamente: 1. A las microrregiones instituidas por los estados con fundamento en las funciones públicas de interés común con características predominantemente urbanas; 2. (vetado). Párrafo 2. En la aplicación de las disposiciones de esta Ley, serán observadas las normas generales de derecho urbanístico establecidas en el Ley 10.257, de 10 de julio de 2001 – Estatuto de la Ciudad-, que regula los arts. 182 y 183 de la Constitución Federal, establece directrices generales de la política urbana y disciplina otras cuestiones, y en otras leyes federales, así como reglas que regulen la Política Nacional de Desarrollo Urbano, la Política Nacional de Desarrollo Regional y las políticas sectoriales de vivienda, saneamiento básico, movilidad urbana y medio ambiente” (traducción propia). La versión original del texto normativo se encuentra disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm) (última consulta marzo de 2015).

<sup>418</sup> BRASIL. Lei Federal Complementar 14 de 8 de junho de 1973, que estabelece as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Belém e Fortaleza, conforme a Constituição Federal de 1969. *Diário Oficial* de 11 de junio de 1973, p. 5585. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/LCP/Lcp14.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp14.htm) (última consulta junio de 2015).

<sup>419</sup> Trasladando la cuestión metropolitana al marco jurídico español, la Constitución de este país no ha reconocido expresamente la figura del área metropolitana sino que ha previsto la posibilidad de creación de otras entidades locales mediante la agrupación de municipios, tanto en los propios Estatutos de autonomía (art. 152.3) como, con carácter más general, fuera de este marco estatutario (art. 141.3), encargando al legislador ordinario la definición de cuáles han de ser esas otras estructuras locales, quien se ha limitado, a su vez, a establecer a nivel básico unos perfiles muy elementales de posibles tipos de entes locales para que sea el legislador autonómico quien complete su diseño. En este contexto, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local contiene un marco en el que pueden moverse las comunidades autónomas para dotarse de estructuras locales adecuadas. El área metropolitana es una de las piezas que el legislador estatal ha proporcionado al autonómico, entre otras, como por ejemplo, las mancomunidades, los consorcios y comarcas. En cuanto a las mancomunidades y los consorcios, se configuran como una fórmula asociativa de carácter voluntario, cuyo fundamento se asienta sobre la potestad de autoorganización y el derecho de asociación de las entidades que los constituyen, y, en lo que hace a las entidades locales, en última instancia, en la autonomía local constitucionalmente reconocida; las comarcas y áreas metropolitanas, se caracterizan por ser, en menor o mayor medida, una imposición autonómica, concebida como un límite a la autonomía municipal, que se justifica en la concurrencia de razones de interés general de corte supralocal, que son las que hacen necesaria y oportuna la decisión autonómica. En este sentido véase TOSCANO GIL, Francisco. “El área metropolitana en el ordenamiento jurídico español”. *Cuadernos de Derecho Local*. Núm. 25, 2011, pp. 112-120; MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “Áreas metropolitanas”. En MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: Iustel, 2005, pp. 237-242; y GALÁN GALÁN, Alfredo. “La organización intermunicipal en los Estatutos de Autonomía, Comunidades Autónomas y Gobiernos locales”. En ZAFRA VICTOR, Manuel. *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos locales*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 77 y ss.

compartida de los servicios y del planeamiento urbano integrado, no obstante, desde la introducción de tal figura en el ordenamiento brasileño, ha conformado un gran reto para los entes federativos involucrados en esta relación de orden urbanístico<sup>420</sup>.

Pese a que el Estatuto de la Ciudad haya realizado alguna referencia puntual a los arreglos metropolitanos en su art. 45, no ha llegado a determinar los instrumentos o herramientas técnicas necesarias para el tratamiento del desarrollo urbano metropolitano. La nueva legislación se propone, justamente, suprimir dicha laguna, indicando mecanismos de gestión compartida, que pasan por planes de desarrollo urbano integrado, consorcios públicos, convenios de cooperación, colaboraciones público-privadas y la posibilidad de compensación por servicios ambientales<sup>421</sup>.

El objetivo de la referida norma es promover la regulación de las unidades territoriales urbanas, o sea, las aglomeraciones urbanas de naturaleza metropolitana o no, y su institucionalización como 'regiones metropolitanas' o 'aglomeraciones urbanas' para el ejercicio de funciones públicas de interés común<sup>422</sup>. La definición de los conceptos clave empleados en esta norma se recoge en el art. 2, en el cual se

---

<sup>420</sup> El problema de la articulación jurídica y territorial de las áreas metropolitanas en España se presenta como una cuestión no resuelta. Afirma TOSCANO GIL que el debate acerca de cuál es la fórmula más idónea de organización de las áreas metropolitanas se encuentra abierto hoy día en casi todo el territorio español. En regiones como Galicia, Asturias, Cataluña, Aragón y Andalucía, el tema parece haber recuperado en los últimos años toda su actualidad, si es que alguna vez la perdió. No obstante, la ausencia de una solución cerrada en este país, o la vigencia del debate acerca de posibles soluciones, no debe llevarnos a pensar que no hay solución al problema. Muy al contrario, explica el autor, las soluciones están ahí, y, como tales, se están aplicando. Lo que pasa es que en España el escenario actual es de nuevas técnicas, bajo el presupuesto de la diversidad como principio rector de éstas. Lo que ha ocurrido es la superación de las fórmulas de organización metropolitana institucionales, en su configuración más clásica. TOSCANO GIL, Francisco. "Áreas metropolitanas: Diversidad jurídica y planificación territorial". *Revista de Estudios Regionales*. Núm. 93, 2012, pp. 66 y 67.

<sup>421</sup> Las primeras manifestaciones acerca de las previsiones contenidas en el referida norma hablan respecto a la operatividad y la efectividad de estos arreglos, así como de la mediación de los intereses de los múltiples actores institucionales involucrados en ellos. De manera específica, PINTO, en entrevista realizada en 27 de enero de 2015 a la televisión pública del Senado Federal, ha puesto de manifiesto su preocupación con relación a la gran posibilidad de que dicha legislación no obtenga ningún grado de efectividad y siga el mismo destino que el Estatuto de la Ciudad, que según sus informaciones no se viene aplicando en ámbito municipal, y eso porque, así como esta norma, el Estatuto de la Metrópoli ha quedado en un ámbito programático, cuyo único instrumento sobre el cual se presenta cierto grado de detalle técnico y procedimental es el Plan de Desarrollo Urbano Integrado, instrumento básico de planeamiento en el ámbito metropolitano. Entrevista disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=OIWZMzTJ2vs> (última visualización en marzo de 2015).

<sup>422</sup> El contexto en el cual la promulgación del Estatuto de la Metrópoli se hace esencial tiene que ver con las dificultades enfrentadas en diversos sectores y servicios, como de movilidad urbana, de saneamiento básico, de medio ambiente y de vivienda, que refuerzan la importancia del tema metropolitano y de construir alternativas jurídicas y de gobernanza para estas regiones. En este sentido afirma MEIRELLES que, pese a la cuestionable técnica legislativa, que resulta en un texto bastante confuso, con definiciones circulares y poco precisas, el Estatuto representa más una pieza en la construcción de un escenario de mayor cooperación y coordinación interfederativas. Es una señal más de reconocimiento de que la fórmula de políticas públicas aisladas territorialmente no llevan al bienestar colectivo, en especial en el ámbito de las conurbaciones urbanas. MEIRELLES, Fernanda. "Governança interfederativa: Estatuto da Metrópole tem texto confuso e pouco preciso". *Revista Consultor Jurídico*, 13 de febrero de 2015. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/fernanda-meirelles-estatuto-metropole-confuso-preciso> (última consulta junio de 2015).

determina que la función pública de interés común protegida por el Estatuto es aquella acción o política pública que no puede ser realizada de manera aislada por un municipio, o aún, que ocasione impacto en municipios colindantes.

También se define en el referido precepto que el término ‘aglomeración urbana’ se emplea para designar una agrupación de dos o más municipios limítrofes, caracterizada por una complementariedad funcional e integración de sus dinámicas geográficas, ambientales, políticas y sociales. En cuanto a la ‘región metropolitana’, conceptualmente queda recogido en el precepto en cuestión que la misma se caracteriza por una aglomeración urbana que configura una metrópoli. Solamente configurará una región metropolitana el espacio urbano de continuidad territorial que, en razón de su población y relevancia política y socioeconómica, ejerza influencia nacional o influencia sobre una región que configure, como mínimo, el área de influencia de una capital regional, conforme a los criterios adoptados por la Fundación Instituto brasileño de Geografía y Estadística (IBGE)<sup>423</sup>.

En el apartado 2 del ya referido art. 2, también queda establecido que las regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas deberán contar con una gestión plena, que se caracteriza por los requisitos siguientes: a) Creación por ley del correspondiente estado federado; b) Estructura de gobernanza interfederativa propia; c) Plan de Desarrollo Urbano Integrado aprobado mediante ley regional.

El Plan de Desarrollo Urbano Integrado se define como el instrumento jurídico que determinará las directrices para el desarrollo de la región metropolitana o de la aglomeración urbana y deberá ser revisado, como mínimo, cada diez años. Dicho plan

---

<sup>423</sup> En el ámbito del ordenamiento español, tenemos que, con base en la doctrina de MARTÍN MATEO, con relación a la circunstancias que dan lugar a la presencia de un Área Metropolitana, en primer lugar está la exigencia de uno o varios centros que extienden su influencia a otras zonas que se jerarquizan en un sistema común. Otra característica fundamental es el predominio de un sustrato socio-económico terciario o en cualquier caso típicamente urbano. A partir de eso, se concitan una serie de indicadores variables como el volumen de la población afectada, su densidad, la interrelación entre los núcleos componentes, su crecimiento, etc. MARTÍN MATEO, Ramón. “Gestión metropolitana. Bases normativas”. En FERRER REGALÉS, Manuel (Coord.). *Planeamiento y gestión metropolitana comarcal y municipal: uniformidad y diversidad, control y flexibilidad*. Pamplona: EUNSA, 1993, p. 16. Nótese que tal conceptualización podrá perfectamente fundamentar la adopción de las definiciones de ‘aglomeración urbana’ y ‘región metropolitana’ dispuestas en el Estatuto de la Metrópoli brasileño. En la vigente legislación española, de manera más específica en el art. 43.2 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985, se determina que las áreas metropolitanas son “Entidades locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras”. La individualización institucional de las áreas metropolitanas conforme al contexto normativo español sólo se produce mediante un específico pronunciamiento de la Administración, más precisamente de la autonómica. ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. *Boletín Oficial del Estado* núm. 154 de 26 de junio de 2008. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-10792> (última consulta enero de 2015).

no exime a los municipios de la obligación de elaborar sus planes directores municipales, cuyos instrumentos deberán compatibilizarse con aquél.

El Estatuto de la Metrópoli determina que las regiones metropolitanas y las aglomeraciones urbanas deberán adoptar una gobernanza interfederativa, eso significa que los entes federativos involucrados deberán compartir las responsabilidades y acciones en términos de organización, planeamiento y ejecución de funciones públicas de interés común. El art. 8 de la referida norma prevé una estructura básica para la configuración de la gobernanza interfederativa, que deberá componerse por: una instancia ejecutiva formada por representantes del poder ejecutivo de los entes federativos integrantes de las unidades territoriales urbanas; una instancia colegiada deliberativa con representación de la sociedad civil; una organización pública con funciones técnico-consultivas; y un sistema integrado de asignación de recursos y prestación de cuentas<sup>424</sup>.

En el texto del Estatuto de la Metrópoli no se encuentra una mayor pormenorización de dicha estructura de gobernanza interfederativa o incluso la identificación de un sistema jerárquico de toma de decisiones entre las distintas instancias, lo que lleva a entender que se ha optado por la adopción de un sistema flexible, que representa un avance con relación a la situación anterior, donde las decisiones se polarizaban en la esfera municipal o en la regional<sup>425</sup>.

---

<sup>424</sup> Pese a que tal previsión constituya una innovación y que en este ámbito, las innovaciones son bienvenidas, aseveran MOURA y PINHEIRO HOSHINO que ante el flagrante estado de abandono por el que pasan los órganos de planeamiento metropolitanos, cuando establecidos, la expresión 'gobernanza' denuncia nítidamente un cierto grado de malestar por parte del legislador con el esquema por él mismo delineado. Eso es porque, entienden los referidos autores, el desajuste entre la realidad del actual estado de la urbanización brasileña y el modelo de federación adoptado en la Constitución de 1988 (sus fronteras político-administrativas) es un tema que compone una agenda aún más amplia y constantemente pospuesta que trata de la revisión del pacto federativo. El Estatuto de la Metrópoli, en este sentido, viene a tensionar el viejo pacto y reabrir una llaga históricamente alimentada por las disputas partidarias y los desencuentros entre mandatos vecinos, que ahora tendrán que ser superados o, mínimamente, armonizados para atender a dicho mandato legal. MOURA, Rosa y HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. "Estatuto da Metrópole: enfim, aprovado! mas o que oferece à metropolização brasileira?". *Observatório das Metrópoles -INCT/CNPQ*. Enero de 2015, p. 7. Disponible en [http://www.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1098:estatuto-da-metropole-nova-lei-para-a-gestao-metropolitana-do-brasil?&Itemid=180&lang=en](http://www.observatoriodasmetrolopes.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=1098:estatuto-da-metropole-nova-lei-para-a-gestao-metropolitana-do-brasil?&Itemid=180&lang=en) (última consulta en marzo de 2015).

<sup>425</sup> En este sentido explica MEIRELLES que: "Bajo la denominación de 'estructura interfederativa', la ley busca dibujar los contornos generales de un sistema de deliberación y ejecución de acciones de naturaleza regional que cuente con la participación de representantes de municipios y estados, además de la sociedad civil. No es precisa al establecer si estarían en instancia ejecutiva o deliberativa, y aún prevé una curiosa 'organización pública con funciones técnico-consultivas'. Sin embargo, tiene el mérito de llamar al estado y a los municipios para el esfuerzo de construir un canal permanente de planeamiento integrado. Se reduce cada vez más el espacio para los posicionamientos extremados, que marcaran por décadas este debate, que defendían o la plena autonomía municipal para cualquier asunto urbano, o la competencia exclusiva del estado para tratar cuestiones de aspecto supramunicipal". MEIRELLES, Fernanda. "*Governança interfederativa: Estatuto da (...)*". Originalmente: "Sob a denominação de 'estrutura de governança interfederativa', a lei procura desenhar os contornos gerais de um sistema de

De manera específica, con relación a esta cuestión, el legislador del Estatuto ha seguido la misma línea adoptada por el Supremo Tribunal Federal en decisión proferida en 2013 sobre la titularidad de los servicios de saneamiento. En ella, se rechazó que un estado federado o un municipio pudiera, aisladamente, definir e implementar políticas de interés y pactos comunes.

Relacionando tal preocupación sostenida en el contexto brasileño con la experiencia española en el ámbito específico de la institucionalización de áreas metropolitanas, creemos oportuno señalar que la superación de las fórmulas pesadas de organización institucional de lo metropolitano es una realidad que no admite mucha discusión en este país, en cuanto viene precedida por el claro fracaso de la figura del 'Área Metropolitana', establecida por el art. 43 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Este fracaso se explica, fundamentalmente, por la configuración de tal figura como un instrumento de coordinación interadministrativa que la Comunidad Autónoma impone por la fuerza a las entidades locales, careciendo de los matices de voluntariedad y flexibilidad que, afirma TOSCANO GIL, parece requerir hoy día la solución de lo metropolitano. Ésta situación ha hecho que el 'Área Metropolitana' se trate de una fórmula poco querida por municipios españoles<sup>426</sup>.

Conforme a este marco, la renuencia municipal puede explicarse desde una doble perspectiva: Por un lado, existe un cierto miedo a que se produzca una nueva centralización de lo metropolitano, ahora hacia la Administración autonómica, instancia territorial superior que impone la solución a adoptar<sup>427</sup>. Por otro lado, cabe indicar un cierto recelo de los municipios a perder peso específico, bien porque éste pueda diluirse en el nuevo ente, en el caso de los municipios de mayor población, bien porque pueda resultar fagocitado por otro municipio mayor, en el caso de los municipios de menor población.

---

deliberação e execução de ações de natureza regional que conte com a participação de representantes de municípios e estados, além da sociedade civil. Equivoca-se ao estabelecer se estariam em instância executiva ou deliberativa, e ainda prevê uma curiosa 'organização pública com funções técnico-consultivas'. Porém, tem o mérito de chamar Estado e Municípios para o esforço de construir um canal permanente de planejamento integrado. Reduz-se cada vez mais o espaço para os posicionamentos extremados, que marcaram por décadas este debate, que defendiam ou a plena autonomia municipal para qualquer assunto urbano, ou a competência exclusiva do Estado para tratar de questões de aspecto supramunicipal”.

<sup>426</sup> TOSCANO GIL, Francisco. “Áreas metropolitanas (...)” ...*op. cit.*, p. 72.

<sup>427</sup> Para profundizar en los antecedentes jurídicos de las áreas metropolitanas y modelo histórico español de entidad metropolitana, véase BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción. *Las áreas metropolitanas*. Madrid: Civitas, 1993, pp. 35-49; y GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. *Estudios de urbanismo. Propiedad y suelo. Áreas metropolitanas. Financiación del urbanismo. Urbanismo y costas*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1992, pp. 177-192.

Tampoco las comunidades autónomas, principales responsables de instituir las áreas metropolitanas, han querido su implantación. Más preocupadas por la consolidación de sus respectivas estructuras institucionales, éstas parecen haber asumido tal competencia con la vista puesta en no crearlas, o, incluso, en eliminarlas, allí donde estas entidades pudieran suponer un contrapoder político local generador de enfrentamientos con las instancias autonómicas<sup>428</sup>.

Realizadas estas consideraciones, entendemos que una de las principales lecciones que se puede extraer de la experiencia española, como posible parámetro para la evaluación de la estructura compleja que se determina para la gestión de las regiones metropolitanas en Brasil impuesta por la Unión por medio del Estatuto de la Metrópoli, tiene que ver con el fracaso de las formas de gobierno metropolitano institucionalizadas y con la necesidad de buscar soluciones no formales, de carácter flexible, y dotadas del menor contenido institucional posible, basadas en la cooperación voluntaria entre todos los agentes, públicos y privados, interesados en la solución del fenómeno metropolitano. Se desprende de la experiencia española que la imposición de un modelo por la fuerza está llamado a fracasar, en cuanto que genera notables disfunciones y termina desembocando en la ineficacia del sistema.

En España, más recientemente, la solución del hecho metropolitano se encuentra regida por el principio de la diferenciación, lo que significa que este fenómeno se enfrenta con técnicas diversas, distintas entre sí. O sea, las áreas metropolitanas aparecerán con aquellas características que cada Comunidad Autónoma haya entendido oportuna para afrontar su realidad<sup>429</sup>. Así, ya no se identifica en el ordenamiento español una única forma organizacional o jurídica de las entidades metropolitanas, conforme se ha preconizado en el modelo brasileño recogido en el Estatuto de la Metrópoli, que define la necesaria adopción de una fórmula estandarizada para todas las regiones metropolitanas de los distintos estados federados brasileños.

En el ordenamiento español, a diferencia del entendimiento adoptado en Brasil, el hecho jurídico metropolitano, en la actualidad, se considera esencialmente diferenciado, porque son diversas las circunstancias que rodean al mismo en cada una de sus manifestaciones fácticas. Esta diferenciación, es aceptada en un doble sentido: Por un lado, en cuanto a la diversidad de fórmulas jurídicas con las que puede ser

---

<sup>428</sup> ORDUÑA PRADA, Enrique. "Las áreas metropolitanas". En CARBONERO GALLARDO, José Manuel. *La intermunicipalidad en España*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2005, p. 94.

<sup>429</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción. *Las áreas metropolitanas...op. cit.*, p. 145.

solucionado el mismo; y por el otro, en cuanto a la diversidad en la fórmula jurídica elegida, que puede mostrar un acabado diferente en cada una de las áreas metropolitanas que se encuentran en una misma Comunidad Autónoma.

Considerando la reciente promulgación del marco normativo metropolitano brasileño, una valoración más detenida sobre las consecuencias de la imposición de una estructura organizativa interfederativa desde la Unión a los estados y municipios, solamente será posible pasado algún tiempo de prueba. No obstante, considerando la experiencia española, desde nuestro punto de vista, el pronóstico para un país tan diverso regionalmente y también en el ámbito local como es el caso de Brasil, no se presenta favorable.

Volviendo a la exposición de las principales determinaciones recogidas en el Estatuto de la Metrópoli, tenemos que la región metropolitana y la aglomeración urbana, además de las directrices definidas en el Estatuto de la Ciudad también deben observar las directrices propias establecidas en el texto del Estatuto, que son: a) Implantación de proceso permanente y compartido de planeamiento y de toma de decisiones en cuanto al desarrollo urbano y las políticas sectoriales sujetas a las funciones públicas de interés común; b) Establecimiento de medios compartidos de organización administrativa de las funciones públicas de interés común; c) Establecimiento de sistema de asignación de recursos y de prestación de cuentas; d) Ejecución compartida de las funciones públicas de interés común, mediante reparto de costes previamente acordado en el ámbito de las estructuras de gobernanza interfederativa; e) Participación de representantes de la sociedad civil en los procesos de planeamiento y de toma de decisiones, en el acompañamiento de la prestación de servicios y en la realización de obras relacionadas con las funciones públicas de interés común; f) Compatibilización de los planes plurianuales, leyes de directrices presupuestarias y presupuestos anuales de los entes involucrados en la gobernanza interfederativa; g) Compensación por servicios ambientales y otros servicios prestados por el Municipio o unidad territorial urbana, en la forma que establezca la ley y los acuerdos firmados en el ámbito de la estructura de gobernanza interfederativa<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> En este sentido se dispone en el art. 7 del Estatuto de la Metrópoli.

Por fin, señalar que en el art. 21 del Estatuto de la Metrópoli se determinan las conductas que caracterizarán la improbidad administrativa<sup>431</sup>, en los siguientes términos:

“Incorre en improbidad administrativa, en los términos de la Ley 8.429 de 2 de junio de 1992: 1. El gobernador o agente público actuante en la estructura de gobernanza interfederativa que no tomar las medidas necesarias para: a) garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 de esta Ley [elaboración del Plan de Desarrollo Urbano Integrado], en el plazo de tres años de la institución de la región metropolitana o de la aglomeración urbana mediante ley complementaria; b) elaborar o aprobar, en el plazo de tres años, el Plan de Desarrollo Urbano Integrado de las regiones metropolitanas o de la aglomeración urbana instituidas hasta la fecha de entrada en vigencia de esta Ley mediante ley complementaria regional; 2. El alcalde que no tomar las providencias necesarias para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 10 de esta Ley [compatibilización del Plan Director municipal con el Plan de Desarrollo Urbano Integrado], en el plazo de tres años de la aprobación del Plan de Desarrollo Integrado mediante ley regional”<sup>432</sup> (traducción propia).

Adelantándose en el análisis crítico del contenido del recién estrenado Estatuto de la Metrópoli, MOURA y HOSHINO evalúan que si es llevada a cabo seriamente la redistribución de competencias y titularidades propuesta en la norma para la consecución de las funciones públicas de interés común, la misma se convertirá ciertamente en foco principal de negociaciones políticas. Se toma como ejemplo la parcelación, el uso y la ocupación del suelo, cuya normativización en el ámbito municipal ya supone un cierto nivel de debate, extendida la cuestión a la macro-zonificación que deberá componer el Plan de Desarrollo Urbano Integrado de

---

<sup>431</sup> En la Constitución Federal se determinan, básicamente, cuatro consecuencias para los actos de improbidad administrativa practicada por un agente público durante el ejercicio de una función pública o derivada de ésta, que son, conforme se recoge en el art. 37 párrafo 4: la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento a las arcas públicas, en la forma y gradación previstas en la ley, sin perjuicio de la oportuna acción penal. Con relación a estas medidas, es necesario indicar que las mismas serán aplicadas de acuerdo con la naturaleza del acto objeto de imputación. En otras palabras, no se puede afirmar que todas las medidas se aplicarán en cualquier hipótesis de improbidad administrativa. No obstante, se puede afirmar que en todos los casos ocurre la pérdida de la función pública y la suspensión de los derechos políticos, pero en lo relativo a la indisponibilidad de bienes del agente público y el resarcimiento a las arcas públicas, tales medidas solamente serán de aplicación de acuerdo con el tipo de improbidad cometida. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 70 y 71.

<sup>432</sup> Originalmente se dispone en el art. 21 del Estatuto de la Metrópoli: “Incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei n 8.429, de 2 de junho de 1992: I - o governador ou agente público que atue na estrutura de governança interfederativa que deixar de tomar as providências necessárias para: a) garantir o cumprimento do disposto no caput do art. 10 desta Lei, no prazo de 3 (três) anos da instituição da região metropolitana ou da aglomeração urbana mediante lei complementar estadual; b) elaborar e aprovar, no prazo de 3 (três) anos, o plano de desenvolvimento urbano integrado das regiões metropolitanas ou das aglomerações urbanas instituídas até a data de entrada em vigor desta Lei mediante lei complementar estadual; II - o prefeito que deixar de tomar as providências necessárias para garantir o cumprimento do disposto no parágrafo 3 do art. 10 desta Lei, no prazo de 3 (três) anos da aprovação do plano de desenvolvimento integrado mediante lei estadual”.

las regiones metropolitanas o aglomeraciones urbanas, el establecimiento de conflictos será casi inevitable<sup>433</sup>. Entendemos que tal problemática se planteará en dos niveles: primeramente, con relación a la definición de las posibles macro-zonas, zonas, clases de suelo y categorías de usos, considerando que cada municipio emplea criterios propios en la conformación de dichos aspectos; y posteriormente, en la aplicación práctica de las clases y categorías consensuadas entre todos en el ámbito metropolitano en cuestión.

Los referidos autores también indican que otro foco de posibles controversias será la definición de los aspectos relativos a la prestación de determinados servicios públicos esenciales:

“Siendo verdad que el transporte colectivo y el saneamiento, entre otros, pueden ser más eficientes e inclusivos si son planificados y gestionados en el nivel regional o metropolitano, el modelo, en cierta medida, coloca en jaque el arraigado municipalismo en las políticas sectoriales. Los municipios deberán, conforme al art. 10 párrafo 3 de la Ley 13.089/2015, compatibilizar sus planes directores con las nuevas directrices de los Planes de Desarrollo Urbano Integrado. No obstante, el legislador se ha olvidado de todos los demás planes (Planes de Saneamiento Básico, Planes de Movilidad Urbana, Planes de Gestión de Residuos Sólidos, Planes locales de Habitación de interés social, etc.), los cuales no estarán sometidos a la misma obligatoriedad”<sup>434</sup> (traducción propia).

Con relación a los mecanismos de compensación por servicios ambientales prestados por los municipios a la unidad territorial, se advierte que el posible pago por ellos es una materia que aún no ha sido objeto de promulgación por medio de ley federal, ya que el proyecto de ley 792/2007 que disciplina normativamente esta materia sigue tramitando en la Cámara de Diputados a espera de aprobación. Pese a eso, la ausencia de regulación normativa a nivel nacional no impide la promoción de acuerdos interfederativos por medio de consorcios o convenios.

El reto que se presenta ante el Estatuto de la Metrópoli es bastante complejo, pero el primer paso, la regulación normativa de la situación urbanística de las metrópolis brasileñas y la previsión de sanciones a las autoridades públicas de

---

<sup>433</sup> En el art. 12 del Estatuto de la Metrópoli se prevé que el Plan de Desarrollo Urbano Integrado de la región metropolitana o de la aglomeración urbana deberá considerar el conjunto de los municipios que componen la unidad territorial urbana y englobar áreas urbanas y rurales. Dicho plan deberá contemplar, mínimamente, las directrices para las funciones públicas de interés común, incluyendo proyectos estratégicos y acciones prioritarias para inversiones; macro-zonificación de la unidad territorial urbana; las directrices en cuanto a la articulación de los municipios en la parcelación, uso y ocupación del suelo urbano; las directrices en cuanto a la articulación intersectorial de las políticas públicas del patrimonio ambiental o cultural, así como de las áreas sometidas a control especial por el riesgo de desastres naturales, si existieren; y el sistema de acompañamiento y control de sus disposiciones.

<sup>434</sup> MOURA, Rosa y HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *“Estatuto da Metrópole: enfim, aprovado! mas o que oferece   metropoliza o brasileira?”...op. cit., p. 5.*

distintas esferas por el incumplimiento de sus preceptos, ha sido dado. No obstante, con relación a algunos de sus aspectos, la recién estrenada norma parece haber perdido una muy buena oportunidad para ser más incisiva.

En este sentido, se preguntan los autores, ¿no habría sido la ocasión de no solamente facultar, sino determinar que los estados federados oficialicen sus Regiones Metropolitanas y o Aglomeraciones urbanas cuando, comprobadamente, las mismas se consideren consolidadas? Asimismo, ¿de haber estipulado plazos para la organización de un arreglo interfederativo y la implementación de la gestión plena en estas unidades? ¿De haber ordenado la compatibilización, en lo posible, de los demás planes sectoriales al Plan de Desarrollo Urbano Integrado? ¿De haber previsto otras hipótesis de improbidad administrativa, como por ejemplo en situaciones de inobservancia o exclusión de la participación popular en esta instancia?<sup>435</sup>.

Por otro lado, el Estatuto de la Metrópoli reaviva el debate sobre la necesaria reforma política en Brasil, que no podrá, independientemente del rumbo que se siga, negar los desajustes del actual pacto federativo brasileño<sup>436</sup>.

### **II.3.1.3. Reflexiones y aportaciones para la sistematización de la legislación urbanística brasileña desde el ordenamiento español: planeamiento, gestión y disciplina urbanística como ejes del sistema**

En la doctrina brasileña es común encontrar posiciones y referencias al conjunto actual de fuentes normativas de derecho urbanístico como ‘asimétrico’, ‘carente de sistematización’, ‘deficiente’, ‘incongruente’, o ‘incoherente’<sup>437</sup>. El empleo

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 13. En este contexto, aseguran los autores que: “No cabe duda de que la implementación del Estatuto de la Metrópoli será conflictiva y provocará antiguas animosidades, sacando a los actores políticos de sus zonas de confort. Despotismos regionales, monopolios de servicios, jefaturas parroquianas podrán ser incomodadas, conllevando tentativas de impugnación, sabotaje o neutralización de las nuevas reglas. Las clases de composiciones y acuerdos multilaterales que surgieren en los próximos años deberán ser objeto de atención, de investigación y de intervención del Estado, de la academia y de los movimientos sociales. Lo que de ahí podrá emerger, nadie puede prever con exactitud. Una vez más, *alea jacta est*” (traducción propia).

<sup>437</sup> En este sentido se han manifestado, entre otros, SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 50; PINTO, Victor Carvalho. “Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo”. En MANEGUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa...op. cit.*, p. 146; y MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 67. Confrontar con MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades. Alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 95. La referida arquitecta urbanista, no atribuye a la ausencia de leyes el estado de descontrol del fenómeno urbano en las ciudades brasileñas, indicando la existencia de una serie de instrumentos urbanísticos puestos a disposición de los municipios para, por ejemplo, ampliar la recaudación de recursos para la financiación de las ciudades; la regulación del mercado con el objetivo de disminuir los costes de producción de las viviendas; la captación de la valorización inmobiliaria; la recuperación de las inversiones públicas en infraestructura urbana; etc. Posicionamiento con el cual no podemos concordar, ya que lo importante, no es la cantidad de leyes aprobadas o promulgadas, sino la calidad y la coherencia de la legislación que se produce orientada a la normativización del desarrollo de la función pública del

de terminología diversa en leyes promulgadas por una misma esfera administrativa, la presentación de un mismo término o expresión técnica con diversos significados, el empleo de términos distintos en referencia a un mismo concepto, la escasa promulgación de leyes federales o regionales homogeneizadoras del sistema, la insuficiencia regulatoria de las actualmente vigentes, la abundante producción de leyes sectoriales con especial incidencia en la actividad urbanística y el desconocimiento acerca de los contenidos que vienen siendo regulados por medio de leyes municipales, son solamente algunas de las problemáticas vinculadas al conjunto normativo urbanístico actualmente vigente en Brasil.

El análisis general de las materias objeto de regulación en las leyes que actualmente conforman las fuentes del derecho urbanístico brasileño en el ámbito federal y la forma con que dicha regulación se realiza en estos textos normativos, evidencia la necesidad de adopción de un eje orientador de la regulación de la actividad urbanística en el ámbito local<sup>438</sup>. En este sentido se ha manifestado MUKAI al exponer el panorama actual de las fuentes normativas del derecho urbanístico brasileño:

“Entretanto, la legislación urbanística continúa siendo, en Brasil, un verdadero mosaico de remiendos, sin cualquier sistematización coherente de sus normas para todo el territorio nacional. La sectorización de las materias, legislaciones específicas y relacionadas con urbanismo, el casuismo perjudicial, y especialmente la falta de normas y sanciones adecuadas para el control y fiscalización del uso del suelo urbano, hacen de nuestro derecho del urbanismo una materia cuyo estudio y sistematización es casi una construcción, antes que simples análisis e investigación”<sup>439</sup> (traducción propia).

---

urbanismo. Así como la conformación de un sistema coherente entre ellas, en el cual los instrumentos urbanísticos puestos a disposición de los municipios se encuentren insertados de manera lógica, presentando una clara finalidad con relación a la ejecución de este sistema, situación que aún en la actualidad no se verifica con relación al conjunto de leyes orientadas a la normativización de la actividad urbanística en Brasil.

<sup>438</sup> La cantidad de leyes y decretos, señalaba VILLAÇA a finales de los años 70 principios de los 80, regulando el uso del suelo urbano, presentando las más variadas orígenes, sin un mínimo de coordinación, siquiera dentro de cada esfera de Gobierno y totalmente desvinculados de cualquiera aparato administrativo de control y fiscalización, ya se presentaba como la tónica del panorama jurídico-urbanístico brasileño. Señalaba el referido autor que, en este panorama, se destacaba y sigue destacándose la ciudad de São Paulo, que tal vez por su desarrollo y la mayor complejidad de su maquinaria administrativa (mayor cantidad de órganos sectoriales especializados) viene emitiendo, desordenada y de manera fragmentada, una gran cantidad de cuerpos normativos regulando el uso del suelo urbano. Véase en este sentido sus más recientes críticas en VILLAÇA, Flávio. *As ilusões do plano diretor*. São Paulo: agosto 2005. Disponible en [http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/ilusao\\_pd.pdf](http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/ilusao_pd.pdf) (última consulta agosto de 2015).

<sup>439</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 67. Originalmente: “Contudo, a legislação urbanística continua sendo, no Brasil, uma verdadeira colcha de retalhos, sem nenhuma sistematização coherente de sus normas para todo o território nacional. A setorização dos assuntos, legislações específicas e conexas com o urbanismo, o casuismo prejudicial, e especialmente a falta de normas e sanções adequadas para o controle e fiscalização do uso do solo urbano, fazem do nosso direito do urbanismo uma matéria cujo estudo e sistematização é quase tarefa de construção, antes que de simples análise e pesquisa”.

Considerando algunas de las características que tornan la consolidación institucional de urbanismo, o de la política urbana conforme a la terminología empleada en la Constitución Federal brasileña, un reto extremadamente complejo, entendemos que el ejercicio de la actividad urbanística en coherencia con los objetivos y fundamentos del Estado social, democrático y de derecho pasa necesariamente por la sistematización de la legislación urbanística<sup>440</sup>. En este sentido ya se han manifestado algunos sectores de la doctrina urbanística brasileña. En efecto, PINTO viene defendiendo junto a los órganos legislativos federales de Brasil, en el contexto del Núcleo de Estudios e Investigación del Senado Federal, la adopción de un Código de Urbanismo, en los moldes de la legislación ampliamente adoptada desde hace muchas décadas en Europa, en orden a la posible sistematización de las normas de derecho urbanístico en Brasil<sup>441</sup>.

No obstante, la comprensión del urbanismo como una función pública ordenadora de la actuación urbanística de la Administración Pública municipal y de los propietarios de suelo en el ámbito de sus derechos y obligaciones, es clave para la institucionalización de la política urbana y para el proceso de desarrollo integral del sistema normativo urbanístico brasileño<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> Entre estas características singulares se puede destacar la cercanía entre reguladores y regulados, que acentúa la fuerza de los grupos de presión (empresariales, políticos, del sector inmobiliario y de la construcción, etc.) e induce a la práctica del intercambio de apoyos en votaciones legislativas en ámbito municipal, reduciendo la seguridad jurídica y la racionalidad de las políticas públicas puestas en marcha. Así mismo, las relaciones políticas basadas en el clientelismo, principalmente con relación al tema de provisión de viviendas y la regularización de propiedades irregularmente ocupadas por sectores de la población desprovistos de medios económicos, también integran este conjunto de características singulares. Otro aspecto singular, es el carácter altamente técnico del urbanismo, que termina por configurar un obstáculo a la transparencia de las decisiones tomadas en el ámbito de la función pública del urbanismo, aunque que las medidas adoptadas en este ámbito repercutan directamente sobre la población urbana.

<sup>441</sup> PINTO, Victor Carvalho. "Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo". En MANEQUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa...op. cit.*, p. 146. De manera específica, este autor ha llegado a presentar como una contribución inicial para fomentar las discusiones acerca de la posible elaboración de un código de urbanismo brasileño, el índice esquemático de Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de España, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/1992, de 26 de junio, con el fin de demostrar la amplitud de las materias objeto del derecho urbanístico y realizar una aproximación al posible temario que podría venir a conformar el código brasileño de derecho urbanístico, sin avanzar en la adaptación del sistema normativo español a la realidad jurídica brasileña, aspecto fundamental a que se propone en parte el presente estudio desde el ámbito de análisis de las claves del régimen jurídico del suelo. También se ha manifestado en el sentido de la necesidad de sistematización de la legislación urbanística brasileña MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 67.

<sup>442</sup> El urbanismo pasa a ser entendido como una función pública, afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, cuando se da la superación de la actividad urbanística como un mero sistema de encauzamiento externo de facultades privadas sustantivas, radicadas en el derecho de propiedad, mediante la disociación o superación de las decisiones básicas sobre el aprovechamiento urbanístico del derecho subjetivo de propiedad y su sustantivación y configuración como contenido de una competencia pública. La ordenación de los espacios solamente es posible una vez resuelta la tensión interés público-privado que desencadena. Esta tensión no es ya resoluble a partir de la concepción civilista tradicional de la propiedad y de la aplicación a ésta de las técnicas clásicas de la policía urbana, que actúan como simples limitaciones externas a las facultades dominicales potencialmente absolutas. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 115 y ss.

La noción de que por medio de la actividad urbanística lo que se está realizando es la organización del derecho de propiedad privada del suelo de manera que su ejercicio esté de acuerdo con los objetivos de desarrollo futuro de la ciudad o su mantenimiento satisfactorio con relación a la colectividad que le habita, debe prevalecer sobre las ideas arquitectónicas urbanísticas abstractas que se han impuesto tradicionalmente con respecto al urbanismo en Brasil. Estas ideas se fundamentaban principalmente en el paradigma modernista de planeamiento urbano, cuyos resquicios en la actualidad, preconizan la actuación pública urbanística por medio del desarrollo de proyectos urbanos puntuales, intervenciones urbanísticas en áreas específicas de la ciudad por medio de operaciones urbanísticas extraordinarias.

Este ideario ha influido en la elaboración del Estatuto de la Ciudad, en el cual queda recogido un conjunto vago de directrices, permeado por una serie de instrumentos urbanísticos que no se acoplan a un sistema de desarrollo de la actividad pública urbanística y que tratan la ciudad como un posible conjunto de intervenciones aisladas. No llevando en consideración los principios constitucionales que determinan la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica en las actuaciones administrativas, ya que la ordenación urbanística no se planifica y se ejecuta de manera integral, sino en base a la fragmentación instrumental que se impone en el ámbito legislativo en detrimento de una posible institucionalización del urbanismo como un sistema en que los procedimientos e instrumentos se complementan, pautados por un eje claramente definido<sup>443</sup>.

Este panorama evidencia una oportunidad para el análisis de modelos que puedan aportar criterios para la consecución de una regulación coherente e integral de la actividad urbanística y en este ámbito, el modelo español pautado en la regulación de los hitos de la actividad urbanística, comprendidos en el planeamiento, ejecución del planeamiento y control de su ejecución, resulta de interés y de adaptación factible al ordenamiento brasileño.

En el desarrollo de este propósito tenemos que, desde la perspectiva de la Administración Pública municipal, su actividad urbanística no debe encerrarse en la

---

<sup>443</sup> En este sentido, BUGS ha señalado que el urbanismo en Brasil es legalmente una función pública, sin embargo, raras veces tal concepción es aplicada en los momentos de elaboración y promoción del mismo por parte de los órganos públicos de planeamiento urbano. Y que eso puede confirmarse ante el hecho de que, en la mayoría de los casos, éstos solamente respondan a las acciones del sector privado que actúa en la urbanización. Afirma la autora que los órganos públicos de planeamiento se encuentran mucho más en posición de 'contraataque' ante las iniciativas de los promotores, así como de las ocupaciones irregulares de terrenos en el ámbito urbano que se vienen produciendo sistemáticamente en las ciudades brasileñas, que en la posición de detentadores de las decisiones urbanísticas, del planeamiento, de las estratégicas de ordenación y del proyecto de ciudad. BUGS, Geisha. "Modelos de gestão de projetos urbanos". *Revista Iberoamericana de Urbanismo*. Núm. 1, 2009, p. 42.

elaboración del Plan Director municipal. La elaboración del plan urbanístico se postula como una pieza clave que conforma, junto a otras, un sistema o modelo coherente, capaz de determinar y orientar integralmente el desarrollo de la actividad urbanística en todo el territorio municipal, incumbiendo a la Administración Pública municipal planificar, ejecutar y fiscalizar la ejecución de esta actividad<sup>444</sup>.

No se niega la importancia de la figura de los planes urbanísticos como el centro de todo el sistema, pero es necesario comprender que los mismos contemplan, o deben contemplar fases distintas del desarrollo de dicha función<sup>445</sup>. Por medio de ellos, además del diseño del modelo territorial elegido para la ciudad, se deberá plasmar su modo de ejecución, es decir, se deben prever planes específicos en los cuales se contemple detalladamente cómo habrá de pasarse de la situación urbana existente a la que se pretende mediante la urbanización, la reforma y la edificación<sup>446</sup>.

De ahí también la conveniencia de que se difunda y se consolide de un modo general en Brasil, la noción de que la actuación urbanística no se conforma solamente a través de la transformación del suelo rural en suelo urbano por medio de la parcelación, sino que puede orientarse también a la rehabilitación de barrios y áreas más antiguas o deprimidas de la ciudad, por medio de la sustitución o renovación de los equipamientos urbanos. Entendemos que la legislación urbanística brasileña debe contemplar de una manera integral las posibles actuaciones urbanísticas de transformación de la realidad urbana existente, insertando su planificación, ejecución o

---

<sup>444</sup> Fundamenta nuestra afirmación la noción de Derecho urbanístico desarrollada en España, según la cual dicho derecho se divide en tres grandes grupos: el planeamiento urbanístico, donde se concretan las normas del uso del suelo y de la edificación; la gestión urbanística, en cuya virtud se ejecutan las previsiones del planeamiento, por medio de los sistemas de compensación, cooperación o expropiación; y la disciplina urbanística, que engloba las más variadas actuaciones urbanísticas y que podría identificarse con la acción o intervención urbanísticas, incluyéndose en esta categoría las licencias urbanísticas, las infracciones urbanísticas y sus sanciones. Véase ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual de derecho urbanístico...op. cit.*, p. 72.

<sup>445</sup> En el ámbito del ordenamiento urbanístico español, fue sobre todo al aprobarse en 1956 la primera Ley del suelo del país cuando se proclamó el urbanismo como una función pública. Desde esta fecha, esta consideración se ha erigido en uno de los principios esenciales de este sistema jurídico. Para profundizar en el debate sobre la configuración del urbanismo como una función pública véase PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico...op. cit.*, pp. 101 y ss.; y en general sobre la evolución histórica de la actividad urbanística como función pública véase FONSECA FERRANDIS, Fernando E. *La liberalización del suelo en España. Presupuesto y marco jurídico-constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

<sup>446</sup> Tales ideas y nociones se fundamentan en la concepción española de urbanismo como función pública, que se organiza en torno al desarrollo y ejecución del planeamiento urbanístico, de la ejecución o gestión de las actuaciones urbanísticas previstas en dichos planes y de la disciplina de control por parte de las Administraciones Públicas de las actividades de los particulares en este contexto. En este sentido véase, entre otros, MARTÍN REBOLLO, Luis. "El Planeamiento municipal: perspectiva general". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 249; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 114 y ss.; y CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico...op. cit.*, pp. 56 y 57.

gestión, y control en un esquema de sucesivos planes urbanísticos que conforman la ordenación urbanística del territorio municipal.

En este sentido, resulta de interés traer a colación algunas referencias con relación al esquema de desarrollo de la actividad pública en el ámbito urbanístico previsto en el ordenamiento jurídico de España desde la implementación de la primera Ley del Suelo en 1956, que ha servido de fundamento teórico para la elaboración de las reflexiones expuestas en el párrafo anterior y que conforma una posible alternativa al estado de la cuestión en Brasil. Para ello, nos valemos de las enseñanzas de MARTÍN REBOLLO:

“Si pudiera resumirse en una frase la lógica, la estructura y el contenido de la actividad pública en el ámbito urbanístico, quizá esa frase podría ser ‘primero se planifica y regula el crecimiento, el cambio y la conservación de la ciudad; luego se materializan las previsiones planificadoras; y en todo momento se supervisa la legalidad de la actividad urbanística de los agentes y se sanciona a los infractores’. En definitiva, planeamiento, gestión, policía administrativa y disciplina urbanística”<sup>447</sup>.

Con relación a la estructuración y el contenido de la actividad pública en el ámbito urbanístico, algunos pasos se han dado en el sentido de organizar la fase de planeamiento por medio de las previsiones contenidas el Estatuto de la Ciudad orientadas a la conformación, aunque insuficiente, del régimen jurídico del Plan Director en ámbito municipal y más recientemente, mediante la promulgación del Estatuto de la Metrópoli, cuyas directrices orientan la elaboración de los Planes de Desarrollo Urbano Integrado en el ámbito metropolitano.

No obstante, la regulación de la gestión o ejecución de las determinaciones del planeamiento urbano es una cuestión que sencillamente no es objeto de debate político y ha recibido escasa atención por parte de la doctrina urbanística. Ante esta situación se propone un posible esquema de regulación, por el cual tendríamos, y en ello incluimos los instrumentos ya desarrollados en Brasil – el Plan Urbanístico Metropolitano y el Plan Director municipal –, una primera fase que consistiría en planificar integralmente los correspondientes espacios territoriales, tras la cual, llegaría el momento de ejecutar dicho planeamiento para la efectiva consecución del modelo

---

<sup>447</sup> BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y CRESPO PÉREZ, Manuel A. “La gestión del urbanismo: aspectos generales”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 645.

territorial diseñado, de conformidad con la programación y las precisiones establecidas en los planes y previstas con anterioridad<sup>448</sup>.

Profundizando en ello, la ejecución urbanística se desarrollaría comprendiendo actuaciones físicas – obras de urbanización, edificaciones, rehabilitación de equipamientos, materialización de obras públicas (que deberían necesariamente ser objeto de regulación por medio del planeamiento urbano municipal), entre otros –, y actuaciones jurídicas, como por ejemplo el reparto de las cargas de urbanización y de los beneficios, la efectiva recuperación de plusvalías derivadas de la actuación urbanística por medio de un sistema uniforme de aplicación a nivel nacional; la posible redistribución dominical a través del instituto de la reparcelación (aún prácticamente desconocido en el ámbito jurídico-urbanístico brasileño como posible herramienta orientada a la ejecución de actuaciones urbanísticas y promoción de la equidistribución de cargas y beneficios derivados de dicha actuación); así mismo, también abarcaría previsiones relativas a posibles modalidades organizativas creadas al efecto, que en el sistema urbanístico español se materializan por medio de la constitución de, por ejemplo, entidades urbanísticas colaboradoras, sociedades mercantiles, gerencias de urbanismo, y otras modalidades de gestión, en los términos previstos en el art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local <sup>449</sup>.

Conforme al ordenamiento administrativo brasileño, los municipios brasileños también disponen de instrumentos o figuras administrativas orientadas a la ejecución de obras públicas, entendidas en su concepción administrativa como la construcción, reforma o ampliación de inmuebles<sup>450</sup>, que pueden materializarse directamente por las

---

<sup>448</sup> Conforme al ordenamiento español, enseña NUÑEZ RUIZ, otro elemento de necesaria integración en una definición de derecho urbanístico es la ejecución del planeamiento. La actuación de los planes de urbanismo constituye una de las fases más delicadas de la ordenación urbana. En ella intervienen el Estado, las entidades locales y los particulares. Así, la ejecución del plan urbanístico, es por consiguiente, la verificación práctica (praxis) de ese ordenamiento cuya fuerza constructiva se traduce en la creación de relaciones jurídicas, facultades y deberes. NUÑEZ RUIZ, Miguel Ángel. *Derecho Urbanístico español*. Madrid: Montecorvo, 1967, pp. 136-138.

<sup>449</sup> En el marco del modelo urbanístico español, los propietarios de suelo forman una unidad autofinanciable que ejecutará el planeamiento mediante un sistema que garantice la equidistribución de beneficios y cargas de tal forma que los propietarios contribuyendo a las cesiones y gastos de urbanización en proporción a la superficie originaria que aporten obteniendo como resultado solares urbanizados; un nuevo suelo con una distribución territorial, y registral que se transforma en virtud de esta operación. Para profundizar en la organización de los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico en España véase, entre otros, BAÑO LEÓN, José María. “Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico”. En GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (Dir.). *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 147-164.

<sup>450</sup> Señala MEIRELLES que lo que caracteriza las obras públicas es su destino al público o al servicio público, siendo indiferentes el modo de ejecución, la persona que la ejecuta y el local de su realización. La obra pública conforma la realización material que la Administración comúnmente ejecuta sobre un bien público como equipamiento o estructura para un servicio público a ser ofrecido a la comunidad; en otros casos es la propia obra que sirve directamente al público. Puede, aún, la obra ser implementada en

Administraciones centralizadas o por sus 'autarquías'<sup>451</sup>; o indirectamente por sus delegados y contratados particularmente<sup>452</sup>.

En cualquier hipótesis, la ejecución de obra pública debe ser precedida de proyecto y especificaciones dentro de las normas técnicas adecuadas, que son las editadas por la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT), según se recoge en la Ley 4.150 de 21 de noviembre de 1962. Las obras integrantes de las categorías de 'edificios públicos' y 'equipamientos administrativos' quedan sometidas a las normas municipales generales de la edificación particular, considerando su destino – finalidades humanas (trabajo, estudio, habitación, ocio, etc.) –, razón por la cual deben observar el derecho de vecindad, las normas sanitarias federales y regionales, así como las reglamentaciones municipales y las restricciones de zonificación, uso y ocupación del suelo urbano<sup>453</sup>.

Con relación a los equipamientos urbanos y a los emprendimientos de utilidad pública, curiosamente, pese a su destino específico y peculiaridades técnicas, la

---

terreno particular pero con finalidad pública. Afirma el autor que en todas estas hipótesis será obra pública, desde que sea destinada al público o al servicio público, variando solamente su modo de utilización, que puede ser común del pueblo o especial de un servicio destinado al público, o incluso un servicio técnico o administrativo reservado a sus servidores y usuarios específicos. Así, tradicionalmente las obras públicas, según su destino, se clasifican en Brasil en cuatro categorías: equipamientos urbanos, como por ejemplo, las vías y calles públicas, plazas, monumentos, aceras, redes de energía, agua, saneamiento, etc.; equipamientos administrativos, que engloban por ejemplo, las instalaciones, oficinas, garajes, etc., que sirven para la ejecución de servicios administrativos en general; los emprendimientos de utilidad pública, del cual son ejemplos, las carreteras, los ferrocarriles, puentes y puertos; y los edificios públicos, empleados para los servicios administrativos o uso de los ciudadanos, como por ejemplo, la sede del Ayuntamiento, el fórum, las dependencias y oficinas públicas, etc. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 367 y 368.

<sup>451</sup> El concepto de autarquía en el ámbito del derecho administrativo brasileño, se corresponde con el de persona jurídica de derecho público, integrante de la Administración indirecta, creada por ley para ejecutar funciones que, desprovistas de carácter económico, sean propias y típicas del Estado. Véase CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo...op. cit.*, pp. 506 y ss. En la legislación, el art. 5 apartado 1 del Decreto-ley 200/67 definió las autarquías como el servicio autónomo, creado por ley, con personalidad jurídica, patrimonio y receta propios, para ejecutar actividades típicas de la Administración Pública que requieran, para su mejor funcionamiento, gestión administrativa y financiera descentralizada. BRASIL. Decreto-lei 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, suplemento, de 27 de marzo de 1967. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm) (última consulta agosto de 2015).

<sup>452</sup> Conforme a lo previsto en el ámbito del ya referido Decreto-ley 200/1967, en el apartado 1 de su art. 4, las obras o los servicios se realizan bajo la modalidad centralizada cuando el municipio posee la titularidad y realiza por sus propios órganos, en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad dichas obras o servicios. En esta modalidad la Administración es al mismo tiempo titular y ejecutora del servicio u obra, que permanecerá integrada en su estructura. De acuerdo con la Ley 11.107/2005, la modalidad descentralizada se realiza cuando la Administración Pública transfiere la titularidad o la ejecución de la obra o servicio, por otorgamiento o delegación, a autarquías, fundaciones, empresas estatales, entes paraestatales, empresas privadas o particulares individualmente, y/o a los consorcios públicos. BRASIL. Lei 11.107 de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Seção 1, de 7 de abril de 2005, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/111107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111107.htm) (última consulta agosto de 2015).

<sup>453</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 367 y 368.

ejecución de los mismos no se subordina a los preceptos del Código de Obras o de edificaciones particulares o cualquier otra norma complementaria, siendo ejecutados según criterios propios de cada Administración municipal, desvinculados de la legislación común municipal o del planeamiento urbano. En este sentido, PINTO expone que:

“Las intervenciones urbanísticas del poder público, como las grandes obras del sistema viario, no son objeto de cualquier plan [urbanístico] públicamente debatido, o siquiera presentado. Con frecuencia, chocan con el uso del suelo establecido por la legislación urbanística. Es común, por ejemplo, que obras en el sistema viario sirvan para inducir la ocupación de áreas ambientalmente frágiles, como cuencas abastecedoras de agua potable”<sup>454</sup> (traducción propia).

Además de que las obras públicas se configuran como una decisión política, cuya previsión y ejecución puede realizarse desconectada del planeamiento municipal, la situación se agrava si consideramos que básicamente la ejecución de dichas obras, aunque previstas en el ámbito del planeamiento urbano, solamente pueden realizarse cuando afecten a parcelas o terrenos de propiedad privada, mediante la expropiación de dichos terrenos. Cabe señalar, que el régimen jurídico de la expropiación con fines urbanísticos en Brasil carece de una disciplina propia, rigiéndose por lo dispuesto en el art. 5 del Decreto-ley 3.365/1941 que trata de la expropiación por utilidad pública.

Considerando tal situación, el desarrollo de otros sistemas alternativos de ejecución del planeamiento urbanístico, se impone como una necesidad que brindaría la posibilidad de que los propietarios privados de los terrenos pudiesen ser involucrados por las Administraciones locales en los procesos de ejecución de las actuaciones urbanísticas que afectasen sus terrenos, como pasa en España<sup>455</sup>, sin que necesariamente se tenga que recurrir a la expropiación de los inmuebles particulares, que actualmente, considerando la situación de penuria económica por la que pasan los municipios brasileños, resulta prácticamente inviable.

En este contexto, la previsión normativa de distintos sistemas de actuación o ejecución de las previsiones del plan urbanístico, debería contemplar mecanismos

---

<sup>454</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 40. Originalmente: “As intervenções urbanísticas do Poder Público, como as grandes obras no sistema viário, não são objeto de qualquer plano publicamente debatido, ou sequer apresentado. Com frequência, conflitam com o uso do solo estabelecido na legislação urbanística. É comum, por exemplo, que obras no sistema viário sirvam para induzir a ocupação de áreas ambientalmente frágeis, como os mananciais de água potável”.

<sup>455</sup> Para una introducción a la evolución de los sistemas de actuación o ejecución del plan urbanístico implementados en España, desde los previstos en la Ley del Suelo española de 1956 – expropiación, compensación, y cesión de terrenos viales; hasta los recientemente desarrollados, como por ejemplo en agente urbanizador, véase LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta. *Historia de la legislación urbanística*. Madrid: lustel, 2007, pp. 32-51.

legales, integrados por un conjunto de actos administrativos, actuaciones materiales e instrumentos urbanísticos de carácter no normativo, cuya función sería facilitar la correcta plasmación física de las previsiones jurídicas del plan y, a la vez, instrumentalizar la equidistribución de cargas y beneficios entre los propietarios<sup>456</sup>, como por ejemplo, por medio de la técnica de reparcelación del suelo, por la cual ocurre la reubicación física de las propiedades durante el proceso de ejecución de la actuación urbanística<sup>457</sup>.

### **II.3.2. Tipología y jerarquía de planes de urbanismo y de ordenación del territorio**

Inicialmente creemos oportuno adelantar que, con relación al asunto que nos ocupa en el presente apartado, nos hemos decantado, en razón de los pocos detalles positivados en la legislación urbanística brasileña sobre el contenido y función de los planes de ordenación del territorio, por realizar una aproximación al tema que no tiene la pretensión de agotar la materia, que tendría mejor cabida en un estudio propio. Para ello, nuestra exposición se fundamentará en los entendimientos teóricos presentados por la doctrina urbanística brasileña y en la experiencia práctica, legislativa y doctrinal española, considerando la similitud del sistema de planes delineado por el legislador constitucional brasileño con el sistema que se viene desarrollando desde la promulgación de la primera ley del suelo española en 1956.

El presente análisis se centrará en el estudio de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio recogidos en la legislación de referencia, esto es, el texto constitucional, el Estatuto de la Ciudad y el Estatuto de la Metrópoli, que son: el plan nacional de ordenación del territorio y los planes macro-regionales de ordenación del territorio, cuya elaboración y aprobación se atribuye a la Unión; planes regionales de ordenación del territorio y planes subregionales, metropolitanos y de aglomeraciones urbanas, atribuidos a los estados federados; y los planes urbanísticos municipales cuya elaboración y aprobación se atribuyen a los municipios.

Con relación a estos planes, cabe indicar que su conjunto pretende conformar un sistema en el cual los planes de ordenación del territorio nacional y macro-regional,

---

<sup>456</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 649.

<sup>457</sup> La posible introducción de la reparcelación en el marco urbanístico brasileño ha sido objeto de estudio elaborado por PINTO en el ámbito del Núcleo de Estudios e Investigación del Senado Federal brasileño. Disponible en <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-130-reparcelamento-do-solo-urbano-um-modelo-consorciado-de-renovacao-urbana> (última consulta marzo de 2015).

en sus determinaciones, vinculen a las Administraciones regionales, que deberán elaborar y aprobar sus planes de ordenación del territorio regional en consonancia con las directrices y orientaciones recogidas en aquellos de mayor rango. Las determinaciones conformadoras de los planes de ordenación del territorio regional vinculan a las Administraciones municipales, que deberán elaborar y aprobar planes urbanísticos con un carácter operativo o ejecutivo más pronunciado, de acuerdo con aquellas directrices, que terminan por vincular a los particulares y a los distintos órganos y entidades integrantes de la Administración Pública municipal, presentando una naturaleza más imperativa que aquellos de mayor rango, que cumplen una función más próxima a la de coordinación y estructuración del sistema, lo que no impide que algunas de sus determinaciones terminen por vincular también a los particulares y el desarrollo de sus actividades<sup>458</sup>.

En el sistema de planes que se viene conformando en Brasil, la relación que se establece entre los planes de ordenación territorial y de ordenación urbanística es de autonomía o no dependencia, con eso se quiere decir que la validez de un plan urbanístico municipal no depende jurídicamente de la existencia de un plan de ordenación territorial superior. En efecto, en la actualidad, no se ha promulgado ningún plan de ordenación del territorio, tanto los pertinentes al ámbito competencial de la Unión como los que se atribuyen a los estados federados, situación que no ha representado un impedimento a la elaboración y promulgación de Planes Directores por las Administraciones municipales brasileñas, en cumplimiento de la competencia que se le atribuye para ello en el texto constitucional.

Con fundamento en las directrices de política urbana recogidas en el Estatuto de la Ciudad, se impone una relación de dependencia jerárquica entre los planes urbanísticos que se puede verificar, por ejemplo, con relación a los planes de operaciones urbanas consorciadas, cuya elaboración y aprobación, presupone la existencia de Planes Directores municipales que determinen su previsión y ámbito de actuación, vinculándoles con relación a sus determinaciones. Además de eso, se han

---

<sup>458</sup> En este sentido SILVA explica que con relación al planeamiento urbanístico, no se configura con nitidez una distinción entre planes imperativos y planes indicativos, lo que ocurre es la producción de efectos más o menos vinculantes para los particulares en razón de la naturaleza específica de cada uno de los planes, unos más genéricos y otros más operativos, pero que, no obstante, se puede afirmar que todos los planes son imperativos en los límites de su normatividad y que todos son vinculantes en cierto sentido, considerados sus destinatarios más inmediatos. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 89-91. En este sentido también se recoge en el ordenamiento jurídico español. Nos hemos apoyado para la organización de tal referencia en MARTÍN BLANCO, José. *Los Planes Directores Territoriales de Coordinación en la nueva Ley del Suelo*. Madrid: Ministerio de Vivienda/Servicio Central de Publicaciones, 1975, pp. 70 y ss.

previsto en el Estatuto de la Ciudad otros instrumentos urbanísticos cuya aplicación también exige una disciplina preliminar en el plan urbanístico municipal.

Avanzando en la identificación de la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio en el ordenamiento brasileño, cabe informar de que la polémica que suele acompañar este ámbito de la materia no se ha manifestado con la misma intensidad en Brasil. Se desprende del texto constitucional brasileño – con expresa referencia al Plan Director municipal –, del Estatuto de la Ciudad y del Estatuto de la Metrópoli, que los instrumentos de planeamiento urbanísticos deben ser aprobados mediante ley.

La solución adoptada por el derecho positivo brasileño, aunque aparentemente resuelve el debate desde el prisma de la forma, implica otro orden de problemas, entre los cuales destacamos la dificultad que conlleva para los particulares la interposición de recursos para el examen de la oportunidad, conveniencia y proporcionalidad de las decisiones conformadoras de las leyes que aprueban los planes urbanísticos.

En un sistema unitario de jurisdicción, como es el caso de Brasil, donde no se contempla la jurisdicción contencioso administrativa para la verificación de la legalidad de las decisiones de la Administración Pública, los litigios administrativos o de interés de particulares se encaminan a un tribunal judicial que, en razón del principio de separación e independencia de los poderes judicial, legislativo y ejecutivo determinado en el art. 2 de la Constitución Federal, se limitará a decidir sobre aspectos formales de la ley del Plan Director ante lo dispuesto en la Constitución Federal, en el Estatuto de la Ciudad o en las constituciones de los estados federados, siéndole vedado realizar cualquier juicio sobre la proporcionalidad, conveniencia y oportunidad de las decisiones discrecionales que conforman el contenido del Plan Director o, conforme la terminología empleada por la doctrina brasileña, el mérito administrativo de las decisiones<sup>459</sup>.

---

<sup>459</sup> El mérito administrativo se entiende en la doctrina brasileña como un elemento integrante de la actividad administrativa discrecional que se configura en un juicio valorativo del administrador público, en un caso concreto, buscando elegir la mejor solución a la situación presentada, con la intención de satisfacer la finalidad impuesta por la norma. No se encuentra presente en toda la actividad administrativa, al revés, es un elemento integrante de parte de las potestades discrecionales de la Administración Pública. No se puede confundir mérito procesal con mérito administrativo en el ordenamiento brasileño, ya que el primero habla sobre la pretensión que el autor de una demanda deduce en juicio a través del pedido inicial, en cuanto el segundo, es la valoración de la Administración Pública acerca de la utilidad, de la razonabilidad, del acierto y adecuación de una determinada medida administrativa para la solución de una determinada situación concreta. En este sentido CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. II. São Paulo: Forense, 1966, pp. 189 y 190. En este sentido va el entendimiento de MEIRELLES, para quien al poder judicial se le permite analizar todos los aspectos relativos a la legalidad y legitimidad para descubrir y pronunciar la nulidad del acto administrativo donde ella se encuentre, y ante cualquier artificio que la encubra. Lo que no se permite al

Y eso es así, porque tradicionalmente el control del mérito de las decisiones de la Administración Pública debe realizarse por medio del control interno de las propias Administraciones, que es un control preventivo realizado por órganos especiales de la propia Administración; mediante control administrativo, en cuyos casos el órgano fiscalizador pertenece a un ámbito de la administración diverso de aquél practicante de la actuación; y por último mediante recurso administrativo, que es la vía que se pone a disposición de los particulares para provocar el reexamen de los actos administrativos por la propia Administración Pública<sup>460</sup>. De ahí la problemática que se presenta con relación al examen del contenido de los planes ante la obligatoriedad de su promulgación mediante ley en el ordenamiento brasileño.

En el ámbito del ordenamiento español, tras un periodo en que se han sucedido posiciones encontradas<sup>461</sup>, el debate de la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos parece superado: la postura mayoritaria y que hoy es defendida también en el ámbito jurisprudencial, integra los planes urbanísticos en el ordenamiento jurídico con rango normativo reglamentario, en razón de la función primordial que a ellos incumbe, que es “determinar la futura utilización del suelo, clasificar y calificar suelo, conferir derechos e imponer obligaciones a los propietarios del suelo; en resumen, determinar el estatuto de la propiedad”<sup>462</sup>.

En este ordenamiento, los planes urbanísticos manifiestan el carácter de auténticas normas reglamentarias en cuanto subordinados a la ley que traen causa,

---

poder judicial, afirma el autor, es pronunciarse sobre el mérito administrativo, o sea, sobre la conveniencia, oportunidad, eficiencia o justicia del acto, porque, si así actuase estaría emitiendo pronunciamiento de administración, y no de jurisdicción judicial. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55.

<sup>460</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo...op. cit.*, pp. 504 y 505.

<sup>461</sup> Para profundizar en las distintas posiciones de la doctrina véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 180 y 181.

<sup>462</sup> AGOUES MENDIZABAL, Carmen. “Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamento en relación con los planes urbanísticos”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 190, enero/abril 2013, p. 202. La autora completa su explicación indicando que otro argumento a favor de la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos se identifica en su vigencia indefinida y por otro lado que si el plan fuera un acto administrativo no sería posible su derogación o modificación tal cual exige la realidad del planeamiento. En la jurisprudencia encontramos manifestaciones en este sentido, en las cuales también se mencionan los planes de ordenación del territorio: “La doctrina especializada y la jurisprudencia constante de esta Sala viene considerando que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística ostentan la naturaleza de disposiciones de carácter general porque tras su aprobación se incorporan al ordenamiento jurídico, su vigencia y fuerza vinculante permanece de manera indefinida en el tiempo y se consolidan en cada acto de aplicación. También por su específica configuración legal, que expresamente les atribuye los principios de inderogabilidad singular, publicidad y jerarquía normativa, característicos de las disposiciones reglamentarias (artículos 51 y 52 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre ). Por todas, sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2009 (Casación 5100/2005 )”. ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1527/2012 de 8 de marzo (FJ 5). Recurso 2305/2008. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6316765&links=%222305/2008%22&optimize=20120326&publicinterf ace=true> (última consulta agosto de 2015).

integrándose en el ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos relacionados con su finalidad y el ámbito territorial definido para su actuación, de forma que “el anterior no puede conculcar del que trae causa”<sup>463</sup>.

Aunque en el ordenamiento jurídico español los planes presenten indiscutible naturaleza reglamentaria, se prevé en él la posibilidad de que los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas puedan ser recurridos en vía administrativa, además de la posible impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa en los términos prevenidos por la legislación de referencia en la materia, conforme se recoge en el art. 50 de la actual Ley de Suelo española<sup>464</sup>. En este contexto, los legisladores autonómicos quedan facultados para regular los posibles recursos administrativos oportunos ante los actos de aprobación definitiva de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio, contando los administrados de este país, en general, con dos vías para la protección de sus intereses: la administrativa y la contencioso-administrativa<sup>465</sup>.

Reflexionando sobre la solución adoptada por el ordenamiento español, tenemos que, conforme al actual ordenamiento brasileño, la posibilidad de rebajar el rango normativo de los planes de ley a reglamento administrativo no se presenta como la solución más oportuna porque acabaría restringiendo el alcance impositivo de las previsiones de los planes en razón de que, por un lado, se dispone en el apartado 2 del art. 5 de la Constitución Federal que “nadie podrá ser obligado a hacer o dejar de hacer algo sino en virtud de la ley”, de ahí que, siempre que el plan implique la imposición de obligación de hacer o no hacer o la creación de derechos, su

---

<sup>463</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 2608/1989 de 24 de abril. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datamatch=TS&reference=1160217&links=&optimize=20051020&publicinterface=true> (última consulta agosto de 2015). En la cual se adoptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, que determina “(...) los planes urbanísticos tienen el carácter de auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias como subordinadas a la Ley de la que traen causa, las cuales se integran en el Ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos en razón de su funcionalidad y ámbito territorial respectivo, de forma tal que el anterior no puede conculcar aquél del que trae causa”.

<sup>464</sup> Se dispone en el referido precepto: “Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora”.

<sup>465</sup> Los recursos administrativos frente a la aprobación definitiva del plan urbanístico no permiten el examen y control de sus aspectos materiales, el ámbito de actuación de dichos recursos se limita a la verificación de aspectos formales del propio acto de aprobación. Las cuestiones relativas a las determinaciones del plan deben ser objeto de examen ante recurso contencioso-administrativo de acuerdo con lo que se recoge art. 107 apartado 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Para profundizar en la cuestión de la admisión de los recursos administrativos frente a los planes urbanísticos españoles, véase AGOUES MENDIZABAL, Carmen. “Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto (...)”...*op. cit.*, pp. 204-207.

promulgación deberá realizarse mediante ley<sup>466</sup>. En otras palabras, mientras las determinaciones de ordenación territorial y urbanística no sean plasmadas en planes aprobados por ley, el proceso de planificación no pasa de propuestas técnicas y, algunas veces, simplemente administrativas, sin dimensión jurídica<sup>467</sup>.

Por otro lado, y en estrecha relación con lo referido anteriormente, en el ámbito del ordenamiento brasileño, los reglamentos administrativos solamente pueden ser expedidos para la fiel ejecución de lo dispuesto en una ley que técnicamente comporte o exija dicha reglamentación, sin poseer legitimidad para innovar el ordenamiento jurídico determinando nuevos derechos u obligaciones<sup>468</sup>. Además de eso, los preceptos recogidos en reglamentos administrativos solamente vinculan a los agentes de la Administración Pública subordinados al poder ejecutivo que los expidió, no alcanzando directamente a los administrados<sup>469</sup>.

Realizadas tales consideraciones y aunque los planes urbanísticos ostenten rango de ley, en sentido material configuran actos administrativos (de carácter normativo) propuestos por el poder ejecutivo que, por exigencia legal, deben ser aprobados por el poder legislativo, lo que les somete al control político que es característico de la actuación parlamentaria en Brasil y les confiere poderes vinculantes con relación a los particulares<sup>470</sup>.

---

<sup>466</sup> Originalmente se recoge en el referido precepto que: "Art. 5. (...) II. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

<sup>467</sup> La excepción a esta regla general, que implicaría la aprobación de un plan urbanístico mediante reglamento administrativo, se identifica en aquellas hipótesis en que el plan solamente se establece como un medio para ejecutar lo dispuesto en una ley urbanística preexistente, no implicando la creación de nuevos derechos o la innovación del orden jurídico. Actualmente la aprobación de planes con rango de reglamento administrativo solamente se reconoce a dos tipos de planes urbanísticos municipales: el plan de parcelación del suelo con fines urbanos propuesto por particulares, que debe ejecutar lo dispuesto en la ley municipal de parcelación del suelo con fines urbanos, y el plan de operación urbana consorciada, que ejecutará técnicamente las determinaciones contenidas en la ley municipal que aprobará la correspondiente operación urbana.

<sup>468</sup> En Brasil, el reglamento se configura como acto normativo, de competencia privativa del jefe del poder ejecutivo (federal, regional y municipal), para la expedición de normas generales complementarias de ley, en el sentido de dotarlas de operatividad, sin, no obstante, innovar el ordenamiento jurídico creando nuevos derechos. El reglamento es un acto de naturaleza infra-legal meramente auxiliar o secundario, pues se encuentra limitado por los mandatos de la ley. Su reconocimiento en el ordenamiento brasileño se encuentra formalizado en el apartado 4 del art. 84 de la Constitución Federal.

<sup>469</sup> Los administrados solamente quedan vinculados de manera indirecta a los preceptos que les obliguen a relacionarse, en función de lo dispuesto en la ley que necesariamente trae como consecuencia la elaboración del reglamento, con los órganos y los agentes que integran la Administración Pública especificados en él. En este sentido se han pronunciado ATALIBA, Geraldo. "Decreto regulamentar no sistema brasileiro". *Revista de Direito Administrativo*. Núm. 97, julio/septiembre 1969, p. 25; y MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 335.

<sup>470</sup> En sentido contrario, sosteniendo que los planes urbanísticos poseen naturaleza de ley en sentido formal y material, se han manifestado SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 94 y CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 273.

La adopción de tal entendimiento, que viene ganando cada vez más proyección en el ámbito doctrinal<sup>471</sup>, además de posibilitar la impugnación directa de los planes por los particulares mediante el empleo de los instrumentos procesales destinados al control de los actos de la Administración, como son el Mandato de Seguridad, la Acción Popular y la Acción Civil Pública<sup>472</sup>, también torna legítimo, según nuestro entendimiento, el empleo de la vía administrativa por parte de los particulares para pleitear la revisión de las decisiones administrativas que fundamentan y conforman el contenido material de los planes, mediante recurso administrativo.

No obstante el reconocimiento del empleo de recursos administrativos en el ordenamiento brasileño<sup>473</sup>, principalmente para el control de actos administrativos de naturaleza fiscal o relacionados con la seguridad social<sup>474</sup>, en el ámbito de los instrumentos de planeamiento urbanísticos no se ha establecido un procedimiento administrativo especializado, pese a encontrarse recogido en el art. 42 del Estatuto de la Ciudad que los Planes Directores deben establecer por medio de sus preceptos un sistema de acompañamiento y control de su implementación, precepto que, en nuestra

---

<sup>471</sup> En este sentido se han manifestado PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 213; COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado - Planejamento Urbano - Das Constituições aos Tribunais Luso-Brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 295 y ss.; COSTA, Regina Helena. "O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana". *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 24, núm. 51, julio/diciembre 2001, pp. 81-98; FREITAS, José Carlos de. "Plano diretor como instrumento da política urbana". *Ministério Público do Distrito Federal*. Disponible en [http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/pdfs/PLANO\\_DIRETOR\\_INSTR\\_POLITICA\\_URBANA.pdf](http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/pdfs/PLANO_DIRETOR_INSTR_POLITICA_URBANA.pdf) (última consulta agosto de 2015); y BRASIL, Luciano de Faria. "Alguns tópicos sobre Planos Diretores". *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponible en <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/plandir.pdf> (última consulta agosto de 2015).

<sup>472</sup> Para profundizar en los instrumentos de control judicial de las normas de Plan Director, véase la obra de COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado...op. cit.*, pp. 295 y ss.

<sup>473</sup> El fundamento principal del empleo de recurso administrativo en el ordenamiento principal es de índole constitucional y se identifica en los siguientes preceptos: "art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) 34. A todos se asegura, independientemente del pago de tasas: a) el derecho de petición a los poderes públicos en defensa de sus derechos o contra ilegalidad o abuso de poder; (...) 55. A los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se les asegura el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes" (traducción propia). Originalmente: "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder; (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Así mismo, el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública federal se encuentra regulado en la Ley 9.784, de 29 de enero de 1999, en cuyo art. 56 se recoge que de las decisiones administrativas federales cabe recurso ante razones de legalidad y mérito.

<sup>474</sup> En el ordenamiento brasileño la regulación de los recursos administrativos se presenta incompleta ante la ausencia de una ley general del procedimiento administrativo. No obstante, es posible identificar algunos ámbitos jurídicos en los cuales el empleo de recursos ante las decisiones de la Administración Pública es bastante extendido: en el ámbito tributario o fiscal, de la seguridad social y con relación a los derechos de los funcionarios públicos. Para profundizar en las bases teóricas de los recursos administrativos en el ordenamiento brasileño desde un prisma del derecho comparado véase MEDAUAR, Odete. "Recursos administrativos". *Revista dos Tribunais*. Núm. 583, mayo 1984, pp. 9-16.

opinión, avala la creación de órganos con jurisdicción administrativa especial, que funcionarían paralelamente al poder judicial, para recibir recursos administrativos interpuestos por los administrados y decidir sobre el mérito de dichos planes.

En este contexto, considerando la creciente importancia que la legislación urbanística brasileña viene atribuyendo a los planes de ordenación urbanística en cuanto instrumentos que afectan directamente la conformación y el ejercicio de derechos particulares, regulando el crecimiento, consolidación y expansión de las ciudades, identificamos como oportuno el reconocimiento normativo expreso de la vía administrativa para la revisión de los planes urbanísticos. Así mismo, que se promueva una regulación más específica de los parámetros conformadores del control interno de los actos de la Administración, determinando sus medios instrumentales, plazos, órganos decisores y las consecuencias de las decisiones adoptadas por ellos, como por ejemplo, que ante la decisión de efectiva alteración del contenido del plan, se cumplan con algunos requisitos esenciales establecidos en la ley para su aprobación (participación pública, publicidad del contenido del plan y otros), con el objetivo de que cada Administración Pública pueda conformar su estancia decisora y articular dichas determinaciones en los planes de su competencia, conforme a sus particularidades territoriales.

Es importante señalar que la reflexión desarrollada en los párrafos anteriores no tiene la pretensión de agotar la cuestión con relación a todas sus implicaciones y consecuencias prácticas, sino de poner de manifiesto la necesidad de previsión normativa de medios para la revisión y posible impugnación de aspectos materiales de los planes ante la actuación limitada del poder judicial en dicho ámbito y aportar una posible vía de desarrollo que pueda suplir dicha deficiencia o insuficiencia del sistema, sobre la cual la doctrina urbanística o administrativista brasileña aún no se ha manifestado.

Aclaradas tales cuestiones introductorias, avanzaremos en el análisis de los planes de ordenación territorial y urbanística que deben conformar el incipiente y aún en construcción sistema de planeamiento brasileño. En este sentido, siguiendo la intención constitucional de distribuir la actividad de planeamiento entre las distintas esferas de gobierno, consideraremos los planes como federales, regionales y municipales, conforme sigue.

### II.3.2.1. Planes de ordenación federales

Bajo esta categoría se encuentran los planes de ordenación del territorio cuya elaboración y ejecución se atribuye a la Unión en cumplimiento de la competencia prevista en el art. 21 apartado 9 de la Constitución Federal, en el cual se indican los planes de ordenación del territorio nacional y macro-regionales<sup>475</sup>.

Con relación a estos planes, es necesario indicar que: a) Los mismos no cuentan con ninguna previsión normativa acerca de sus funciones y de su posible ámbito material en el ordenamiento brasileño, que la doctrina brasileña aún no ha firmado una posición hegemónica sobre el marco conceptual de la función de ordenación del territorio<sup>476</sup>; b) Las tentativas de elaboración de un posible Plan Nacional de Ordenación en España han fracasado desde su previsión en la Ley del Suelo de 1956 hasta la promulgación de la Constitución española en 1978, en la cual se ha decidido atribuir dicha competencia a las comunidades autónomas y no más al Estado español<sup>477</sup>; y c) La escala nacional o macro-regional no es la más oportuna para el desarrollo de este tipo de plan porque le conduce a un nivel tal de abstracción y alejamiento de la realidad físico-territorial que no tiene sentido o efectividad tratándose de un plan que debe ser operativo.

En razón de esto, nos parece que la elaboración de un plan nacional de ordenación o de planes macro-regionales puede ser dispensable en el caso brasileño y reconducida al tema de la elaboración y puesta en marcha de estrategias territoriales a nivel nacional y macro-regional planteadas en conexión con un posible marco normativo general que recoja directrices para la actuación coordinada de competencias sectoriales, órganos y entidades de la Administración federal y regional, así como programas, planes, políticas y fondos ya establecidos, de manera similar a la

---

<sup>475</sup> En el referido precepto del texto constitucional se determina que: “Art. 43. Para fines administrativos, la Unión podrá articular su acción en un mismo complejo geoeconómico y social, con el objetivo de orientar su desarrollo y reducir de las desigualdades sociales” (traducción propia). Originalmente: “Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”. Para fines de desarrollo económico y social normalmente la Unión viene subdividiendo en territorio brasileño en cinco macro-regiones administrativas: centro-oeste, norte, nordeste, sur y sudeste.

<sup>476</sup> En este sentido véase el debate conceptual recogido en MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL y SECRETARIA DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL (SDR). *Para pensar uma política nacional de ordenamento territorial: Anais da Oficina sobre a Política Nacional de Ordenamento Territorial, Brasília, 13-14 de novembro de 2003*. Brasília: IICA, 2005, pp. 41-60.

<sup>477</sup> LÓPEZ RAMÓN explica que la experiencia española preconstitucional en relación con el Plan Nacional de Ordenación y los Planes Directores Territoriales de Coordinación fue, ante todo, una teoría, una elaboración doctrinal nutrida del estudio de experiencias extranjeras, singularmente de la francesa, que escasamente fue llevada a la práctica. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. “Ordenación del territorio”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 99.

que se viene experimentando en la actualidad en el ámbito de la Unión Europea. En relación con la no esencialidad de un plan nacional GÓMEZ OREA expone que:

“Se aplica a todos los niveles territoriales [la ordenación del territorio]: supranacional, nacional, regional, provincial, comarcal, municipal/local e inferior, mediante un conjunto de planes (instrumentos legales) que la legislación prevé para cada nivel. Tradicionalmente, éstos se desarrollan en cascada, según un proceso de arriba abajo, en el que los de nivel superior y ámbito más extenso, se adoptan como referencia para los de nivel inferior; no obstante, con independencia de la legislación, conceptualmente nada impide que el enfoque y las técnicas de ordenación territorial se apliquen sin considerar tales referencias, siempre que se conozca el espacio a ordenar y se definan las actividades”<sup>478</sup>.

Dicho esto, creemos oportuno señalar que, en la actualidad, aunque desconectados de una estrategia de ordenación del territorio nacional y de modo tangencial, se viene considerando en el ámbito de los planes macro-regionales de desarrollo que se van elaborando en Brasil desde las Superintendencias de Desarrollo Macro-regional, algunos aspectos y elementos relacionados con la ordenación del territorio macro-regional.

Estos planes de desarrollo poseen un pronunciado carácter socio-económico y se centran en la consecución de objetivos relacionados con los intereses de los espacios inter-regionales, en sus políticas de desarrollo específico, en observancia a las directrices nacionales de desarrollo y de los intereses regionales y locales/municipales. En este ámbito, las actuaciones vienen siendo coordinadas por las Superintendencias de Desarrollo de las Macro-regiones del Nordeste, de la Amazonia, del Centro-oeste y del Sur, respectivamente, SUDENE, SUDAM, SUDECO y SUDESUR, cuyas funciones se relacionan con la orientación, coordinación y apoyo técnico y financiero a los municipios que conforman dichas macro-regiones, entre otras actividades, a desarrollar su planeamiento municipal.

Tales directrices nacionales se encuentran recogidas en la Política Nacional de Desarrollo Regional que fue promulgada por medio del Decreto 6.047/2007, de 27 febrero<sup>479</sup>, de la cual se desprende que las políticas macro-regionales presentan, por lo

---

<sup>478</sup> GÓMEZ OREA, Domingo. *Ordenación territorial*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa y Editorial Agrícola Española, 2002, p. 35.

<sup>479</sup> BRASIL. Decreto 6.499, de 20 de março de 2009, que consolida a lei complementar 054, de 23 de dezembro de 2008, às disposições da lei complementar 03 de 30 de dezembro de 1992. Disponible en [http://www.joaopessoa.pb.gov.br/portal/wp-content/uploads/2012/04/planodiretor\\_2009.pdf?7313a9](http://www.joaopessoa.pb.gov.br/portal/wp-content/uploads/2012/04/planodiretor_2009.pdf?7313a9) (última consulta en febrero de 2015).

menos, dos grandes objetivos: la disminución de la desigualdad regional (económica y social) y la promoción de la ocupación del territorio nacional<sup>480</sup>.

Conforme SENRA, en relación con las nuevas políticas de desarrollo regional, sus hitos y características más significativas han sido hasta el momento actual: a) la promulgación de la Política Nacional de Desarrollo Regional y de las meso-regiones diferenciadas; b) la multiplicidad de instituciones públicas dedicadas al desarrollo regional, territorial o local; c) la Política de Territorios de la Ciudadanía<sup>481</sup>; d) la elaboración de planes de desarrollo, para diferentes escalas territoriales<sup>482</sup>.

En la misma época de la promulgación de la Política Nacional de Desarrollo Regional, también fueron adoptadas políticas sociales que han tenido impacto expresivo, desde el punto de vista territorial, principalmente los programas de transferencia de renta, como el 'bolsa familia'; y de infraestructura social, como por ejemplo, el 'luz para todos', que han beneficiado fuertemente las regiones norte y nordeste de Brasil. Otra política regional revalorizada en este periodo fue el fortalecimiento de los 'consorcios intermunicipales', considerada una de las formas institucionalizadas de cooperación regional más difundidas en el país<sup>483</sup>.

De manera específica, la política de integración regional ha resultado, así mismo, en acciones como el Plan Amazonia Sostenible, el Plan de Desarrollo Sostenible del Nordeste, el Plan Estratégico de Desarrollo del Centro-oeste, el Plan Estratégico de Desarrollo del Semiárido y el Plan de Desarrollo Integrado y Sostenible de la Meso-región de los Valles de Jequitinhonha y Mucuri, todos avalados por la ciudadanía de las regiones correspondientes, por medio de la promoción de audiencias, consultas y asambleas locales<sup>484</sup>.

---

<sup>480</sup> MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL; SECRETARIA DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA. *Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2004, pp. 11-13. Disponible en [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=240b7eb3-af5d-458a-ad65-1e9f4d5e9095&groupId=24915](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=240b7eb3-af5d-458a-ad65-1e9f4d5e9095&groupId=24915) (última consulta agosto de 2015).

<sup>481</sup> 'Territorios de la Ciudadanía' es una política pública inaugurada en el año 2008, basada en la experiencia de los 'Territorio Rurales Sostenibles', del Ministerio de Desarrollo Agrario. Dicha política actuó en 120 micro-regiones, básicamente rurales, involucrando a cerca de 1.800 municipios, con mayor incidencia en las regiones norte y nordeste de Brasil. El principal objetivo fue promover el desarrollo económico y universalizar programas básicos de ciudadanía por medio de una estrategia de desarrollo territorial sostenible, integrando acciones entre Gobierno federal, estados federados y municipios.

<sup>482</sup> SENRA, Kelson Vieira. "Cinquenta anos de políticas públicas federais de desenvolvimento regional no Brasil". En FARIA, Rodrigo y SCHVARBERG, Benny (Org.). *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011, p. 188.

<sup>483</sup> PERES, Renata Bovo y CHIQUITO, Elisângela de Almeida. "Ordenamento territorial, meio ambiente (...)"...*op. cit.*, p. 79.

<sup>484</sup> COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado...op. cit.*, p. 94. Para profundizar en

### II.3.2.2. Planes de ordenación regionales

En el actual marco constitucional, a los estados federados se les atribuye competencia concurrente con la Unión para legislar sobre derecho urbanístico, lo que significa, en los términos del art. 24 apartado 1 y sus párrafos, que les incumbe disponer de manera supletoria o suplementaria sobre esta materia, conforme ya se ha señalado anteriormente en un apartado específico del presente estudio. Las Administraciones de los estados están legitimadas para, como mínimo, establecer normas de coordinación de los instrumentos de planificación en el ámbito de sus respectivas regiones, además de su expresa competencia para establecer regiones metropolitanas, que se complementa en razón de lo dispuesto en el Estatuto de Metrópoli, en el cual, se atribuye a las Asambleas Legislativas de los respectivos estados federados la aprobación de los Planes de Desarrollo Urbano Integrado, de acuerdo con lo establecido en el art. 10 de la referida norma.

Así mismo, cualquier duda que pudiera existir con relación a la atribución de competencia constitucional a los estados para elaborar y ejecutar planes de ordenación territorial ha quedado resuelta con la promulgación del Estatuto de la Ciudad, en el cual se reconoce expresamente como instrumento de planificación: los planes regionales de ordenación del territorio y los planes de ordenación de regiones metropolitanas, de aglomeraciones urbanas y de subregiones; cuyos detalles son recogidos en las secciones siguientes.

#### 1. Plan Regional de Ordenación del Territorio:

En el ámbito de las competencias atribuidas a los estados en materia urbanística, les compete administrar, sistematizar y ordenar sus territorios conforme lo recogido en el art. 4 apartado 1 del Estatuto de la Ciudad que, no obstante, no llega a desarrollar el tema. Esto implica la necesidad de promulgación de normativa federal que defina las directrices y los instrumentos de ordenación territorial (planes, programas, medios económicos, etc.) puestos a disposición de todos los estados federados para la ordenación de sus territorios. En este contexto, la promulgación de una ley general de ordenación del territorio desde la Unión se postula de interés en el

---

ello véase también CABEZA, Ángel Massiris. "Ordenación del territorio en América Latina". *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*. Vol. VI, núm. 125, 1 de octubre de 2002. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-125.htm> (última consulta agosto de 2015) y RÜCKERT, Aldomar A. "A Política Nacional de Ordenamento Territorial. Uma política territorial contemporânea em construção". *IX Colóquio Internacional de Geocrítica*. Los problemas del mundo actual. Soluciones y alternativas desde la geografía y las ciencias sociales. Realizado del 28 de mayo al 1 de junio de 2007. Porto Alegre: Universidad Federal del Rio Grande del Sur. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/9porto/aldomar.htm> (última consulta agosto de 2015).

sentido de organizar la ejecución de las competencias sectoriales de la Unión y dotar de uniformidad el tratamiento dispensado por los diversos planes, programas y políticas actualmente vigentes con incidencia sobre el territorio regional, ofreciendo un marco de referencia para la elaboración de planes regionales, que ofrecen la escala idónea para la adecuada integración de los intereses nacionales y locales.

Realizadas estas consideraciones, un plan regional de ordenación pretende constituir el marco orientador de todas las acciones que emprendan las distintas Administraciones sectoriales sobre el territorio de un estado federado, presentando un pronunciado carácter indicativo u orientativo con relación a los particulares y vinculante con relación a la Administración regional, los órganos de planeamiento regionales y subregionales y las Administraciones locales.

Relacionando sus objetivos generales con los propios objetivos de la ordenación del territorio, como materia reconocida en el texto constitucional, los planes regionales de ordenación del territorio deben planificar coherentemente el espacio regional, integrando las diversas actividades económicas y sociales con proyección territorial en los estados federados promoviendo su desarrollo equilibrado, protegiendo y racionalizando la utilización de los recursos naturales, ecológicos, paisajísticos y culturales, con el fin de promover la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos en los respectivos estados federados, considerando siempre las peculiaridades de cada región.

En una aproximación al posible ámbito de actuación del plan de ordenación regional, los estados federados deberán cumplir las directrices de ordenación de su territorio, interviniendo directamente en la regulación de las materias de su competencia, promoviendo su articulación con los municipios y estableciendo una estrategia de incentivos a la iniciativa privada, con el objetivo de: coordinar la ordenación del territorio a nivel regional por medio del establecimiento de directrices para el desarrollo territorial regional; promover la coordinación de los programas regionales de desarrollo económico y social con los objetivos de la ordenación del territorio contenidos en el plan regional; indicar las directrices de regionalización y de zonificación industrial supramunicipal; establecer directrices para el sistema de ciudades y la regionalización industrial, en función de las tendencias regionales del uso y la ocupación del suelo a nivel regional; delimitar las áreas supramunicipales sometidas a determinadas limitaciones o a una adecuada protección o mejora, garantizando la protección de los recursos naturales, como por ejemplo la protección de florestas y bosques, la preservación de cuencas hídricas y sus márgenes, etc.;

determinar directrices y medios para la protección del medio ambiente cultural, del patrimonio histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, etnológico y turístico en ámbito regional; indicar y localizar las infraestructuras básicas supramunicipales y definir el sistema viario regional; determinar los instrumentos de planificación requeridos para el desarrollo de las determinaciones contenidas en el plan regional de ordenación del territorio y la ejecución de sus acciones, especificando las que deban realizarse a través de planes subregionales de ordenación o de los planes urbanísticos municipales; definir las áreas de interés urbanístico especial; y la definición de un sistema de acompañamiento y control del plan que permita detectar la necesidad de revisión o modificación de sus contenidos<sup>485</sup>.

## 2. Plan de ordenación de regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y subregiones: el Plan de Desarrollo Urbano Integrado del Estatuto de la Metrópoli

El recientemente promulgado Estatuto de la Metrópoli, conforme ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, indica entre los instrumentos de desarrollo urbano previstos en su art. 9, el Plan de Desarrollo Urbano Integrado, como principal instrumento de coordinación de las funciones públicas de interés común y de obligada elaboración para las regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas, cuya aplicación se extiende a las subregiones instituidas por los estados federados con fundamento en las funciones públicas de interés común con características predominantemente urbanas <sup>486</sup>.

El referido plan metropolitano deberá recoger las directrices para el desarrollo urbano de la región metropolitana o aglomeración urbana a que esté circunscrito, sirviendo como instrumento principal de coordinación con relación a los demás planes sectoriales interfederativos relativos a la región metropolitana o a la aglomeración

---

<sup>485</sup> En sentido similar SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 126. Así mismo, para la formulación de dicha aproximación al posible contenido material de un plan regional de ordenación también nos hemos apoyado en la legislación urbanística española, de manera específica, en las determinaciones que conformaban originalmente el capítulo III Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se estableció el Reglamento del Planeamiento Urbanístico; y en la doctrina de ÁVILA ORIVE, José Luis. *El suelo como elemento...op. cit.*, p. 215 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 240 y ss.; y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Urbanismo y Ordenación...op. cit.*, pp. 43 y ss.

<sup>486</sup> Se determina en el párrafo 1 del art. 1 del Estatuto de la Ciudad que: “Además de las regiones metropolitanas y de las aglomeraciones urbanas, las determinaciones de esta ley se aplican, en lo pertinente: 1. A las subregiones instituidas por los Estados con fundamento en las funciones públicas de interés común con características predominantemente urbanas” (traducción propia). Originalmente: “Além das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, as disposições desta Lei aplicam-se, no que couber: 1 – às microrregiões instituídas pelos Estados com fundamento em funções públicas de interesse comum com características predominantemente urbanas”.

urbana, como por ejemplo, los planes sectoriales de saneamiento básico, de movilidad urbana, de recogida y disposición final de residuos urbanos, entre otros<sup>487</sup>.

Con relación a su alcance, el art. 12 del Estatuto de la Metrópoli determina que el plan metropolitano deberá englobar el territorio urbano y rural de todos los municipios integrantes de la región metropolitana o aglomeración urbana objeto de regulación jurídica. Así mismo, en el párrafo 1 del referido precepto, se determina como contenido mínimo integrante del Plan de Desarrollo Urbano Integrado, el siguiente: las directrices para las funciones públicas de interés común, incluyendo proyectos estratégicos y acciones prioritarias para inversiones; la macro-zonificación de la unidad territorial; las directrices relativas a la articulación de los municipios en la parcelación, uso y ocupación del suelo urbano; la delimitación de las áreas no urbanizables, garantizando la protección del patrimonio ambiental o cultural, así como de las áreas sometidas a control especial en razón del riesgo de desastres naturales; y la determinación de un sistema de acompañamiento y control de sus determinaciones<sup>488</sup>.

En razón de estas determinaciones, se puede concluir que el plan metropolitano previsto en el Estatuto de la Metrópoli es un instrumento originario, cuya promulgación no depende de la existencia de otro instrumento jerárquicamente superior; de naturaleza mixta, ya que en él se identifican contenidos pertenecientes al

---

<sup>487</sup> En este sentido se recoge en el párrafo 1 del art. 10 del Estatuto de la Metrópoli, donde se determina que observadas las determinaciones del Plan de Desarrollo Urbano Integrado, podrán ser elaborados planes sectoriales interfederativos para políticas públicas orientadas a la región metropolitana o a la aglomeración urbana.

<sup>488</sup> Con relación a la gestión y planificación de áreas metropolitanas en España, asegura DE MIGUEL GONZÁLEZ que en algunas Comunidades, "el desarrollo de la ley por medio de los Planes Territoriales Metropolitanos (genérico), los Planes Territoriales Parciales (Barcelona o Bilbao), los Planes de Acción Territorial (Valencia), o los Planes Regionales de Estrategia Territorial (Madrid), se constituyen como los únicos instrumentos de planificación metropolitana integral de que se dispone hoy en España". Con relación al posible contenido de dichos planes, el referido autor explica que los mismos no presentan el carácter vinculante de clasificación y calificación del suelo que tiene el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU). Este tipo de documento, planifica, para un ámbito espacial bastante aproximado al del área metropolitana funcional, las grandes reservas de suelo, infraestructuras, equipamientos, zonas de actividad, espacios verdes y vivienda en función del criterio de "igualdad de oportunidades urbanas", esto es, de articulación, integración, cohesión y equilibrio metropolitano. Opina el autor que las dificultades con las que se encuentra este instrumento "intermedio" (entre la planificación regional y la municipal), son las referidas a su compatibilización con los documentos de carácter superior e inferior, los Planes Territoriales Generales o Directrices Generales y los PGOU, respectivamente. Sigue explicando que "En el primer caso no suele haber conflicto, puesto que el Plan Parcial es un desarrollo lógico y una desagregación del Plan General. Sin embargo, los planes metropolitanos deben evitar cualquier fricción competencial con los PGOU o las Normas Subsidiarias (en su defecto), por ejemplo el Plan Territorial Parcial de Barcelona debe considerar el planeamiento de los 163 municipios que comprende, pero sin sustituirlo". De ahí que, para el autor, "quizás el verdadero problema es estructural, quizás se carece de una verdadera reflexión sistémica y generalista de objetivos metropolitanos (porque quizás no existen en los criticados Planes Estratégicos), y de esta manera, en ocasiones, el plan metropolitano es el resultado de la suma de situaciones municipales particulares. En un sistema, como el de un área metropolitana, el todo es más importante que la suma de sus partes". DE MIGUEL GONZÁLEZ, Rafael. "Políticas metropolitanas en España: entre urbanismo y ordenación del territorio". *Geographicalia*. Núm. 32, 1995, pp. 57 y 58.

ámbito material de la ordenación del territorio, como por ejemplo la coordinación de competencias sectoriales, y otros relativos al urbanismo, por ejemplo, la macrozonificación del área metropolitana. Con relación a las Administraciones Públicas y órganos de las diferentes esferas administrativas involucrados en la planificación y en la realización de las funciones públicas de interés común, las determinaciones que conforman el referido plan presentan un pronunciado carácter vinculante, y con relación a los particulares, podrán ser vinculantes, principalmente aquellas reguladoras de aspectos urbanísticos, o presentar un carácter indicativo u orientativo.

En el párrafo 2 del referido art. 12 se determina que tanto durante el proceso de elaboración del plan metropolitano, como durante el proceso de fiscalización de su aplicación, se deberá garantizar la promoción de audiencias públicas y debates con la participación de representantes de la sociedad civil y de la población afectada por él; así como la publicidad de los documentos e informaciones producidas en estas fases, que deberán ser debidamente acompañadas en su legítimo desarrollo por el ministerio público.

La aprobación del referido plan de ordenación, conforme se determina en el art. 10 del Estatuto de la Metrópoli, se realizará por medio de ley regional, o sea, por la Asamblea Legislativa del correspondiente estado federado a que pertenezca la región metropolitana o la aglomeración urbana<sup>489</sup>. Además de eso, deberán ser revisados, conforme se indica en el art. 11 del Estatuto de la Metrópoli, cada 10 años.

---

<sup>489</sup> Adoptando una posición crítica en reciente ponencia realizada en el marco del Seminario “Desafíos do Estatuto da Metrópole” promovido por el Instituto brasileño de derecho urbanístico el 6 de marzo de 2015 en la ciudad de São Paulo, PINTO recoge como problemática la determinación de la aprobación del Plan de Desarrollo Urbano Integrado por ley regional ante la decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en septiembre de 2013 en razón de la acción directa de inconstitucionalidad núm.1842/RJ contra la Ley Complementar 87/1997, Ley 2.869/1997 y el Decreto 24.631/1998, promulgados por el estado de Río de Janeiro, en los cuales se instituía la Región Metropolitana de Río de Janeiro, la Subregión de los Lagos y se transfería la titularidad competencial relativa a la prestación de servicios públicos de interés metropolitano al estado de Río de Janeiro. De manera específica, la cuestión central de la referida acción se centraba en la transferencia al estado federado del servicio público de saneamiento básico cuya prestación se atribuye competencialmente a la esfera municipal. En dicha decisión, entre otras cuestiones, el Supremo Tribunal Federal afirma su posición en el sentido de que no compete a la Asamblea Legislativa regional aprobar el plan de ordenación metropolitano, sino a la agrupación de municipios que integra la región metropolitana o la agrupación urbana, como titular de las competencias y funciones metropolitanas. Precedente jurisprudencial, cabe señalar, que no se ha tenido en consideración en la elaboración del Estatuto de la Metrópoli, en el cual se determina justamente lo opuesto a eso. También ha decidido dicho Tribunal que la agrupación de municipios que compone la región metropolitana de referencia, no integra la Administración Pública del estado del Río de Janeiro, valiéndose de la doctrina de CAFFE ALVES, le ha calificado como una autarquía territorial, intergubernamental y multifuncional, dotada de personalidad jurídica de derecho público, a la cual se atribuye autonomía administrativa pero no política, eso significa que no puede ser configurada como una nueva esfera de poder desde el prisma político-territorial. Además de eso, la participación de los municipios y del estado federado en dicha agrupación, al contrario de lo que se determina en el Estatuto de la Metrópoli, se entiende obligatoria. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 1842/RJ, juzgada en 13 de septiembre de 2013. Relator ministro Luiz Fux. Fallo

En el párrafo 4 del art. 10, se indica que dicho plan deberá ser elaborado en el ámbito de la estructura de gobernanza interfederativa de la correspondiente región metropolitana o aglomeración urbana y aprobado internamente, previo envío al correspondiente parlamento regional para su aprobación final, por la instancia colegiada deliberativa de estas unidades territoriales<sup>490</sup>. No obstante dicha indicación, la referida norma no trae ninguna indicación concreta sobre exactamente cómo y quienes deberán integrar la instancia colegiada deliberativa metropolitana o de la aglomeración urbana a quien incumbe las labores de elaboración del proyecto de ley del plan y la aprobación inicial de su texto.

En una aproximación a esta cuestión, considerando la función orientadora de la ejecución de planes y acciones sectoriales de interés común que se verifica en esta clase de plan, entendemos que dicha instancia deliberativa debería estar integrada por los representantes del poder ejecutivo de las Administraciones Públicas locales que conforman el área metropolitana o la aglomeración urbana, acompañados de los representantes de sus órganos de planeamiento y sectoriales (si existen); los representantes de los órganos encargados de la ejecución de competencias sectoriales y sus equipos técnicos (saneamiento básico, recogida de residuos, transportes públicos, aguas, etc.); y la sociedad civil representada por los integrantes de los Consejos Municipales de las ciudades que constituyen el área metropolitano o de la aglomeración urbana en cuestión y del correspondiente estado federado<sup>491</sup>.

---

ministro Gilmar Mendes. Pleno. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1842+RJ%29&base=baseAcordaos> (última consulta abril de 2015). Véase también ALVES, Alaôr Caffé. "Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro". *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal. XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, septiembre de 1998. Disponible en <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes1.htm> (última consulta en abril de 2015).

<sup>490</sup> El art. 8 del Estatuto de la Metrópoli determina que la gobernanza interfederativa de las regiones metropolitana y de las aglomeraciones urbanas comprenderá en su estructura básica: instancia ejecutiva compuesta por representantes del Poder Ejecutivo de los entes federativos integrantes de las unidades territoriales urbanas; la instancia colegiada deliberativa con representación de la sociedad civil; organización pública con funciones técnico-consultivas y el sistema integrado de coordinación de recursos y de prestación de cuentas.

<sup>491</sup> Los consejos municipales y regionales son un instrumento de participación social cuya creación en ámbito local se fomenta desde el Ministerio de las Ciudades en razón de lo dispuesto en el art. 43 apartado 1 del Estatuto de la Ciudad, donde, para garantizar la gestión democrática de la ciudad, deberán ser empleados, entre otros instrumentos, los órganos colegiados de política urbana, en los niveles nacional, regional y municipal. Con relación a la estructura de composición, en la 2ª Conferencia Nacional de las Ciudades, se acordó recomendar que los consejos regionales y municipales de las ciudades garanticen la proporcionalidad de 60% de los miembros de la sociedad civil y 40% del poder público en su composición. Si es posible, deberán participar en dicho órgano entidades y movimientos populares, empresariales, de empleados, entidades profesionales, agentes del ámbito académico y de la investigación y organizaciones no gubernamentales. Para más información véanse las recomendaciones disponibles en <http://www.cidades.gov.br/conselho-das-cidades/conselhos-municipais> (última consulta agosto de 2015).

En los párrafos 2 y 3 del art. 10, se indica que los municipios integrantes de la región metropolitana o aglomeración urbana objeto de regulación no se encuentran exentos de elaborar y aprobar sus Planes Directores municipales, que deberán ser compatibilizados y adecuados a lo dispuesto en los Planes de Desarrollo Urbano integrado. Pese a eso, quedan pendientes de regulación normativa los parámetros, criterios, medios y estancias de coordinación para la promoción de dicha compatibilización, principalmente con relación a la macro-zonificación metropolitana y la macro-zonificación y zonificación municipal, cuya problemática se relaciona con los diversos criterios para clasificar el suelo y los usos del mismo adoptados por cada uno de los municipios en relación con los criterios que se consensuen en el plan metropolitano.

Conforme se determina en los apartados 1 y 2 del art. 21 del Estatuto de la Metrópoli, las regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y subregiones ya existentes deberán elaborar sus planes de desarrollo urbano integral hasta enero de 2018 y las unidades territoriales creadas tras la promulgación del Estatuto de la Metrópoli poseen el plazo de tres años para elaborar sus correspondientes planes de ordenación integral. Tras la elaboración de estos planes, los municipios integrantes de las unidades territoriales en cuestión, cuentan con el plazo de tres años para adaptar sus Planes Directores municipales.

Otra cuestión controvertida en el ámbito de la regulación metropolitana y que sigue pendiente de regulación normativa, se refiere a que, pese al empleo de la figura 'agrupación de municipios' expresamente prevista en el art. 25 párrafo 3 de la Constitución Federal, en el propio texto del Estatuto de la Metrópoli y también en importante sentencia del Supremo Tribunal Federal que decidió sobre la institución de la región metropolitana en el Estado de Río de Janeiro y la atribución de competencia sobre servicios de saneamiento básico con anterioridad a la promulgación de la referida ley marco<sup>492</sup>, la misma sigue sin contar con una regulación jurídica conceptual propia en su condición de persona jurídica a quien se deba dotar de legitimidad para asumir determinadas competencias metropolitanas.

En este contexto cabe señalar que en mayo de 2014 se propuso en el ámbito de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado Federal un proyecto de enmienda a la Constitución que recoge la inclusión en el texto constitucional de los

---

<sup>492</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 1842/RJ, juzgada en 6 de marzo de 2013. Relator ministro Luiz Fux. Fallo ministro Gilmar Mendes. Plenario. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1842+RJ%29&base=baseAcordaos> (última consulta abril de 2015).

arts. 18-A y 159-A y propone la alteración del art. 182 con el objetivo de regular y desarrollar la institución de las regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y subregiones<sup>493</sup>. En dicho articulado se propone el reconocimiento en ámbito constitucional de la necesidad de promulgación de ley suplementaria federal que discipline el instituto jurídico de la agrupación de municipios, así como la determinación de la participación de las agrupaciones de municipios en recetas tributarias específicas como fuente de financiación de dichas instituciones. En consonancia con la anteriormente referida decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal y de manera distinta de la recogida en el Estatuto de la Metrópoli, en dicha propuesta se indica como cauce procedimental para la aprobación del plan metropolitano, el decreto legislativo regional o federal, conforme se trate de región metropolitana, agrupación urbana o microrregión instituida por la Unión o por un estado federado<sup>494</sup>.

Considerando la urgencia para solventar algunas cuestiones pendientes de definición en el Estatuto de la Metrópoli, como por ejemplo la cuestión de la posible fuente de financiación de las entidades metropolitanas y la cuestión de su compatibilización con las posiciones adoptadas por el Supremo Tribunal Federal con relación a cuestiones fundamentales en el ámbito de dicha materia, se espera celeridad en la tramitación del referido proyecto de enmienda a la Constitución.

### **II.3.2.3. Planes urbanísticos municipales**

Es por medio de los planes urbanísticos municipales que las Administraciones locales brasileñas deben determinar las directrices de ordenación de sus territorios, el marco físico de los mismos y sus modelos territoriales. Es a través principalmente del

---

<sup>493</sup> BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda   Constituic o Federal do Brasil núm. 13 de 7 de maio de 2014. Elaborada por el senador de la República Aloyso Nunes Ferreira. Texto completo disponible en <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149868&tp=1> ( ltima consulta en abril de 2015). La situación procedimental de la propuesta de enmienda puede ser consultada en [http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=117428](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117428) ( ltima consulta en abril de 2015, en la cual se indica que la propuesta aguarda la designación de un relator en el ámbito de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado Federal).

<sup>494</sup> De manera literal se indica en el texto que justifica dicha propuesta de enmienda constitucional, que el ejercicio de la función pública del urbanismo por agrupaciones de municipios es común en otros países, pero que no posee precedentes en Brasil. De ahí que la adaptación de las actuales regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones a este nuevo modelo importar  cambios estructurales, pues los servicios metropolitanos deberán ser repasados de los estados para la agrupación de municipios, que deberán ostentar personalidad jurídica propia. En consecuencia, la financiación de estos servicios, se explica, no podrán recaer más exclusivamente sobre el presupuesto regional, debiendo ser compartido con los municipios agrupados. Véase p. 6 y 7 de la propuesta de enmienda a la Constitución Federal de Brasil núm. 13 de 7 de mayo de 2014, elaborada por el senador de la República Aloyso Nunes Ferreira.

Plan Director municipal, instrumento básico de la política urbana, que los municipios brasileños deben regular el uso y la ocupación del suelo urbano, así como su parcelación, la ejecución de edificaciones, la instalación de equipamientos urbanos y también prever la regulación del ejercicio de actividades que afectan la dinámica de dicha área y de los habitantes que en ella residen. Al hacerlo, estarían definiendo el contenido del derecho de propiedad de las parcelas que conforman el ámbito territorial municipal<sup>495</sup>.

Así mismo, deberían incidir en el planeamiento urbanístico municipal las estrategias y previsiones contenidas en los demás planes de ordenación del territorio, estructurando y coordinando la actuación pública en el ámbito local para la consecución de objetivos más amplios que solamente aquellos típicos de la función pública urbanística<sup>496</sup>. Sin embargo, ante la inercia de la Administración Pública federal en promulgar el correspondiente marco normativo para la elaboración de los planes de ordenación territorial conformadores del sistema que se desprende del reparto de competencias establecido en la Constitución, el empleo del planeamiento municipal como instrumento operativo de estrategias integrales de ordenación se mantiene inexplorado, conforme ya se ha puesto de manifiesto.

En este contexto, las Administraciones locales han venido elaborando y poniendo en marcha planes urbanísticos generales, cumpliendo con la obligatoriedad de promulgación impuesta para los municipios con más de veinte mil habitantes determinada en el párrafo 1 del art. 182 de la Constitución Federal, sin contar con la producción de instrumentos de ordenación territorial supramunicipal que, como marcos generales de referencia para las Administraciones locales, también orientasen y dirigiesen el desarrollo de la ordenación urbanística en el ámbito local, señalando en la práctica su ámbito de actuación.

---

<sup>495</sup> Para la conformación de tal definición nos apoyamos en la doctrina urbanística española de CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico...op. cit.*, p. 133, para quien el "Plan urbanístico es, en sentido amplio y según nuestro Ordenamiento jurídico, un acto del poder público que ordena el territorio, estableciendo previsiones sobre el emplazamiento de los centros de producción y de residencia; regula la ordenación y utilización del suelo urbano para su destino público y privado y, al hacerlo define el contenido del derecho de propiedad y programa el desarrollo de la gestión urbanística".

<sup>496</sup> En las palabras de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ nos apoyamos para detallar dicha afirmación: "De forma aproximada, la ordenación del territorio puede caracterizarse como la dimensión de espacio por encima del tradicional enfoque municipal del suelo, a efectos de lograr el progreso económico y el desarrollo sostenible y equilibrado del territorio, la consideración del medio ambiente, la superación de los desequilibrios zonales, la mejor coordinación entre el campo y la ciudad, etcétera. (...) Sólo la ordenación territorial conseguiría la dimensión global que se precisa del espacio o territorio, tanto ordenadora como impulsora de todos estos fines económicos, culturales y ecológicos, una dimensión superior en todo caso a la que proporcionan los instrumentos de planeamiento urbanístico aisladamente considerados". GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Urbanismo y Ordenación...op. cit.*, pp. 37 y 44.

Además de eso, el estado fragmentado y deficiente de la legislación urbanística vigente reguladora de la actividad pública urbanística en el ordenamiento brasileño dificulta seriamente la identificación de la función y del ámbito de actuación del Plan Director municipal, considerado en su condición de instrumento urbanístico originario. Esto conlleva a que la conformación de conclusiones que parecen lógicas y coherentes con los fundamentos y principios básicos del derecho urbanístico, como las presentadas al principio del presente apartado, configuren un verdadero ejercicio de interpretación, ya que no se presentan de manera inequívoca en los preceptos que conforman las normativas de referencia en la materia.

La deficiente regulación general del Plan Director municipal y la insuficiente previsión de otros instrumentos urbanísticos municipales en la vigente legislación, además de integrar la problemática que se vincula al estado actual de conformación del régimen jurídico del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana, también despliega sus efectos negativos sobre la conformación de un sistema integral de planeamiento <sup>497</sup>. La identificación o determinación de un posible sistema jerarquizado de planes urbanísticos municipales, los cuales aparecen como desarrollo unos de los otros, de forma tal que el inferior complementa y detalla las determinaciones fijadas en el ámbito superior, sin contrariar o modificar su contenido, en los moldes de lo previsto en el ordenamiento jurídico español<sup>498</sup>, no es posible en el actual marco normativo brasileño.

---

<sup>497</sup> En este sentido afirma PINTO que particularmente, con relación a los planes urbanísticos, no se ha realizado en Brasil una regulación jurídica adecuada de la materia. No han sido identificados los planes que deben ser elaborados, sus respectivos contenidos, formas de presentación o procesos de elaboración. También afirma el autor que el Plan Director no ha contado aún con determinaciones normativas suficientes que definan su contenido y que la ausencia de un principio de tipicidad de los planes ha tumultuado la política urbana, impidiendo la conformación de un sistema de planes de ordenación urbanística. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 200 y ss. De manera similar, afirma DI SARNO que es altamente improbable que una ciudad sea capaz de organizar sus funciones urbanísticas por medio de un abordaje tan sucinto de planes urbanísticos como los que ahora se dispone explícitamente en la legislación de referencia sobre la materia. DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manoele, 2004, p. 64.

<sup>498</sup> Desde la promulgación de la primera ley del suelo española en 1956 se viene aplicando en este país técnica normativa de carácter bifásico, consistente en la fijación de las líneas maestras del posible contenido del derecho de propiedad de manera abstracta por medio de dichas leyes de suelo y por las leyes urbanísticas de las comunidades autónomas y la remisión a los planes urbanísticos de la concreción en el espacio del contenido de dicho derecho con relación a cada parcela. Conforme a este sistema, se prevé la articulación jerárquica de los diversos planes, los cuales aparecen como desarrollo unos de los otros, de forma tal, que "el inferior no puede, en consecuencia, conculcar aquél del que trae causa", en palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 49. Sobre la jerarquía de los planes en el ordenamiento jurídico español véase también CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico...op. cit.*, pp. 140-142; y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano y MUÑOZ MACHADO, Santiago. "El planeamiento urbanístico". En MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dir.). *Tratado de derecho municipal*. Tomo III. 3ª Ed. Madrid: lustel, 2011, p. 3.296 y ss.

Ante la ausencia de legislación federal y o regional que disponga sobre la tipología y jerarquía de los planes urbanísticos en el ámbito municipal confiriendo un tratamiento homogéneo a la materia, en la práctica, cada municipio, por medio de sus leyes orgánicas, ha legislado (cuando lo han hecho expresamente) sobre posibles planes o leyes de desarrollo de las previsiones contenidas en el Plan Director<sup>499</sup>. La doctrina urbanística brasileña ha venido secundando dicha actuación, reconociendo la posibilidad de elaboración y aprobación de otros planes urbanísticos, aunque con algunas discrepancias conceptuales y terminológicas entre sus principales representantes<sup>500</sup>.

A modo de ejemplo de la atomización del sistema de planeamiento en el ámbito municipal, podemos citar lo dispuesto en la Ley Orgánica del Municipio de São Paulo, en la cual se determina que el proceso general de planeamiento está conformado por el Plan Director, el Plan Plurianual y los planes sectoriales, regionales, locales y específicos (art. 144). En el otro extremo, tenemos por ejemplo, la Ley Orgánica del Municipio de Teresina, en la cual se determina la necesaria elaboración de un plan de desarrollo integrado, del Plan Director de Desarrollo Urbano, del Plan Plurianual, de una ley de directrices presupuestarias y del Presupuesto Anual (art. 162), ausente cualquier previsión normativa que mencione o detalle la posible elaboración de planes de desarrollo derivados del Plan Director.

---

<sup>499</sup> En este sentido, explica MUKAI que para entender el sistema de planes urbanísticos adoptado en ámbito municipal, con arreglo al actual nivel de previsión normativa sobre el tema, se deberá revisar la Ley orgánica, también conocida como 'Constitución municipal', de cada ciudad brasileña. La gran mayoría de ellas contemplan y prevén de manera genérica el planeamiento urbanístico; algunas refiriéndose expresamente al Plan Director. MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, pp. 306 y 307.

<sup>500</sup> En este contexto, por ejemplo, SILVA entiende que la ejecución material de las determinaciones contenidas en el Plan Director puede exigir la expedición de leyes especiales, de reglamentaciones previstas o necesarias, así como de otros planes urbanísticos en él exigidos. Conforme a la propuesta elaborada por el referido autor, tendríamos, en el ámbito municipal, en la cúspide de la pirámide el Plan Urbanístico General, que se concretaría en las previsiones que conforman el Plan Director municipal; en un segundo escalón, estarían los planes urbanísticos ejecutivos, entre los cuales se destaca el Plan Parcial; y por último, los planes especiales, de los cuales formarían parte los planes urbanísticos de renovación urbana, las operaciones urbanas consorciadas, los planes urbanísticos de áreas destinadas a polígonos o distritos industriales y planes urbanísticos de obras de gran impacto, entre otros. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 146. Adoptando una terminología distinta, MUKAI afirma que al lado del plan urbanístico general, en referencia al Plan Director, conviene observar la existencia de planes especiales y planes sectoriales, tales como los de renovación urbana, de distritos o polígonos industriales, de áreas de interés ambiental o cultural, etc. MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 306. De manera distinta a los anteriores autores, MEIRELLES entiende que está, por un lado, el Plan Director, y por el otro, otros instrumentos urbanísticos (planes de expansión de barrios, planes de urbanización o lotificación, planes de reurbanización, etc.) que no se confunden con aquél, pues, aunque sigan sus directrices, pasan a constituir actos autónomos y concretos de la Administración y, pese a ser aprobados por ley, cuando deberían ser por reglamento, pueden ser objeto de impugnación judicial cuando sean perjudicialmente incidentes sobre la propiedad particular, por medio de Mandato de Seguridad. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 562 y 563.

La crítica situación en la cual se encuentra el sistema de planeamiento urbanístico municipal en Brasil se debe principalmente a la ausencia de un marco normativo integral que trate de manera pormenorizada la materia<sup>501</sup>.

Realizado un avance de las principales problemáticas que hemos identificando con relación a la regulación normativa del planeamiento municipal – la deficiente regulación del Plan Director municipal y la ausencia de un sistema jerarquizado de planes urbanísticos municipales –, en los próximos apartados trataremos de profundizar en el análisis de los aspectos que confirman el estado de estas cuestiones, identificando aquellos que despliegan fundamentalmente sus efectos sobre el objeto central del presente estudio, el régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana, conformando, así mismo, posibles aportaciones para la mejora del sistema.

Para ello, nos proponemos responder en los próximos apartados a las siguientes indagaciones: ¿Cuál es la actual configuración del Plan Director municipal? ¿Qué contenidos deben necesariamente integrar dicho plan? ¿Cuál la relación que se establece en la práctica de las Administraciones locales entre el Plan Director y otras leyes de derecho urbanístico promulgadas en ámbito municipal? ¿Qué otros planes urbanísticos, aparte del Plan Director, encuentran previsión en la legislación urbanística de referencia?

#### **II.3.2.3.1. La previsión constitucional del Plan Director**

Cuando la Asamblea Constituyente inició sus trabajos para la elaboración del actual texto constitucional en el año 1987, ya había en Brasil un conjunto de factores que convergían para que el planeamiento urbano y el derecho urbanístico se tornasen, por fin, objeto de regulación normativa a nivel nacional.

El planeamiento urbano, pese a toda la tecnocracia que caracterizó los planes directores impulsados por el régimen militar, había recibido un fuerte impulso durante esta época con la creación del SERFHAU y del Banco Nacional de la Habitación, sobre los cuales volveremos a incidir en lo relativo a las políticas de acceso al suelo urbano objeto de análisis en el próximo capítulo. El SERFHAU, tras su extinción en 1974, fue substituido por el Consejo Nacional de Política Urbana, cuyo nombre no

---

<sup>501</sup> La situación brasileña se pone de manifiesto ante las palabras de LÓPEZ RAMÓN, para quien “Sin planes que lleven a cabo la política urbanística en las diferentes ciudades no hay verdadero urbanismo, aunque existan algunos fenómenos urbanos regulados directamente en la legislación urbanística”. LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción al derecho urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 95.

tardó en ser alterado, denominándose ‘Consejo Nacional de Desarrollo Urbano’ (CNDU), que sí ha desarrollado un papel importante en el panorama de la constituyente<sup>502</sup>.

El CNDU inició sus trabajos aún en el año 1974 con la elaboración de un proyecto de ley de desarrollo urbano. Dicha actividad culminó en el año 1983 con la presentación por el Poder Ejecutivo Federal al Congreso Nacional, del proyecto de ley 775, cuya tramitación fue interrumpida por el inicio de los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente. No obstante, dicha labor no fue en vano, el contenido del referido proyecto de ley ejerció gran influencia en todas las discusiones posteriores que se dieron en el ámbito de la Asamblea Nacional Constituyente, repercutiendo incluso, en la redacción del propio texto constitucional<sup>503</sup>.

Además de eso, en el año 1985 tomó posesión el primer presidente civil de Brasil tras el fin del régimen militar. El referido mandatario compuso su gobierno con fuerzas políticas opositoras y disidentes del anterior régimen dictatorial, que han reconocido el destacado papel de la política urbana para el desarrollo del país por medio de la creación del Ministerio de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente durante esa etapa política.

Establecida esta coyuntura favorable a la institucionalización de la política urbana y del planeamiento urbanístico, se puede afirmar, con PINTO, que la decisión de incluir su regulación en el propio texto constitucional se tomó con la aprobación del Régimen Interno de la Asamblea Nacional Constituyente, a principios del año 1987. En el referido documento se estableció un proceso descentralizado de elaboración del texto de la Constitución Federal, según el cual, se establecieron 8 comisiones temáticas divididas en 24 subcomisiones. De manera específica, a una de estas subcomisiones se encargó la regulación de materias relativas a la cuestión urbana y a los transportes, incluida en el ámbito de actuación de la comisión encargada del establecimiento del orden económico<sup>504</sup>.

Durante el proceso de la constituyente, la ‘Subcomisión de Cuestiones Urbanas y Transportes’, así se la nombró, realizó 8 audiencias públicas y 8 reuniones internas, recibiendo sugerencias de 54 entidades representativas de distintos sectores de la

---

<sup>502</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 87.

<sup>503</sup> Ídem.

<sup>504</sup> El texto original que recoge el Régimen Interno de la Asamblea Nacional Constituyente está disponible para consultas en [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicaocidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicaocidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembleia-nacional/resolucao-2-1987) (última consulta mayo de 2015).

sociedad. Durante las audiencias públicas se verificó un nivel de participación ciudadana sin precedentes en la historia brasileña, situación que propició la recogida y la consideración en el proceso de gran parte de los distintos posicionamientos y de las principales preocupaciones de la sociedad de aquella época<sup>505</sup>. La aprobación de la redacción final del capítulo fue pactada entre todos los partidos políticos, recibiendo para su aprobación 322 votos favorables, un único voto contrario y tres abstenciones<sup>506</sup>.

La base del actual texto de la Constitución Federal se remonta a una enmienda colectiva presentada por un grupo de parlamentarios de distintos partidos, conocido como 'Centrão', que se encontraba insatisfecho con el proyecto de ley presentado por la Comisión Constitucional de Sistematización, encargada de promover la consolidación de los textos elaborados por las demás comisiones sectoriales<sup>507</sup>. La enmienda propuesta por el grupo parlamentario 'Centrão' presentaba, en efecto, un nuevo proyecto de Constitución.

En este proyecto se proponían como objetivos de la política de desarrollo urbano promover la ordenación del pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes. Se determinaba que la referida política debería ser ejecutada por el poder municipal, conforme a lo dispuesto en directrices generales fijadas en ley. Así mismo se determinaba como instrumento básico de la política de desarrollo y expansión urbana el Plan Director, que debería ser aprobado por las Cámaras Municipales, siendo obligatoria su promulgación en las ciudades con más de veinte mil habitantes. Se atribuía legitimidad a la población local, cuando estuviera representada por el cinco por ciento de su electorado, para proponer proyectos de ley de interés específico para la ciudad o sus barrios<sup>508</sup>.

---

<sup>505</sup> FERNANDES, Edésio. "Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implantando a agenda da reforma urbana". *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Vol. 7, núm. 42, noviembre/diciembre 2008, p. 50.

<sup>506</sup> Así se recoge en el discurso proferido por el Presidente de la Constituyente, Ulises Guimarães, al colocar en votación la enmienda que vendría a promulgar el texto constitucional de 1988. En *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 03.05.1988, p. 10.161. Disponible en [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios\\_anc](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios_anc) (última consulta mayo de 2015).

<sup>507</sup> Los principales documentos y actas producidos en el ámbito de la Comisión de Sistematización pueden ser consultados en la página web de la Cámara de Diputados de Brasil: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/copy\\_of\\_comissao-de-sistematizacao](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/copy_of_comissao-de-sistematizacao) (última consulta mayo de 2015).

<sup>508</sup> MUKAI, Toshio. "Política urbana e constituinte". *Folha de São Paulo*. 30 de julio 1988, p. 18.

También se recogía en el referido proyecto que la propiedad privada urbana cumpliría su función social cuando atendiese a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director<sup>509</sup>. Y que las expropiaciones de inmuebles urbanos deberían realizarse mediante previa y justa indemnización pagada en metálico. Por último se proponía facultar al poder público municipal, mediante ley específica, para cualquier área incluida en el Plan Director, legitimidad para exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado o no utilizado, que promoviese su adecuado aprovechamiento, so pena, sucesivamente, de parcelación o edificación compulsorios, impuesto progresivo en el tiempo y expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal<sup>510</sup>.

Centrándonos en el análisis de los pronunciamientos de los diputados que participaron de los debates que han definido los contenidos que vinieron a conformar el capítulo constitucional de la política urbana, es posible extraer algunas conclusiones acerca de las concepciones e intenciones que han justificado las decisiones plasmadas en los preceptos constitucionales adoptados. De manera específica, son esclarecedores los pronunciamientos, indicados en la obra de PINTO, del diputado Luis Roberto Ponte (integrante del Partido del Movimiento Democrático Brasileño del Estado de Rio Grande del Sur) uno de los parlamentarios que tuvo mayor influencia sobre esta materia:

“¿De qué necesita una ciudad, literalmente, para resolver su cuestión urbana? Primero, contar con un plan de desarrollo urbano que sea elaborado por la comunidad, a través de sus representantes, que es la Cámara de Concejales. (...) Todo el terreno de la ciudad ya posee, por sí solo, una limitación al derecho de construir inherente e innata a la propia conceptualización de ciudad y del plan director de desarrollo urbano. Lo que necesita, cada ciudad, es contar con su plan director de desarrollo urbano. En esta unidad territorial de la ciudad solamente se realizará tal tipo de actividad, solamente se construirá dos veces la cantidad del terreno, solamente se podrá ocupar un porcentaje de su terreno, solamente se podrá edificar en determinada altura, decidida en conjunto con la sociedad, por la sociedad, por medio de sus representantes”.<sup>511</sup> (traducción propia).

---

<sup>509</sup> Con relación a esta determinación, FERNANDES nos informa que la misma parece responder a intereses conservadores que buscaban por medio de la vinculación de la función social a la aprobación de leyes municipales de planeamiento urbano, hasta entonces, limitadas y ampliamente ineficaces en lo que dice respecto al poder del planeamiento urbano de revertir las condiciones históricas de desarrollo urbano excluyente de país, transformar este principio en una mera figura retórica. FERNANDES, Edésio. “Política urbana na Constituição Federal de 1988 (...)”...*op. cit.*, pp. 48-57.

<sup>510</sup> BRASIL. Emenda Coletiva 2.043. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 3 de mayo de 1988, p. 10.158. Disponible en [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao/cidadada/publicacoes/diarios\\_anc](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao/cidadada/publicacoes/diarios_anc) (última consulta mayo de 2015).

<sup>511</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...**op. cit.*, p. 91. Los debates originales se encuentran recogidos en *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, 27.07.1987, pp. 123 y 37. Disponible en

De este antecedente, se puede llegar a algunas conclusiones sobre la voluntad de los legisladores en el proceso constituyente de 1988: queda claro que el concepto de Plan Director que ellos manejaban hacía referencia a un plan estrictamente urbanístico cuyas determinaciones deberían incidir sobre el derecho de propiedad del suelo. El modelo de plan que proponían ellos no se correspondía al de un plan genérico o programático, tipo los *master plans* americanos, sino que guardaba importantes similitudes con los planes urbanos desarrollados en Europa<sup>512</sup>.

Al final, se recogió en el texto constitucional, en el capítulo de la política urbana, más específicamente en el art. 182 y sus párrafos, de manera muy similar a la que conformaba el proyecto presentado por el grupo 'Centrão', que: a) La política de desarrollo urbano debe ser ejecutada por el poder público municipal, conforme a directrices generales fijadas en ley y tiene como objetivo ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes; b) El Plan Director configura el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana, que debe ser aprobado por la Cámara Municipal y es obligatorio para las ciudades con más de veinte mil habitantes; c) La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director; y d) La posible aplicación de una serie de instrumentos inductores del cumplimiento de la función social de la propiedad y otros sancionatorios, para los casos de manifiesto incumplimiento, que serán objeto de detenido análisis en el próximo capítulo<sup>513</sup>.

---

[http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicaocidade/publicacoes/diarios\\_anc](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicaocidade/publicacoes/diarios_anc) (última consulta mayo de 2015). Originalmente: "De que precisa uma cidade, literalmente, para resolver sua questão urbana? Primeiro, ter um plano diretor de desenvolvimento urbano que seja feito pela comunidade, através dos seus representantes, que é a Câmara de Vereadores. (...) Todo terreno na cidade já tem, por si só, uma limitação do direito de construir inerente e inata à própria conceituação de cidade e do plano diretor de desenvolvimento urbano. O que precisaria, cada cidade, é ter o seu plano diretor de desenvolvimento urbano. Nesta unidade territorial da cidade só se vai fazer tal tipo de atividade, só se vai construir duas vezes a quantidade de terreno, só se vai poder ocupar uma porcentagem do seu terreno, só se vai poder edificar uma altura tal, decidida em conjunto com a sociedade, pela sociedade, através dos seus representantes".

<sup>512</sup> En sentido similar PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 91.

<sup>513</sup> Se recoge en el art. 182 de la Constitución Federal de Brasil que: "La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el poder público municipal, de acuerdo con las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes. Párrafo 1. El plan director, aprobado por la Cámara Municipal, obligatorio para ciudades con más de veinte mil habitantes, es el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana. Párrafo 2. La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el plan director. Párrafo 3. Las expropiaciones de inmuebles urbanos serán hechas con previa y justa indemnización en dinero. Párrafo 4. Se permite al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el plan director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: 1. Parcelación o edificación obligatorias; 2. Impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo; 3. Expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el

Centrándonos en la identificación del concepto y de la función que el Plan Director asume conforme a lo dispuesto en el texto constitucional, de lo recogido en el precepto arriba detallado, se puede llegar a dos conclusiones relacionadas con estos objetivos: a) La configuración del Plan Director como instrumento básico del planeamiento urbanístico señala hacia la posibilidad de que otros instrumentos urbanísticos pueden ser promulgados para detallar o pormenorizar sus determinaciones, conformando un sistema de planeamiento centrado en la figura del Plan Director y b) Las exigencias de ordenación recogidas en el Plan Director determinan la función social de la propiedad, o sea, el objetivo fundamental de elaboración del Plan Director es recoger la función social de la propiedad urbana<sup>514</sup>.

Además de eso, del reparto de competencias determinado en la Constitución Federal, se puede extraer que el concepto de plan que se emplea es el de un plan de contenido urbanístico. Ya que la ordenación del territorio y otras materias sectoriales, se encargan legislativamente y materialmente a la Unión o a los estados federados, a los municipios se les encomienda promover la ordenación del territorio urbano mediante planeamiento y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano<sup>515</sup>. De ahí que, promoviendo una lectura conjunta de los preceptos relativos a la política urbana y de los que determinan el sistema de reparto de competencias, es posible concluir que la ordenación del territorio urbano recogida en el Plan Director debe planificar y controlar el uso, la parcelación y la ocupación del suelo urbano, materias éstas que deben integrar necesariamente su contenido.

No obstante, retomada la práctica de la elaboración de planes urbanísticos tras la promulgación de la Constitución Federal de 1988, principalmente en razón de la exigencia constitucional de elaboración de Planes Directores por parte de ciudades

---

Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales”.

<sup>514</sup> Profundizando en la cuestión de la operatividad de la función social de la propiedad en el ámbito del Plan Director, nos parece oportuno traer a colación las explicaciones de ALFONSIN y FERNANDES que nos advierten de que es necesario entender que el plan urbanístico municipal es mucho más que un instrumento técnico y/o método de organización territorial, que él conforma el proceso sociopolítico por el cual se determina y se rellena el contenido para el ejercicio de los derechos individuales de propiedad inmobiliaria urbana. ALFONSIN, Betânia y FERNANDES, Edésio. “Estatuto da Cidade: razão de descrença ou otimismo? Adicionando complexidades à reflexão sobre a efetividade da lei”. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Vol. 8, núm. 47, septiembre/octubre 2009, p. 22.

<sup>515</sup> En este sentido, PINTO afirma que los aspectos sociales y económicos deberán ser considerados durante el proceso de elaboración del referido instrumento, como componentes integrantes del diagnóstico que le servirá de base, pero no deben ser objeto inmediato de los preceptos del plan. Los temas urbanísticos deben ser analizados conjuntamente con una serie de otros aspectos, como la economía, las políticas públicas sectoriales, el sistema de transportes y la red de saneamiento municipal, pero el contenido del plan debe ser urbanístico. Además de eso, para el autor, la integración entre las diferentes políticas sectoriales no tiene por qué quedar necesariamente plasmada en un documento dotado de coercibilidad jurídica, como es el caso del Plan Director. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 95.

con más de veinte mil habitantes, las Administraciones locales han elaborado y promulgado documentos orientados por las más diversas concepciones, que han conllevado la adopción de las más diversas formas, metodologías y nomenclaturas, como por ejemplo, planes de gobierno, directrices de ordenación, planes de desarrollo económico, planes de zonificación, planes urbanísticos, etc.<sup>516</sup> La práctica de regular aspectos urbanísticos en leyes municipales independientemente de un posible sistema de planeamiento orientado por la función social de la propiedad, siguió realizándose de manera extendida por todo el país.

En el marco constitucional, la manera de proceder del legislador local encuentra explicación y justificación en algunas de las cuestiones que hemos suscitado anteriormente en el presente estudio con relación a las decisiones del legislador constitucional, conforme pasamos a analizar:

1. Al vincular la concreción de la función social de la propiedad a la ordenación expresada en el Plan Director, el legislador constitucional encarga al legislador local la tarea de definir el alcance y la manera con que la función social de la propiedad operará sobre el derecho de propiedad privada de los inmuebles incluidos en el territorio municipal.

En razón de esta delegación al legislador local de la definición de la configuración y concreción de la función social de la propiedad, muchos de ellos han tomado como base conceptos de las más diversas orientaciones, entre ellos, que la función social de la propiedad constituía un mero límite externo al ejercicio del derecho de propiedad, lo que resultó en la elaboración de planes programáticos que no llegaban a definir el destino urbanístico de las propiedades privadas urbanas. En muchos de estos planes, la función social de la propiedad aparecía vinculada a una serie de valores relacionados con la justicia social, igualdad de oportunidades, mejor

---

<sup>516</sup> En el estudio desarrollado por GUSHIKEN sobre los Planes Directores elaborados en Brasil durante los años de 1988 a 1991 o sea, con relación a los planes aprobados inmediatamente después de la promulgación de la Constitución Federal, se presentan datos que reflejan el absurdo panorama que se instaló con relación a la implementación del instrumento 'básico de planeamiento urbano' previsto en el texto constitucional. En el referido estudio se indica que el 73% de estos Planes traían un contenido multisectorial, comprendiendo todos los sectores de la Administración Pública municipal, con énfasis en los aspectos físico-territoriales; 50% de ellos determinaban la realización de actualizaciones cada 4 o 5 años, algunos estipulaban un plazo de vigencia de 10 a 20 años; 67% englobaban todo el territorio municipal; 60% determinaban solamente directrices generales, remitiéndose a etapas posteriores de desarrollo, por medio de la elaboración de planes sectoriales y leyes urbanísticas específicas, para la consecución de los objetivos declarados en el plan; 25% presentaban directrices y leyes urbanísticas reunidas en un único documento y 13% presentaban leyes urbanísticas o solamente regulaban el uso y la ocupación del suelo. La autora explica que la gran mayoría de estos planes mencionaba los instrumentos sancionatorios aplicables ante el incumplimiento de la función social de la propiedad recogidos en la Constitución Federal pero no regulaba su efectiva utilización. GUSHIKEN, Shirley Hitomi. "Planos diretores no Brasil: uma avaliação após a Constituição de 1988". *Disertación (Máster)*. Universidad de Brasilia: Brasilia, 1994, tomado de PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 99, nota 40.

distribución de rentas, etc., sin que se definiesen medios (obligaciones y deberes) que conllevasen a posibles resultados materiales, lo que también explica la amplitud de materias no urbanísticas que también conformaban el contenido de dichos planes (temas sociales, educacionales, sanitarios, económicos, etc.)<sup>517</sup>.

2. El mantenimiento de la propiedad privada como un derecho fundamental también ha influido en la elaboración de los planes urbanísticos postconstitucionales en la medida en que, conforme se ha explicado en el anterior capítulo, en los primeros años de la promulgación de la Constitución Federal, ante la ausencia de una teoría de los derechos fundamentales consolidada en el ordenamiento brasileño, el Supremo Tribunal Federal entendía que las normas constitucionales eran programáticas y que no podían ser directamente aplicadas en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Conforme a esta posición, la efectividad del principio de la función social de la propiedad sobre inmuebles privados dependía de la promulgación de leyes infraconstitucionales<sup>518</sup>. De ahí que muchos legisladores locales se remitían al principio de la función social de la propiedad para recomendar una serie de comportamientos positivos a los propietarios a la espera de la promulgación de una normativa de

---

<sup>517</sup> Tal situación se confirma al analizarse, por ejemplo, lo previsto en la Ley Orgánica de la ciudad de Fortaleza, en la cual se recoge, en su art. 151 que el poder público considerará que la propiedad cumple su función social, cuando ella asegure la democratización del acceso al suelo urbano y a la vivienda, se adapte a la política urbana del Plan Director, equipare su valorización al interés social y no sea utilizada para especulación inmobiliaria. En el art. 157 de la referida ley, se determina que la Administración local deberá elaborar su 'Plan Director de Desarrollo Urbano Integrado', considerando temas relativos a la vivienda, trabajo y ocio como actividades esenciales al desarrollo de la vida colectiva, englobando de manera conjunta los aspectos siguientes: a) económico, que deberá disponer sobre el desarrollo económico y la integración de la economía municipal a la regional; b) social, que deberá contener normas orientadas a la promoción social de la comunidad y la creación de condiciones para el bienestar de la población; c) físico-espacial, que deberá contener determinaciones sobre el sistema viario de la ciudad, la zonificación ambiental, la red de equipamientos y servicios locales; d) administrativo, que deberá determinar normas de organización institucional que posibiliten la permanente planificación de las actividades públicas municipales y su integración con los planes regionales y nacionales. BRASIL. Lei Orgânica do Município de Fortaleza. Disponible en <https://www.leismunicipais.com.br/lei-organica-fortaleza-ce> (última consulta agosto de 2015).

<sup>518</sup> En relación con esto, FERNANDES identifica como el aspecto más relevante del derecho urbanístico brasileño la relación que se adopta entre el derecho de propiedad y la intervención pública en el ámbito de la propiedad privada, de manera específica, afirma el autor: "En este contexto, creo que el tema más importante acerca del derecho urbanístico en Brasil es de naturaleza conceptual. Se trata del 'conflicto latente' que viene existiendo desde hace mucho acerca de la concepción de los derechos de propiedad – y la correspondiente intervención estatal en el ámbito de la propiedad privada urbana –, mas aún que los aspectos meramente técnicos y los instrumentos legales necesarios para el planeamiento urbano. Pese a que la regulación de nuevos instrumentos sea de gran importancia, el primer punto a ser considerado es seguramente la redefinición del marco conceptual sobre la materia, ya que la utilización del contenido de cualquier legislación progresista estará siempre limitado por la supervivencia de viejos principios de interpretación judicial" (traducción propia). Originalmente: "Neste contexto, creio que o tema mais importante acerca do Direito Urbanístico no Brasil é de natureza conceitual. Trata-se do 'conflito latente' que tem existido há muito em torno da concepção dos direitos de propriedade – e a questão correspondente da intervenção estatal no campo da propriedade privada urbana –, mais do que dos aspectos meramente técnicos e os instrumentos legais necessários para o planejamento urbano. Embora a criação de novos instrumentos legais seja de grande importância, o primeiro ponto a ser considerado é seguramente a redefinição do marco conceitual sobre o tema, mesmo porque o uso do conteúdo de qualquer legislação progressista estará sempre limitado pela sobrevivência de velhos princípios de interpretação judicial". FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 213 y 214.

desarrollo que orientase su actuación, que solamente vino a materializarse en el año 2001 por medio del Estatuto de la Ciudad.

Así mismo, ha contribuido a la conformación de dicha situación que, aún en la década de los años 90, algunas instituciones especializadas en materia urbanística hayan ofrecido a las Administraciones municipales diferentes orientaciones metodológicas y conceptuales al respecto del Plan Director y de su elaboración. Veamos cuales han sido las orientaciones difundidas por las principales instituciones del país.

El Centro de Estudios e Investigaciones de la Administración Municipal (CEPAM), órgano del Gobierno del estado de São Paulo, cuyo principal objetivo es asesorar a los municipios de dicho territorio, definió conceptualmente el Plan Director como un instrumento municipal integral, que debería englobar aspectos sociales, económicos, fiscales e institucionales. Su elaboración se llevaría a cabo mediante diferentes etapas: se iniciaría con un análisis preliminar; seguiría con la organización de un plan de acción inmediata o, en casos más complejo, por medio de un plan de desarrollo local integrado. La implementación del plan dependía de la promulgación de otras leyes municipales, de la elaboración de distintos planes sectoriales (transportes, saneamiento, vivienda, etc.) y de la previsión de los recursos necesarios<sup>519</sup>.

Otras de estas reconocidas instituciones, el Instituto Brasileño de Administración Municipal (IBAM) – institución privada sin ánimo de lucro que desde el año 1952 viene desarrollando estudios e investigaciones orientadas a la promoción del desarrollo institucional de los municipios brasileños – como esfera autónoma de gobierno –, también calificó en un primer momento el Plan Director como un instrumento general de desarrollo municipal, cuyos principales componentes serían: pre-proyecto ejecutivo y prioridades; directrices de ocupación del suelo urbano; y programas de fomento al desarrollo y acciones de protección al medioambiente. El plan también presentaría directrices relativas a la estructura organizacional de la Alcaldía y orientaciones relativas a los programas sectoriales municipales. Su

---

<sup>519</sup> CEPAM – FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA. *Roteiro para elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado*. São Paulo: CEPAM, 1975, pp. 14-16. Con relación a las materias urbanísticas, el Plan Director, en la concepción del CEPAM, trataría de regular los temas siguientes: el diseño del sistema viario principal; la localización de los terminales del sistema de transportes públicos; las densidades máximas y mínimas permitidas en la zona urbana; el sistema principal de drenaje de aguas pluviales; los elementos naturales y culturales objetivo de preservación; la localización preferente de las actividades económicas; los límites para la utilización de recursos naturales; las áreas preferentes para la ocupación y expansión urbana por medio de parcelaciones o edificaciones compulsorias.

aprobación se realizaría por medio de una ley municipal aprobada por medio de quórum calificado en la Cámara Municipal<sup>520</sup>.

Así mismo, el IBAM recomendaba la elaboración de planes programáticos, cuyas directrices, posteriormente, fuesen objeto de desarrollo por medio de la promulgación de planes específicos, como por ejemplo, planes técnicos del uso y la ocupación del suelo, que servirían como referencia para la elaboración de una legislación urbanística específica: ley de zonificación, ley del perímetro urbano, ley de parcelación del suelo urbano, Código de Obras y de ordenanzas, etc.

El Foro Nacional de Reforma Urbana (FNRU), organización que congrega asociaciones profesionales, investigadores, organizaciones no gubernamentales y movimientos populares, a su vez, optó por difundir orientaciones que enfatizaban el aspecto urbanístico de los Planes Directores, sugiriendo que los municipios recogiesen en ellos, reglas relativas al uso del suelo, a los sistemas de infraestructuras (principalmente con relación a la estructura viaria y al sistema transportes), dispersión o concentración de servicios e industrias en el territorio y densidad habitacional<sup>521</sup>.

Desde la referida institución también se sugirió que el Plan Director tratase de definir el perfil económico del municipio, determinando objetivos a largo plazo para todo el territorio municipal. Así mismo, desde el FNRU, se recomendaba que dicho documento tratase de la inclusión de, por aquél entonces, nuevos instrumentos urbanísticos, tales como, el 'suelo creado', el derecho de tanteo y retracto, la parcelación y edificación compulsorios.

Otra entidad con influencia sobre las prácticas administrativas municipales que se pronunció sobre el posible concepto y contenido de Plan Director conforme al marco constitucional de 1988, informa PINTO, fue la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT), que en el año 1992 publicó una norma técnica recomendando la adopción de determinadas directrices en la elaboración de Planes Directores municipales. La norma técnica 12.267 definía el Plan Director como un documento de contenido exclusivamente urbanístico, que debería contener directrices urbanísticas cuya ejecución hacía depender de la aprobación *a posteriori* de distintos instrumentos municipales, programas sectoriales, proyectos de acción del gobierno local, presupuestos y organización administrativa.

---

<sup>520</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 100.

<sup>521</sup> Ibidem p. 101. Véase también GRAZIA, Grazia de y RODRIGUES, Evaniza. "Uma alternativa para a gestão urbana: o Ministério das Cidades e seus desafios". *Revista Rio de Janeiro*. Núm. 9, enero/abril 2003, p. 14.

De manera específica, las directrices presentadas en el plan, conforme a la concepción preconizada por la ABNT, deberían tratar de los aspectos siguientes: intensidad del uso del suelo, definida por índices de ocupación y aprovechamiento de las parcelas; sistema viario, con jerarquización y estándares de vías urbanas e interurbanas y su expansión; infraestructura urbana, incluyendo sistemas de saneamiento básico, drenaje, energía y alumbrado público, comunicación y sistema viario; y localización de equipamientos sociales y servicios urbanos. Estas directrices deberían ser implementadas o desarrolladas en leyes municipales: en la propia ley del Plan Director; en la ley del uso, de la ocupación y parcelación del suelo; y por medio del Código de Obras<sup>522</sup>.

En la práctica administrativa municipal, tras la promulgación de la Constitución Federal de 1988, los municipios brasileños, además de contar con las distintas recomendaciones sobre posibles concepciones y modelos de Plan Director emanadas de las instituciones especializadas y de los grupos asociativos arriba indicados, también fueron influenciados por las diferentes posiciones a respecto de dicha materia sostenidas por la principal y más reconocida doctrina urbanística y constitucional, que tampoco se ponía de acuerdo en sus consideraciones conceptuales.

También ha contribuido a la consolidación de dicha situación la actuación, más recientemente, del Gobierno Federal de Brasil con relación al tema de los Planes Directores municipales, que fue marcada por una fragmentación y dispersión de recursos en varias fuentes y programas puestos en marcha por distintas instituciones gubernamentales y Ministerios que han apoyado y financiado la elaboración de Planes con perspectivas conceptuales totalmente diferentes, dependiendo del programa u organismo financiador<sup>523</sup>.

La profusión de corrientes doctrinales, programas gubernamentales y recomendaciones académicas y técnicas, también contribuyó a la elaboración por las Administraciones locales de Planes Directores totalmente diferentes unos de los otros: con relación a sus posibles contenidos, su concepción, su metodología, el régimen jurídico que deberían seguir, la terminología empleada, su ámbito territorial de aplicación, la vigencia que deberían tener y el nivel de incidencia o alcance sobre el

---

<sup>522</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>523</sup> MINISTÉRIO DAS CIDADES. "Planejamento territorial urbano e política fundiária". *Cadernos MCidades: Programas Urbanos, Planejamento Territorial Urbano e Política Fundiária*. Núm. 3, noviembre 2004, p. 16. Disponible en <http://www.capacidades.gov.br/biblioteca/detalhar/id/105/titulo/cadernos-mcidades-3----programas-urbanos-planejamento-territorial-urbano-e-politica-fundiaria> (última consulta mayo de 2015).

derecho de propiedad privada urbana o incluso la ordenación física del territorio municipal.

Realizadas tales consideraciones, fue solamente con la promulgación en el año 2001 del Estatuto de la Ciudad (Ley Federal 10.257/2001), que algunas de las principales controversias teóricas y prácticas acerca de la concepción y contenido mínimo del Plan Director recogido en la Constitución Federal fueron reguladas. En razón de eso, en el apartado siguiente, nos centraremos en analizar las exactas coordenadas recogidas en la Ley Federal 10.257/2001 con relación a la definición del contenido mínimo del Plan Director y otras problemáticas que conllevan el nivel de regulación adoptado en dicha ley.

#### **II.3.2.3.2. El desarrollo normativo del Plan Director en el Estatuto de la Ciudad: reflexiones y aportaciones sobre su función y contenido mínimo desde el ordenamiento español**

De la lectura conjunta de los preceptos que conforman el Estatuto de la Ciudad, se puede avanzar que la concepción de plan urbanístico municipal empleada en dicho documento coincide con aquella que se desprende del texto constitucional, ya que todas las materias cuya regulación le son atribuidas en la referida ley general presentan una naturaleza eminentemente urbanística.

Así mismo, en el ámbito del Estatuto de la Ciudad queda reforzada la configuración del Plan Director como el instrumento básico de la política de desarrollo y expansión urbana municipal, cuyo objetivo principal es promover la ordenación urbanística integral de las ciudades, definiendo la función social de las propiedades privadas que integran el territorio municipal.

En concordancia con el entendimiento que se desprende del capítulo constitucional regulador de la política urbana, según el cual la regulación de aspectos urbanísticos en leyes municipales distintas de la del Plan Director debe realizarse ante previsión expresa en éste y de manera coherente con los objetivos y determinaciones del planeamiento, la lectura conjunta de las determinaciones que conforman el Estatuto de la Ciudad permiten afirmar que el Plan Director podrá fijar los ejes fundamentales de otras materias urbanísticas objeto de desarrollo en otros instrumentos y leyes, en observancia del interés municipal y de las directrices generales que existieren con relación a ellas.

En el Estatuto de la Ciudad se atribuye una función inédita al Plan Director, que es planificar la estrategia de utilización de los instrumentos de política urbana puestos a disposición de las Administraciones locales en el art. 182 del texto constitucional y otros regulados en su propio marco normativo<sup>524</sup>.

En consideración a dicho objetivo del planeamiento urbano parece que se ha redactado el art. 42 del Estatuto de la Ciudad que determina el contenido mínimo del Plan Director, ya que en él, fundamentalmente se ha preocupado el legislador infraconstitucional de determinar la promulgación del Plan Director como requisito para la aplicación de los instrumentos sancionatorios u orientadores de la conducta de los propietarios privados poseedores de propiedades infrautilizadas, no utilizadas o no edificadas<sup>525</sup>.

En este sentido, la primera materia que deberá ser objeto de regulación en el Plan Director es la delimitación del área o áreas en que se podrá aplicar la parcelación, edificación o utilización compulsorias de propiedades privadas urbanas en razón de haberse identificado en estas áreas, inmuebles infrautilizados, no utilizados o no edificados. Se entiende que la adopción por parte de la Administración municipal de estas medidas es facultativa, o sea, cada municipio podrá decidir si las adopta o no, en razón de sus particularidades e intereses locales. Pese a eso, si se decide por su adopción, la delimitación de las áreas objeto de parcelación, edificación o utilización compulsorias deberá realizarse en el ámbito del Plan Director<sup>526</sup>.

El segundo conjunto de materias objeto de regulación específica por el Plan Director, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de la Ciudad, se relaciona con una serie de instrumentos de carácter urbanístico puestos a disposición de las Administraciones municipales para la ordenación de las ciudades. La vinculación de estos instrumentos a lo dispuesto en el Plan Director, además de realizarse de manera

---

<sup>524</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. "Plano diretor". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 340.

<sup>525</sup> En el art. 42 del Estatuto de la Ciudad se recoge que: "El plan director deberá contener como mínimo: 1. La delimitación de las áreas urbanas donde podrá ser aplicada la parcelación, edificación o utilización compulsoria, considerando la existencia de infraestructura y de demanda para utilización, en la forma del art. 5 de esta ley; 2. Disposiciones requeridas por los arts. 25, 28, 29, 32 y 35 de esta ley; 3. Sistema de acompañamiento y control" (traducción propia). Originalmente: "Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5 desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle".

<sup>526</sup> En este sentido se recoge en el art. 42 apartado 1 del Estatuto de la Ciudad que el Plan Director deberá contener como mínimo la delimitación de las áreas urbanas donde podrá ser aplicada la parcelación, edificación o utilización compulsorias, considerando la existencia de infraestructura y de demanda para la utilización, en la forma del art. 5 de esta Ley.

sistemática en el apartado 2 del art. 42, se repite en los preceptos específicos que regulan dichos instrumentos.

Así, quedan vinculados al posible contenido mínimo del Plan Director las determinaciones requeridas en los arts. 25, 28, 29, 32 y 35 del Estatuto de la Ciudad, que hacen referencia a la utilización, facultativa por parte de las Administraciones municipales, de los instrumentos siguientes:

1. Derecho de *“preferencia”*: Permite a la Administración local el ejercicio de preferencia en la adquisición de inmuebles urbanos de interés específico para el desarrollo de la política urbana municipal, objeto de alienación onerosa entre particulares. Conforme al art. 42 del Estatuto de la Ciudad, solamente con la previa definición de las áreas de interés específico en los correspondientes Planes Directores se podrá ejercer el derecho de preferencia;

2. Otorgamiento oneroso del derecho de construir: Permite la delimitación de áreas donde el derecho de construir podrá ser ejercido por encima del coeficiente de aprovechamiento básico adoptado por la Administración local, mediante la prestación de contrapartida por parte del beneficiario. En razón de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de la Ciudad, la utilización de dicho instrumento deberá ser prevista en el Plan Director, así como la definición del aprovechamiento básico para la ciudad o cada zona en que se divida la ciudad y los límites máximos que podrán alcanzar dichos coeficientes de aprovechamiento;

3. Alteración del uso del suelo: Permite la delimitación de áreas donde se podrá promover la alteración del uso determinado por la Administración local, mediante la prestación de contrapartida por parte del beneficiario de la medida en cuestión. El área o áreas donde se podrá aplicar dicho instrumento deberán estar indicadas en el Plan Director;

4. Operación urbana consorciada: Permite, por medio de un conjunto de medidas e intervenciones coordinadas por la Administración local, con la participación de propietarios privados, moradores, usuarios permanentes e inversores privados, la realización de transformaciones urbanísticas estructurales en áreas urbanas específicas. La utilización de dicho instrumento por parte de las Administraciones locales presenta como requisito el establecimiento en el Plan Director del área o áreas de actuación objeto de la operación y la edición de una ley municipal que especifique los procedimientos y las alteraciones necesarias de las correspondientes normas del uso y la ocupación del suelo urbano y ordenanzas de construcciones para la consecución de los objetivos de la referida operación urbana;

5. Transferencia del derecho de construir: Permite que el propietario de inmueble urbano ejerza en otro local o promueva la alienación del derecho de construir atribuido a su propiedad en el Plan Director o en la legislación urbanística que regule esta materia. Así, para que la Administración local pueda utilizar dicho instrumento, se impone como requisito su previsión en el Plan Director.

Sin mayores detalles, también se determina en el apartado 3 del art. 42 del Estatuto de la Ciudad, que el Plan Director deberá prever determinaciones que establezcan un sistema para el acompañamiento y control de su implementación, conforme ya se ha puesto de manifiesto anteriormente.

Así mismo, para las ciudades con más de quinientos mil habitantes, se determina en el art. 41 párrafo 2 del Estatuto de la Ciudad, la necesidad de elaboración de un plan de transporte urbano integrado que deberá ser compatible con las determinaciones contenidas en el Plan Director o integrar los contenidos objeto de regulación en el propio cuerpo normativo del Plan<sup>527</sup>.

Por fin, es necesario indicar que en razón de la promulgación de la Ley Federal 12.608/2012, de 10 de abril, que instituyó la Política Nacional de Protección y Defensa Civil para todo el territorio de Brasil, se han introducido nuevas materias en el rol de temas objeto de regulación por el Plan Director, pero, solamente para las ciudades incluidas en el Registro Nacional de Municipios con áreas susceptibles de sufrir derrumbes o corrimiento de tierras de gran impacto, inundaciones repentinas o procesos geológicos o hidrológicos.

En estos casos, el Plan Director de los correspondientes municipios, deberá determinar: parámetros de parcelación, uso y ocupación del suelo, con el fin de promover la diversidad de usos y contribuir a la generación de empleo y renta (art. 42-A apartado 1); mapa conteniendo las áreas susceptibles de derrumbes o corrimientos de gran impacto, inundaciones repentinas o procesos geológicos o hidrológicos (art. 42-A apartado 2); planificación de acciones preventivas de intervención y traslados de la población de áreas de riesgo (art. 42-A apartado 3); medidas de drenaje urbano necesarias para la prevención y la mitigación del impacto de desastres (art. 42-A apartado 4); y directrices para la regularización de tierras de asentamientos urbanos irregulares, si existieren (art. 42-A apartado 5).

---

<sup>527</sup> Queda establecido en el párrafo 2 del art. 41 del Estatuto de la Ciudad: "En el caso de ciudades con más de quinientos mil habitantes, deberá ser elaborado un plan de transporte urbano integrado, compatible con el plan director o en él inserto" (traducción propia). Originalmente: "No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido".

Nótese que éstas son todas las recomendaciones contenidas en el Estatuto de la Ciudad con relación al posible contenido mínimo objeto de regulación por los Planes Directores municipales. O sea, según el legislador infraconstitucional, el plan urbanístico que mínimamente presente la regulación de las materias arriba indicadas ya puede caracterizarse como un Plan Director capaz de realizar la ordenación urbanística de un municipio.

Entendemos que los instrumentos y la regulación del contenido mínimo del Plan Director previstos en el ámbito del Estatuto de la Ciudad son insuficientes para determinar el ejercicio integral de la actividad urbanística por las Administraciones locales en orden a la planificación de la expansión de las ciudades y el mantenimiento de las áreas urbanas ya consolidadas, por medio del control del uso, de la parcelación y de la ocupación de las propiedades que integran el territorio municipal<sup>528</sup>.

---

<sup>528</sup> Esta afirmación se sostiene fundamentada en el análisis de indicadores relacionados con la efectividad de los Planes Directores tras la promulgación del Estatuto de la Ciudad. De manera específica, en el año 2011 se llevó a cabo un proyecto de evaluación del contenido de la ley del Plan Director y de su proceso de elaboración en 526 municipios de distintas regiones de Brasil, en el cual se concluyó que las principales deficiencias y dificultades en la implementación de dicho instrumento, se centraban en los aspectos siguientes: a) relación incongruente entre los diagnósticos que han fundamentado la elaboración del Plan Director y los instrumentos previstos finalmente en él. Situación que viene a demostrar que los Planes Directores, en su gran mayoría, no vienen cumpliendo su función como mediadores del desarrollo de las ciudades; b) adopción de diferentes definiciones con relación al posible cumplimiento de la función social de la propiedad: ¿principio, objetivo o directriz? Omisiones en la determinación de sus características, lo que termina por dificultar la verificación, en los casos concretos, de su cumplimiento por los propietarios privados; c) inclusión en el texto del Plan Director de los instrumentos urbanísticos previstos en el Estatuto de la Ciudad, con su misma redacción, sin promover la adaptación de los mismos a la realidad de cada municipio; d) inexistencia de leyes reguladoras de la ejecución de los compromisos e instrumentos urbanísticos recogidos en el Plan Director, perjudicando la efectividad del planeamiento urbano; e) en relación con la implementación de una política habitacional de interés social en los Planes Directores, pese a la inclusión en estos de definiciones, directrices y objetivos relativos a dicha política, no se prevén en ellos los elementos necesarios para la efectividad de los instrumentos indicados; f) el análisis del tratamiento dispensado al tema del saneamiento ambiental revela que los Planes Directores aprobados por los municipios son extremadamente frágiles en la elaboración de directrices, objetivos, instrumentos y programas orientados a la ampliación del acceso de la población a servicios de saneamiento; g) insuficiente comprensión sobre el alcance de los contenidos que deben integrar el Plan Director. De manera expresa se reconoce que la Resolución 34 del Consejo de las Ciudades (órgano vinculado al Ministerio de las Ciudades) publicada en el año 2005, en la cual se recomienda la elaboración de Planes Directores con un contenido mínimo conformado por los objetivos, temas prioritarios y estrategias para el desarrollo de la ciudad y para la reorganización territorial del municipio, considerando su adecuación a los espacios territoriales colindantes; los instrumentos de la política urbana previstos en el art 42 del Estatuto de la Ciudad, vinculándoles a los objetivos y estrategias establecidos en el Plan Director; la definición de la función social de la propiedad urbana a partir de la destinación urbanística de cada parcela del territorio del municipio así como de la identificación de los inmuebles no edificados, infrautilizados y no utilizados; no viene siendo observada por las Administraciones locales. SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos y MONTANDON, Daniel Todtmann (Org.). "Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas". *Projeto Rede de avaliação e capacitação para a implementação dos Planos Diretores participativos*. Rio de Janeiro: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011. Disponible en [http://www.observatoriodasmetrolopes.net/download/miolo\\_plano\\_diretor.pdf](http://www.observatoriodasmetrolopes.net/download/miolo_plano_diretor.pdf) (última consulta mayo de 2015). Para profundizar en las recomendaciones de la referida resolución del Consejo de las Ciudades véase BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução 34 do Conselho das Cidades, de 1 de julho de 2005. *Diário Oficial da União* de 14 de julho de 2005, Sección 1, p. 89. Disponible en [http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005\\_alterada.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005_alterada.pdf) (última consulta mayo de 2015).

Entendemos que los instrumentos previstos en el Estatuto tratan en su mayoría de regular algunas situaciones excepcionales, como por ejemplo, un proyecto de operación urbana consorciada o la posibilidad de negociar la edificabilidad atribuida por el plan o ley urbanística reguladora de la materia. Aspectos esenciales como la estructuración de un sistema de planes urbanísticos de desarrollo y la organización de alternativas regladas para la ejecución de las determinaciones del planeamiento no han sido objeto de regulación, y en este sentido la aportación del modelo español resulta de interés conforme se ha puesto de manifiesto anteriormente, ostentando la Unión competencia para estructurar de manera general el ejercicio de la actividad urbanística municipal bajo esta orientación en razón de lo dispuesto en el art. 21 apartado 1 de la Constitución Federal. La organización de la legislación que se produzca conforme a los hitos de la actividad urbanística – planeamiento, gestión o ejecución del planeamiento y disciplina urbanística –, conllevaría un paso importante para la homogenización del sistema urbanístico en el ámbito municipal y la evolución del derecho urbanístico en el ordenamiento brasileño.

Con relación a la cuestión de la estructuración de un sistema de planes de desarrollo, que será objetivo de análisis específico en el próximo apartado, es necesario advertir que el mismo surge como una necesidad ante la definición del alcance de las determinaciones contenidas en el Plan Director, lo que conlleva necesariamente a la identificación de sus contenidos y de su función, conforme a algún criterio orientador, que debe ser la definición del destino urbanístico de los terrenos en aplicación del principio de la función social de la propiedad, conforme se determina en el marco constitucional<sup>529</sup>.

Conforme se verá más adelante, la clasificación que las Administraciones locales vienen realizando del suelo que conforman el territorio municipal en zona rural y zona urbana, al definir el término urbano, condiciona las propiedades inmuebles integrantes de una zona u otra, lo que implica que el derecho de propiedad de aquellos inmuebles considerados urbanos viene a conformarse orientado al cumplimiento de funciones urbanas, se le atribuirán facultades coherentes con ello, y

---

<sup>529</sup> Dicha conclusión se fundamenta en la experiencia urbanística española, donde el Plan General de Ordenación Urbana posee las características de ser un plan originario en razón de que su aprobación no requiere la existencia de ningún plan previo, tal cual se determina en el modelo de planeamiento brasileño, y necesario, en el sentido de que resulta indispensable para que pueda producirse el planeamiento de desarrollo y la actividad urbanizadora y edificadora. Además, y directamente relacionado con la proposición de un criterio orientado a la organización de los contenidos y del alcance del Plan Director en el sistema de planeamiento urbanístico brasileño, los Planes Generales de Ordenación Urbanística españoles son planes operativos, puesto que sus determinaciones vinculan directamente el suelo a un estatuto urbanístico y legitima la actividad urbanizadora. En este sentido véase LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *El planeamiento urbanístico*. 1ª Ed. Madrid: Iustel, 2007, p. 92.

lo mismo pasa con aquellos inmuebles ubicados en la zona rural, la conformación del contenido de su derecho y las posibilidades de su ejercicio se orientarán al cumplimiento de funciones rurales. En otras palabras, la planificación del destino urbanístico de las propiedades comienza con la determinación de estos aspectos y por lo tanto, con fundamento en la experiencia desarrollada en España, entendemos que los mismos deben venir regulados en el Plan Director, de acuerdo con la función social de la propiedad y todo lo que ello conlleva, conforme se detallará en la segunda parte del presente estudio.

Organizando los siguientes contenidos que deben integrar el Plan Director en razón de este objetivo y en relación con esta clasificación primaria del suelo, que en la práctica de las Administraciones locales se realiza, básicamente, en zona urbana, zona rural y zona de expansión urbana, tendríamos unas determinaciones generales que serían aplicables a todo el territorio municipal y otras específicas para cada tipo de suelo<sup>530</sup>.

Las determinaciones generales del Plan Director tendrían como función realizar la clasificación primaria del suelo municipal en urbano, rural y de expansión urbana; definir la estructura general y orgánica del territorio municipal, en otras palabras, asignar en las diferentes zonas los usos globales cuya implantación se prevea, fijando los índices urbanísticos (aprovechamiento medio y otros) de cada zona; diseño del sistema general viario urbano e interurbano; diseño del sistema general de espacios libres (reserva de terrenos para parques, plazas, jardines, instalaciones deportivas, etc.); diseño del sistema general de equipamiento comunitario; previsión de instalaciones y obras de interés para toda la comunidad<sup>531</sup>. También integraría el

---

<sup>530</sup> La conformación de estas aportaciones se fundamenta en la experiencia legislativa española recogida en capítulo IV que regula la elaboración de los planes generales municipales de ordenación del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico, y en las explicaciones doctrinarias de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 256-290; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 61-65; SANTOS DíEZ, Ricardo y CASTELAO RODRIGUÉZ, Julio. *Derecho urbanístico...op. cit.*, 567-583; LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *El planeamiento urbanístico...op. cit.*, pp. 91 y ss.; CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico...op. cit.*, pp. 186 y ss.; LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción al Derecho...op. cit.*, pp. 96 y ss.; ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al Derecho Urbanístico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 19-23; GARCÍA RUBIO, Fernando. *Problemas actuales del derecho urbanístico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, 2007, pp. 75-80; GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. *Teoría y práctica del planeamiento urbanístico*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969; y AGOUES MENDIZABAL, Carmen. *El régimen jurídico de la planificación territorial: conflictos competenciales y aspectos jurídicos*. Oñate: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1996.

<sup>531</sup> En la doctrina urbanística brasileña también se han manifestado en el sentido de que el contenido mínimo del Plan Director debe integrar la ordenación del sistema viario, de los usos del suelo, sistema de espacios verdes y equipamientos urbanos y la previsión de obras públicas: SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 139 y PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 134.

contenido del Plan Director la definición de medidas de protección del medio ambiente y de áreas sensibles a los efectos de eventos naturales (ladera de montes, áreas que se encharcan con facilidad, etc.). Todo ello en base a los estudios de diagnósticos que fundamentan las decisiones plasmadas en el plan (estimaciones relativas al crecimiento poblacional, necesidad y oportunidad para la implantación de negocios en determinadas áreas, necesidad de áreas de esparcimiento y ocio, estimación habitantes/metro cuadrado para definir la necesaria implementación de equipamientos comunitarios de salud y educacionales; entre otros) y a las determinaciones y directrices de ordenación territorial, cuando existieren.

Así mismo, integraría el contenido mínimo, en el ámbito de las determinaciones generales, la programación temporal para la elaboración de los planes de desarrollo del Plan Director y la ejecución de las obras en él previstas; el límite temporal para su revisión, detallando los hitos de este proceso; y el sistema de acompañamiento y control, con la correspondiente organización de una estancia para la resolución de recursos administrativos, de acuerdo con lo propuesto en anterior apartado del presente capítulo.

Con relación a las determinaciones específicas, sin ánimo de agotar la materia y todas las posibles problemáticas que podría conllevar su posible aplicación práctica, las mismas se encargarían de definir funciones complementarias en cada una de las distintas categorías de suelo. En el suelo urbano, o zona mayoritariamente urbana, el Plan presentaría como objetivo específico completar su ordenación, o sea, completar las determinaciones generales, mediante la regulación detallada del uso de los terrenos y de la edificación; el señalamiento de los proyectos de renovación o reforma interior oportunos; identificación de las áreas donde fuese posible llevar a cabo otorgamientos onerosos del derecho de construir, transferencias del derecho de construir, alteraciones del uso, y sanciones relativas al incumplimiento de la función social de la propiedad tal como se recoge en el Estatuto de la Ciudad; la definición de aquellas partes de la estructura general (sistema viario, sistema de espacios libres, sistema de equipamiento comunitario y áreas sensibles para la preservación o en relación con desastres naturales); y la proposición de los programas y medidas concretas de actuación para su ejecución, por ejemplo, una reforma interior mediante una operación urbana consorciada, la organización de un consorcio inmobiliario y la

previsión de un proyecto de parcelación para determinada parcela infrautilizada o no urbanizada completamente<sup>532</sup>.

Con relación al suelo urbano, el Plan Director es de aplicabilidad inmediata, siendo innecesaria la pormenorización de sus previsiones por medio del planeamiento de desarrollo, ya que en él se encuentra la ordenación detallada de este suelo, para la actuación de los aprovechamientos urbanísticos relativos a este ámbito. No obstante, conforme se ha puesto de manifiesto, el Plan puede precisar de otras figuras de planeamiento (especiales) para el desarrollo de sus previsiones, operaciones urbanas consorciadas, proyectos ejecutivos de obras de infraestructura, entre otros, sin perjuicio de su ejecutividad directa sobre el suelo urbano.

En el ámbito del suelo reservado para la expansión urbana, el Plan podría programar determinadas actuaciones en alguna o algunas áreas específicas, como por ejemplo proyectos de parcelación del suelo para fines urbanos en razón de las demandas identificadas en los estudios previos y estimaciones de crecimiento poblacional (viviendas, polígonos industriales, grandes superficies comerciales, etc.) y reservar las áreas siguientes para futuras actuaciones urbanísticas cuando se concreten las necesidades de desarrollo de la ciudad y de su población.

En el suelo de expansión urbana programada, el Plan trataría de definir los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística (infraestructura); establecer una regulación genérica de los diferentes usos globales posibles de concreción en él y los índices urbanísticos asignados al suelo, y fijar los proyectos de desarrollo a corto y medio plazo, referidos a un conjunto de actuaciones, públicas y privadas, necesarias para la integración de dicha área al desarrollo urbano. Y en el suelo de expansión urbana no programado se limitaría a regular la forma y condiciones para su futura incorporación al desarrollo urbano por medio de actuaciones urbanísticas delimitadoras de unidades urbanísticas que serían integralmente desarrolladas en un momento posterior, ya en el ámbito del planeamiento de desarrollo.

---

<sup>532</sup> En sentido similar se ha pronunciado SILVA, para quien el Plan Director debería recoger algunos objetivos detallados que dependerían de la realidad que se desease transformar y que se traducirían en objetivos concretos relativos a cada uno de los proyectos que integrarían el plan, tales como la reurbanización de un barrio, el ensanchamiento de determinada vía pública, la construcción de corredores viales de rápida circulación, el fomento de la industrialización de determinada área de territorio municipal, la construcción de habitaciones populares, ampliación de la red de vertidos, la promoción del saneamiento en determinada área, la zonificación de territorio, la promoción de lotificaciones, etc. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 138.

De manera general, con relación al suelo de expansión urbana, el Plan vendría a desempeñar su función de regulación genérica del desarrollo que precisaría de concreción a través de otras figuras del planeamiento ya que no se cuentan con todas las informaciones de crecimiento y necesidades de la ciudad y de su población en el momento de la elaboración del Plan Director. Dichas informaciones se van concretando y los planes de desarrollo se van elaborando en función de estos *inputs*, entrando en el esquema la figura del Plan Parcial y del Plan de Actuación Urbanística, cuyos detalles serán objeto de análisis en el apartado siguiente<sup>533</sup>.

Con respecto al suelo rural, en observancia del sistema de competencias que se desprende del marco constitucional, la actuación del Plan Director no debe sobrepasar los aspectos propiamente urbanísticos; siendo así, su función debería ser preservar dicho suelo del proceso de desarrollo urbano y, en su caso, establecer medidas especiales de protección del territorio y del paisaje<sup>534</sup>. La clasificación que el Plan realiza vincula estos terrenos al régimen agrario y civil cuyas competencias regulatorias se atribuyen a la Unión; proceder de otra manera supondría una usurpación por parte de las Administraciones locales de competencias atribuidas exclusivamente a la Unión<sup>535</sup>.

Entendemos que por medio de este esquema el objetivo principal del Plan Director, la definición de la función social de cada propiedad, estaría recogido de manera suficiente y en coherencia con las materias y contenidos que deban integrarlo. Así mismo, su función como instrumento básico de la política de expansión y desarrollo urbano, quedaría justificada ante la realización de la definición de los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio municipal y la previsión de determinaciones específicas cuyo desarrollo se llevaría a cabo por medio de instrumentos de planeamiento de desarrollo y especiales,

---

<sup>533</sup> Para profundizar en los detalles y conocer la complejidad de las determinaciones específicas de los Planes Generales de Ordenación Urbana españoles con relación al suelo urbanizable en el marco de la Ley del Suelo de 1976, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 276-285.

<sup>534</sup> Se ha manifestado de manera similar en el ámbito doctrinal brasileño SAULE JUNIOR, Nelson. "A competência do município para disciplinar o território rural". En SANTORO, Paula y PINHEIRO, Edie (Org.). *O município e as áreas rurais*. Cadernos Pólis, núm. 8. São Paulo: Instituto Pólis, 2004, pp. 41 y ss.

<sup>535</sup> En este sentido CÂMARA, Jacintho Arruda. "Plano diretor". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 333. De manera diversa, MUKAI defiende que en razón de el Plan Director configurar un instrumento de ordenación urbanística, sus determinaciones deberían alcanzar solamente el área urbana de los municipios y que el legislador infraconstitucional no estuvo acertado al determinar en el párrafo 2 del art. 40 del Estatuto de la Ciudad que el Plan englobaría el territorio del municipio como un todo. Dicho posicionamiento parte de la premisa de que los temas relacionados con el urbanismo solamente hablan respecto a la zona urbana de las ciudades, siéndole ajena, por pura y simple impertinencia de contenido, la zona rural que integrase el territorio municipal. MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 316.

estructurando, de esa manera, los ejes fundamentales de un posible sistema de planeamiento urbanístico<sup>536</sup>.

### **II.3.2.3.3. Otros planes urbanísticos municipales: reflexiones y aportaciones desde el sistema de planeamiento español**

El análisis de la actual legislación urbanística brasileña nos conduce a afirmar que los únicos planes municipales a que se hace referencia en ella, además del Plan Director, son el plan de lotificación o parcelación del suelo para fines urbanos en la Ley de Parcelación del Suelo de 1979, el proyecto o plan de regularización de asentamientos urbanos previsto en la Ley 11.977/2009 y el plan de operación urbana consorciada recogido en el Estatuto de la Ciudad<sup>537</sup>.

Sin ánimo de profundizar en la parcelación del suelo, que será objeto de análisis en apartado específico dentro del presente estudio, cabe referir que el plan de parcelación en realidad configura un proyecto de obras de urbanización propuesto por particulares en estricta aplicación de las determinaciones recogidas en el Plan Director, en la ley municipal de parcelación del suelo, si existiese, o de las directrices específicas presentadas por la Administración local para aquel ámbito. Siendo así, más que un plan, lo que se conforma es un acto administrativo que tiene por finalidad llevar a la práctica las determinaciones del planeamiento contenidas en el Plan Director o en otros instrumentos normativos municipales de referencia.

Sobre el proyecto de regularización de asentamientos urbanos, tratase de una situación urbanística especial o excepcional, que consiste en un conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientales y sociales orientadas a la regularización de asentamientos irregulares y a la concesión por parte de las Administraciones Públicas del título de propiedad legítimo para sus ocupantes. El referido proyecto trata de

---

<sup>536</sup> En el contexto de las aportaciones que se realizan, son oportunas las explicaciones y las advertencias que FERNÁNDEZ realiza: "En definitiva, al Plan General le corresponde privativamente establecer el modelo territorial, la estructura básica sobre la que éste descansa y las determinaciones fundamentales de las que depende la definición de los derechos y deberes de los propietarios del suelo ordenado. Puede llegar, por supuesto, a un nivel mayor de detalle, pero no es imprescindible que los haga porque el detalle de la ordenación es el objeto propio del planeamiento de desarrollo. Por otra parte, cuanto mayor sea el grado de detalle de la ordenación contenida en el Plan General, mayor será, lógicamente, la rigidez de éste y, consiguientemente, la necesidad de modificarlo". FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 63 y 64.

<sup>537</sup> En este sentido PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 207.

garantizar el derecho social a la vivienda previsto en la Constitución Federal y en el Estatuto de la Ciudad<sup>538</sup>.

Con relación al plan de operación urbana consorciada, el mismo posee unos objetivos específicos que son la realización de una transformación urbanística estructural, mejoras sociales y valorización ambiental de una determinada área, que se alejan de los objetivos generales de una ordenación integral y, por lo tanto, conforman un plan especial, una programación excepcional de planeamiento urbano<sup>539</sup>.

El contenido mínimo del plan de operación urbana, que incluye la definición del área de la operación; la programación básica de ocupación del referido área; el programa económico y social a ser desarrollado en beneficio de la población directamente afectada por la operación; el objetivo de la operación, el estudio previo de impacto de vecindad; las contrapartidas atribuidas a los propietarios, usuarios permanentes e inversores previstos en razón de la utilización de beneficios (modificación de índices y características de parcelación, uso y ocupación del suelo y subsuelo, alteración de normas edificatorias, regularización de edificaciones y concesión de incentivos económicos en razón de la utilización de tecnologías que reduzcan el impacto ambiental y sean eficientes en la utilización de recursos naturales); medios de control de la operación con la participación de la sociedad civil; y

---

<sup>538</sup> Se determina en el Ley 11.977 de 2009 que el proyecto de regularización social de propiedades podrá ser propuesto por la Unión, por los estados federados, por los municipios y también por: sus beneficiarios, individual o colectivamente, cooperativas habitacionales, asociaciones de moradores, organizaciones de la sociedad civil de interés públicos u otras asociaciones de interés. En el art. 51 de la referida ley se recoge que el proyecto de regularización deberá contener, como mínimo, los elementos siguientes: las áreas o parcelar objeto de regulación y, si existir la necesidad, las edificaciones que serán realojadas; las vías de circulación existentes o proyectadas y, si posible, las demás áreas destinadas al uso público; las medidas necesarias para la promoción de la sostenibilidad urbanística, social y ambiental del área ocupada; medidas necesarias para la promoción de la sostenibilidad; condiciones para la promoción de seguridad a la población en áreas de riesgo; medidas necesarias para la adecuación de la infraestructura básica que sirve el área objeto de regularización. También se recoge que el municipio definirá los requisitos para la elaboración del proyecto de regularización en lo relativo a los planos, el memorial descriptivo y el cronograma físico de las obras y servicios a ser realizados. Para conocer las claves de la implementación de la ley de regulación de asentamiento urbanos, así como algunos de los conceptos definidos en ella, véase MINITÉRIO DAS CIDADES. *Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009*. Brasília: Ministério das Cidades Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos y Secretaria Nacional de Habitação, 2013. Disponible en [http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos\\_PDF/Cartilha-Digital-30.10.2013.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/Cartilha-Digital-30.10.2013.pdf) (última consulta agosto de 2015).

<sup>539</sup> Para profundizar en ello y conocer distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la operación urbana consorciada véase OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 60-64.

la definición de posibles incentivos económicos<sup>540</sup>; termina por confirmar el carácter especial de dicho instrumento de planificación.

Realizadas estas consideraciones, se ratifica que el actual marco legislativo urbanístico en razón del estado actual de regulación del contenido mínimo del Plan Director y de la previsión insuficiente de instrumentos urbanísticos de planeamiento, no llega a conformar un sistema de planes municipales dotado de coherencia capaz de ofrecer a las Administraciones locales incentivos para la promoción de una ordenación urbanística integral del territorio municipal. Entendemos que los instrumentos urbanísticos actualmente vigentes pueden tener encaje en un sistema integral de planeamiento, pero de manera ninguna, su utilización, aunque de forma combinada, es suficiente para alcanzar los objetivos propuestos para la actividad pública urbanística municipal; su estado de fragmentación y la insuficiencia de su previsión normativa, tanto en forma como en contenidos, impide la promoción de un desarrollo sistemático dotado de una estrategia integral de mantenimiento y expansión del tejido urbano.

De conformidad con las líneas generales propuestas con relación a la función y los contenidos que deberían ser objeto de regulación en el Plan Director; previstas en él las determinaciones generales aplicables a todo el territorio y las determinaciones específicas en razón de la clasificación primaria del suelo, surge la necesidad de desarrollar y pormenorizar los detalles del planeamiento que no han sido objeto de regulación en el plan por cuestiones de programación o porque aún no se habían materializado ciertas circunstancias en el momento de la elaboración del Plan Director.

En este contexto, los planes de desarrollo se vinculan a la ordenación de los suelos clasificados como de expansión urbana, separados en dos categorías: aquellas áreas en que fue posible programar en el ámbito del Plan Director su ordenación general (elementos fundamentales de infraestructura, regulación genérica de los diferentes usos globales, índices urbanísticos generales y proyectos de desarrollo a corto y medio plazo necesarios para la integración del área al desarrollo urbano) y aquellas áreas que han quedado reservadas para futuras actuaciones.

La ordenación programada de los suelos de expansión urbana se completaría por medio de la promulgación de Planes Parciales, previstos en el Plan Director para aquellas áreas que han recibido tal clasificación, que tratarían de definir los usos

---

<sup>540</sup> Así queda recogido en el art. 33 del Estatuto de la Ciudad.

pormenorizados y delimitar las zonas en que se dividiría el territorio planeado (en polígono o unidades de ejecución); señalar los suelos reservados para parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas y de recreo y expansión, conforme a las proporciones identificadas en la ley municipal de parcelación del suelo para fines urbanos o la Ley Federal de Parcelación del suelo para fines industriales; fijación de reserva de suelos para equipamientos públicos comunitarios (centros culturales o de enseñanza, públicos y privados, centros de salud, etc.); trazado y características de la red viaria, del sistema de saneamiento básico y alcantarillado, abastecimiento de agua, energía eléctrica y otros servicios; evaluación económica de la implantación de estos servicios y de la ejecución de las obras de urbanización atribuidas a la Administración local; en fin, dichas directrices orientarán la elaboración de los planes de lotificación o parcelación del suelo con fines urbanos o industriales por parte de los particulares y la ejecución de iniciativas de la propia Administración local<sup>541</sup>.

Se puede decir que los Planes Parciales funcionarían con relación al suelo de expansión urbana programado, de manera similar al Plan Director para la ordenación del suelo urbano, legitimando la actividad de ejecución del planeamiento para un sector determinado por este Plan. De ahí la caracterización del Plan Parcial necesariamente como un plan derivado del planeamiento urbanístico general, que debería ser elaborado en observancia de la ordenación general prevista en él, configurando una situación de subordinación jerárquica<sup>542</sup>.

---

<sup>541</sup> En sentido similar se recoge el capítulo V del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico español, en el cual se regula la figura del Plan Parcial. En la doctrina urbanística española, nos hemos apoyado, de manera específica, en las explicaciones de LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *El planeamiento urbanístico...op. cit.*, pp. 107 y 108.

En el ámbito de la doctrina urbanística brasileña, nos parece oportuno señalar que SILVA ha empleado el término 'plan parcial' también en referencia a un posible instrumento de planeamiento urbanístico que, no obstante, difiere significativamente de la propuesta que se ha conformado en el presente estudio. Conforme al referido autor, los planes parciales constituirían el medio para ejecutar actuaciones urbanísticas previstas en el Plan Director que necesitasen de desarrollo pormenorizado, indicando como posibles planes parciales los de alineación, los planes de zonificación y los planes de ejecución del sistema viario planificado, entre otros. En el ámbito de dicha propuesta doctrinal no se llega a conformar una función específica para los planes parciales y tampoco la relación de sus posibles contenidos materiales con las determinaciones del Plan Director. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 147.

<sup>542</sup> También ha resultado de interés para la formulación de la presente aportación al sistema de planeamiento urbanístico previsto en Brasil, las explicaciones sobre el concepto y de la función que deben desarrollar los planes parciales en el sistema urbanístico español, elaborada por SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, para quienes el Plan Parcial "establece en el suelo urbanizable una ordenación de detalle 'precisa', para iniciar el proceso de transformación del suelo (en algunas Comunidades Autónomas – Andalucía, Castilla y León, etc. –, hay una categoría de suelo Urbanizable Sectorizado y Ordenado en el que el Plan General establece ya la ordenación pormenorizada, no haciendo allí falta el Plan Parcial). En ese sentido, la función de ordenación precisa que desarrolla el Plan Parcial hace ser análogo al Plan General en el suelo urbano: ambos establecerán una ordenación de los usos pormenorizados y de detalle que posibilitará ya la correspondiente urbanización. La diferencia esencial entre ellos es que así como el Plan General en su ordenación del suelo urbano es, de alguna manera, autónomo, el Plan Parcial en su ordenación pormenorizada del suelo urbanizable está

Con relación a los suelos de expansión urbana reservados para futuras actuaciones urbanísticas, con fundamento en informaciones y estimaciones relativas a la futura expansión de la ciudad y de las necesidades de sus habitantes, su ordenación debería alcanzar el mismo nivel de ordenación previsto en los Planes Directores para los suelos clasificados como de expansión urbana programada por medio de la promulgación de Planes de Actuación Urbanística, que servirían para detallar la ordenación prevista en el Plan Director para la futura elaboración de Planes parciales legitimadores de la ejecución de obras de parcelación y urbanización públicas, concretadas las necesidades y la dimensión de la expansión del desarrollo urbano que se deberán llevar a cabo<sup>543</sup>.

Las determinaciones de los Planes de Actuación Urbanística se centrarían en definir los elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística (infraestructuras); señalar los diferentes usos globales posibles de concreción y los índices urbanísticos asignados al suelo, en observancia de los límites impuestos por el Plan Director en sus determinaciones específicas, y fijar los proyectos de desarrollo a corto y medio plazo, referidos a un conjunto de actuaciones, públicas y privadas, necesarias para la integración de dicha área en el desarrollo urbano, por medio de planes parciales.

El sistema de planeamiento urbanístico que se propone se completaría con la previsión de planes especiales, llamados así dada la especialidad de su objeto, que no es la ordenación integral de un determinado ámbito espacial o área en todos sus aspectos, sino más bien la de uno solo de éstos, pudiendo relacionarse con la ordenación de conjuntos artísticos o históricos, la protección del paisaje, la conservación del medio rural en determinados lugares, la reforma o transformación de áreas específicas, etc. En algunos casos, la elaboración de dichos planes estaría subordinada a las determinaciones contenidas en el planeamiento urbanístico, en otros deberían ser elaborados en observancia de lo dispuesto en leyes sectoriales<sup>544</sup>.

---

condicionado, en principio, por la ordenación genérica o global realizada por el Plan General en suelo urbanizable, así como por las condiciones de desarrollo establecidas o, por último, por sus condiciones de estructura o sistemas generales con los que se necesita conectar". SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRIGUÉZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 594.

<sup>543</sup> En sentido similar, en el ámbito del sistema de planeamiento urbanístico español, se han manifestado GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 309-315.

<sup>544</sup> En el contexto jurídico-urbanístico español, mientras los instrumentos jurídicos urbanísticos tales como el plan general de ordenación urbana, las normas subsidiarias, los planes parciales, presentan un carácter integral y territorial, ordenando totalmente el territorio afectado, los planes especiales engloban un conjunto de figuras de planeamiento que tienen en común su carácter sectorial, no integral ni territorial, ordenando un aspecto concreto de los diversos que regularía el planeamiento integral, sin perjuicio de

En el contexto del actual marco normativo urbanístico brasileño, es posible identificar en la práctica de las Administraciones locales la elaboración de algunos planes especiales vinculados a las determinaciones del Plan Director, como por ejemplo, los planes de operaciones urbanas consorciadas y consorcios inmobiliarios, los planes especiales para la ejecución de obras públicas de grandes dimensiones y los planes para zonas de especial interés social u orientados a la regulación de asentamientos urbanos, cuyo objetivo prioritario es la recuperación urbanística, la regularización de tierras y la producción de viviendas de interés social en áreas específicas previstas en el planeamiento urbanístico general<sup>545</sup>.

Con relación a posibles planes especiales vinculados a las determinaciones de la legislación sectorial, en la práctica se vienen elaborando planes especiales para la ordenación urbanística de áreas de interés turístico, cuya función es declarar el establecimiento de áreas o locales de interés turístico, definir sus límites territoriales, sus aspectos y características principales y las directrices generales del uso y la ocupación del suelo de dichas áreas o locales<sup>546</sup>.

Centrándonos en la cuestión de la relación que se debe establecer entre el Plan Director y los demás planes urbanísticos municipales propuestos en el presente capítulo como posible alternativa al estado actual de la materia en la legislación urbanística brasileña, entendemos que la clave de la cuestión no se encuentra en el debate sobre la naturaleza de ley de todos los planes urbanísticos en el ordenamiento brasileño<sup>547</sup>, sino en la aplicación de los principios informadores del derecho

---

que algunos puedan ser integrales. De la misma manera, así como los instrumentos de planeamiento inicialmente indicados conforman un sistema legal de planeamiento en 'cascada', los planes especiales tienen la doble posibilidad de estar integrados en tal sistema o de poder surgir *ex novo*, sin necesidad de la preexistencia de un determinado instrumento de planeamiento integral del territorio. Así, afirman SANTOS DÍEZ y CASTELAO RODRÍGUEZ, que esta situación da lugar a una amplia variedad de planes especiales, entre otros: en desarrollo de un plan de ordenación territorial se pueden identificar los planes especiales de desarrollo de infraestructuras básicas, los planes especiales de ordenación de recintos y conjuntos, así como diversos planes especiales de protección; en desarrollo de un plan general o de normas complementarias o subsidiarias de planeamiento se puede hacer referencias al plan especial de desarrollo de algunos de los sistemas generales o sus elementos (comunicaciones, espacios libres o equipamiento comunitario, los planes especiales de ordenación de recintos y conjuntos arquitectónicos, históricos y artísticos, plan especial de reforma interior en suelos urbanos, etc.). SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 601 y 602. Para el estudio completo de los Planes Especiales en el sistema urbanístico español consultar EMBID IRUJO, Antonio. "Los planes especiales. Régimen jurídico general". En BOQUERA OLIVER, José María (Coord.). *Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 181 y ss.

<sup>545</sup> En sentido similar SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 354 y ss.

<sup>546</sup> *Ibidem*, pp. 386 y ss. Así mismo, consultar lo dispuesto en la Ley 6.513/1977 que establece el régimen jurídico del turismo en ámbito federal. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm) (última consulta en mayo de 2015).

<sup>547</sup> Actualmente en la doctrina urbanística brasileña es posible identificar dos posiciones que explican la relación que se debe establecer entre el Plan Director y otros instrumentos de planeamiento urbanístico. La primera se centra en justificar la supremacía del Plan Director, ante la problemática que supone la necesaria aprobación de cualquier plan urbanístico mediante ley, en razón de la superioridad de la ley que

urbanístico que deben orientar la regulación normativa de un sistema de planeamiento urbanístico.

En este contexto, el principio de la jerarquía de planes urbanísticos es el responsable de resolver posibles conflictos o eventuales contradicciones entre los distintos niveles de planeamiento, general y de desarrollo. Conforme a este principio, las determinaciones contenidas en los planes de nivel inferior no podrán contradecir las de los planes de nivel superior<sup>548</sup>.

---

lo aprueba. Conforme a esta posición, defendida por SILVA y MEIRELLES, la posible exigencia de quórum calificado (aprobación por 2/3 de los votos favorables de los miembros de la Cámara Municipal) le conferiría cierta seguridad y perennidad con relación a otros posibles planes aprobados mediante quórum simple (aprobación por la mayoría de los miembros de Cámara Municipal presentes en el momento de la votación). Para profundizar en esta posición véase SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 352 y 353 y MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 562-564. La segunda posición, defendida por PINTO sostiene la supremacía del Plan Director sobre todo y cualquier otro instrumento urbanístico en razón del propio régimen específico de derecho urbanístico que se vincula a los planes urbanísticos y no en razón de la hipotética supremacía de la ley que le aprueba. Así, para el referido autor, la ley solamente se configura como el medio por el cual se aprueba el Plan Director y los demás planes urbanísticos, y no podría ser confundida con su naturaleza jurídica, que es la de 'plan urbanístico', una modalidad propia de acto jurídico típica del derecho urbanístico. Sigue el autor explicando que se puede ilustrar la diferencia entre el régimen específico del derecho urbanístico y el régimen del derecho constitucional por el hecho de que los planes de desarrollo son elaborados posteriormente al plan general, debiendo respetarlo, en cuanto las leyes específicas simplemente revocan las leyes generales posteriores. Por medio de un ejemplo el autor completa su explicación: "(...) supongamos que un plan director determina la realización de una operación urbana consorciada en un área por él delimitada, según determinados parámetros ya establecidos, operación ésta cuyo proyecto urbanístico debe ser aprobado por la Cámara Municipal. Si el plan director y el proyecto de operación urbana consorciada se consideran leyes, no habrá subordinación del segundo con relación al primero. Si ambos son considerados 'planes', se puede establecer una jerarquía entre ambos, aunque aprobados por acto jurídico de mismo nivel jerárquico (ley). (...) El Estatuto de la Ciudad definió, no obstante, la ley (formal) como el acto jurídico por el cual el plan es aprobado (art. 40). En este aspecto, nada más hizo que consagrar la tradición brasileña. Su naturaleza jurídica no es, sin embargo, la de ley material, por faltarle las características de generalidad y abstracción. El plan director no es una ley, pero es aprobado por ley, asumiendo la forma de un anexo" (traducción propia). Originalmente: "(...) suponhamos que um plano diretor preveja a realização de uma operação urbana consorciada em uma área por ele delimitada, segundo determinados parâmetros já estabelecidos, operação esta cujo projeto urbanístico deve ser aprovado pela Câmara Municipal. Se o plano diretor e o projeto de operação urbana forem leis, não haverá qualquer subordinação do segundo ao primeiro. Se forem considerados 'planos', pode-se estabelecer uma hierarquia entre ambos, ainda que aprovados por ato jurídico de mesmo nível hierárquico (lei). (...) O Estatuto da Cidade definiu, entretanto, a lei (formal) como o ato jurídico pelo qual o plano é aprovado (art. 40). Neste aspecto, nada mais fez que consagrar a tradição brasileira. Sua natureza jurídica não é, entretanto, a de lei material, por faltar-lhe as características de generalidade e abstração. O plano diretor não é uma lei, mas é aprovado por lei, assumindo a forma de um anexo". PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 207 y 211.

<sup>548</sup> Explica LOPÉZ RAMÓN, con relación al ordenamiento jurídico-urbanístico español, que "Las relaciones entre el planeamiento general y el planeamiento derivado suelen explicarse conforme al principio de la jerarquía, de donde parece derivarse la estricta subordinación de los Planes Parciales y Especiales al Plan General". El referido autor matiza dicha afirmación indicando que "Sin embargo, tempranamente la jurisprudencia hubo de admitir que los Planes Parciales podían llevar a cabo modificaciones de elementos secundarios del Plan General, como el reajuste del trazado de las vías de comunicación, de las alineaciones y rasantes, de los límites de diversas zonas y otras alteraciones menores (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1974, 10 de junio de 1985 y 17 de octubre de 1990, entre otras). Desde la sentencia de 2 de junio de 1992 parece, así, consolidarse el criterio que circunscribe la superioridad del Plan General a los contenidos propios de éste, según la legislación urbanística, admitiéndose correlativamente que los Planes Parciales pueden modificar los Planes Generales en los contenidos reservados a los mismos Planes Parciales, cuyas finalidades resultan difícilmente compatibles con la estricta subordinación jerárquica al Plan General: 'no son simple y automático desarrollo de todas y cada una de las previsiones del Plan General, sino que debe reconocérseles la autonomía y campo de actuación propios que es imprescindible para que puedan

Ahora bien, con relación al sistema de planeamiento que se propone, la aplicación de este principio queda matizada ante la incidencia de otro principio de derecho urbanístico como es el de competencia o especialidad, según el cual, en el caso de que en el ámbito de un plan superior se hayan establecido determinaciones específicas que no le correspondan legalmente, sino que estén atribuidas al planeamiento de desarrollo, las determinaciones de éste podrán alterar aquellas previstas en el planeamiento superior, sin que ello suponga una quiebra del principio de jerarquía de los planes, puesto que éste sólo rige en el campo de las competencias atribuidas legalmente, de manera tal, que los excesos no queden amparados<sup>549</sup>.

Así, la previsión de un sistema positivado de planeamiento urbanístico, además de postularse como una alternativa al actual estado de insuficiencia regulatoria de la actividad urbanística de planeamiento, dotándolo de coherencia para la consecución de los objetivos previstos en el texto constitucional, también posibilitaría la aplicación inequívoca de principios fundamentales de derecho urbanístico en la práctica del planeamiento urbanístico municipal que resolverían la problemática que se genera ante la alteración de determinaciones del Plan Director por medio de la promulgación de leyes urbanísticas que aprueban otros planes urbanísticos o leyes puntuales desconectadas del sistema de planeamiento urbanístico<sup>550</sup>. Así mismo, la normativización de un sistema de planes urbanísticos donde sus contenidos y funciones estuvieran delineados en ley general conllevaría la uniformización del tratamiento de la materia urbanística por parte de las Administraciones locales.

Sobre esta problemática específica, PINTO se ha pronunciado resumiendo el panorama actual del planeamiento municipal, avanzando, así mismo, algunas de la problemáticas que serán objeto de análisis en los próximos capítulos del presente estudio:

---

cumplir los fines específicos que los justifican, siempre y cuando respeten las determinaciones generales de orden fundamental configuradas en el Plan General' (Sentencia de 21 de marzo de 1984)". LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción al derecho...op. cit.*, pp. 101 y 102. Véase también sobre la relación entre planes urbanísticos en el ordenamiento español SUAY RINCÓN, José. "Peculiaridades de los planes urbanísticos. Algunas consideraciones sobre sus incuestionables particularidades (caracteres, régimen jurídico y sistema de relaciones)". En SANTANA RODRÍGUEZ, Juan José (Coord.) *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 137-174.

<sup>549</sup> SANCHÉZ GOYANES, Enrique. *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*. Madrid: Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000, pp. 328 y 329.

<sup>550</sup> Así mismo, SILVA ha reconocido la condición del derecho urbanístico brasileño como una disciplina en proceso de formación, en la cual los principios típicos del derecho urbanístico no han llegado a traducirse de manera inequívoca en el conjunto de leyes de carácter urbanístico actualmente vigentes o en la elaboración y aplicación de institutos que conforman dicha materia. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, 44.

“El proceso de aprobación del plan no lleva en consideración sus especificidades técnicas, lo que permite que enmiendas lo deformen, resultando en reglas incongruentes y contraproducentes. Después de aprobado el plan, cualquier ley puntual puede alterarlo. Después de algún tiempo no se sabe siquiera lo que está o no en vigencia. La terminología de los planes y leyes urbanísticas es distinta en cada municipio. Cada uno crea una clasificación de zona propia, cuyo régimen jurídico muchas veces se confunde. La mera lectura de un plano, exige profundo conocimiento de la legislación local. Existe gran dificultad para tener acceso a las leyes municipales y para saber lo que está o no en vigencia. La multiplicación de conceptos y normas con relación a un mismo objeto crea un verdadero código propio, que solamente puede ser leído por especialistas en la legislación de cada municipio.

En razón de que la ordenación urbanística establecida por las leyes no es fiable, se crea una burocracia excesiva para la aprobación de proyectos mayores. Se multiplican los estudios de impacto para cada proyecto, cuya viabilidad es analizada separadamente por cada organismo sectorial. Los índices urbanísticos dejan de ofrecer seguridad jurídica, pues las operaciones especiales pueden aumentarlos y estudios ambientales pueden reducirlos<sup>551</sup> (traducción propia).

---

<sup>551</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p 40. Originalmente: “O processo de aprovação do plano não leva em consideração suas especificidades técnicas, o que permite que emendas o deformem, resultando em regras incoerentes e contraproducentes. Depois de aprovado o plano, qualquer lei pontual pode alterá-lo. Depois de algum tempo não se sabe o que está ou não em vigor. A terminologia dos planos e leis urbanísticas é distinta em cada Município. Cada um cria uma classificação de zonas própria, cujo regime jurídico muitas vezes se confunde. A mera leitura de um mapa exige profundo conhecimento da legislação local. Há grande dificuldade em ter acesso às leis municipais e em saber o que está ou não em vigor. A multiplicação de conceitos e normas a respeito do mesmo objeto cria um verdadeiro código próprio que só pode ser lido por especialistas na legislação de cada Município”.



### **CAPÍTULO III. LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA Y SU ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO**

En el presente capítulo nos centraremos en los aspectos fundamentales en relación con los conceptos que conforman los objetos centrales propuestos en este estudio: la propiedad privada urbana y su régimen jurídico.

Con relación a la propiedad privada urbana, con antelación al análisis específico de su actual perfil y la conformación de su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico brasileño, creemos oportuno realizar una presentación de sus antecedentes como institución jurídica, considerando las principales etapas político-administrativas que conforman la historia de Brasil.

La exposición que realizaremos tiene como objetivo fundamental analizar el trato que se ha dispensado a dicha institución desde su introducción en Brasil hasta el actual momento jurídico, que tiene su inicio marcado por la promulgación de la Constitución Federal de 1988 y sus hitos más recientes, en la edición del Estatuto de la Ciudad y del Estatuto de la Metrópoli. Nos centraremos en contestar por medio de dicho análisis, fundamentalmente, a las siguientes cuestiones: ¿De qué manera la propiedad urbana, como institución jurídica, ha evolucionado ante el creciente y acelerado proceso de urbanización llevado a cabo en Brasil? ¿Cuáles han sido las razones políticas e ideológicas que han fundamentado el trato dispensado al derecho de propiedad del suelo durante las principales etapas político-administrativas de Brasil?

Realizadas tales consideraciones, avanzaremos con el objetivo de definir el perfil de la propiedad privada urbana en el actual marco jurídico brasileño, centrándonos en responder a las siguientes cuestiones: ¿Cuál el concepto de propiedad privada urbana empleado en el ordenamiento brasileño? ¿En qué instrumento jurídico encontramos dicha definición conceptual? ¿En qué instrumento jurídico queda recogida la conformación de su derecho? ¿En el plano teórico, de qué manera la función social de la propiedad debería influir en el derecho de propiedad del suelo urbano? ¿Qué efectos debería producir sobre él? ¿En la práctica de las normativas municipales brasileñas, cómo opera la función social de la propiedad sobre el derecho de propiedad del suelo?

Establecido el perfil jurídico de la propiedad privada urbana y definida la interacción de su derecho con el principio de la función social de la propiedad, nos centraremos en el análisis del régimen jurídico que emerge de dicha situación.

Profundizaremos en la identificación, en el marco del actual ordenamiento brasileño, del instrumento legislativo municipal que lo recoge, labor que nos conducirá a una serie de constataciones relacionadas con las problemáticas que ello conlleva, que traen en su trasfondo algunas de las cuestiones críticas puestas de manifiesto en la primera parte del presente estudio. Así mismo, expondremos la situación de la posible conformación del contenido del régimen jurídico de la propiedad urbana con relación a la actuación legislativa municipal, regional y federal.

Con el objetivo de presentar alternativas al estado de la cuestión de la conformación, instrumental y material, del régimen jurídico de la propiedad urbana en el actual ordenamiento brasileño nos apoyaremos en la experiencia jurídica llevada a cabo en España por medio de las leyes de suelo. Para ello, nos apoyaremos en entendimientos mayoritarios presentados por la doctrina y en el propio contenido de las legislaciones españolas que nos sirven de referencia con respecto a la estructuración del estatuto jurídico de la propiedad del suelo.

### **III.1. El derecho de propiedad del suelo urbano**

Conforme se ha tenido la oportunidad de exponer, la doctrina original de DUGUIT proponía el concepto de función social como sustitutivo del de derecho subjetivo; su desarrollo posterior evolucionó hacia una coexistencia entre ambas características. Esta tendencia fue reconocida en el ámbito constitucional brasileño por medio de la positivación de la función social como principio constitucional y el mantenimiento de la propiedad privada como un derecho fundamental.

Recalcando algunos aspectos anteriormente expuestos, el actual marco constitucional brasileño recoge como efecto de la función social sobre el derecho de propiedad, la existencia de distintos 'tipos' de propiedad, conforme al objetivo a que se refieran: terrenos rurales o urbanos, moneda, patentes, etc. Cada categoría de propiedad tiene reconocido su propio régimen jurídico, definido por las normas que rigen su respectiva actividad. Estas normas operan la conjugación práctica entre el derecho subjetivo de la propiedad y su elemento funcional, representado por la función social de la propiedad<sup>552</sup>.

Conforme a este marco jurídico, la propiedad no viene regulada como un derecho individual absoluto meramente reconocido por el Estado; y sí como un

---

<sup>552</sup> GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 119.

derecho y una institución económica por él garantizada en razón de su utilidad para la sociedad, encargándose al legislador ordinario la función de definir su régimen jurídico. De ahí que, en el ordenamiento jurídico brasileño, no existe un contenido único e inmutable del derecho de propiedad. Lo que se establece es un régimen variable y elástico, conformado por lo dispuesto en la Constitución Federal, por el Código Civil y por las legislaciones especiales. Así, cada situación es definida por un conjunto de derechos, obligaciones y condicionamientos, que dependen del tipo de bien y de la legislación que lo regula<sup>553</sup>.

Es de conocimiento general que la vocación del suelo urbano es totalmente distinta de la del suelo rural y los motivos de la valorización de uno y otro también dependen de aspectos muy diferentes. El suelo con vocación rural tiene su destino orientado al cumplimiento de funciones relacionadas con su explotación natural, con la producción agrícola, ganadera, forestal, u otras permitidas por la legislación especial que lo regula, en el caso brasileño, fundamentalmente el Estatuto de la Tierra – Ley federal 4.504 de 30 de noviembre de 1964 y otras leyes federales específicas. Su valorización o revalorización, depende de las inversiones que su propietario realice orientadas a la producción o extracción de riquezas naturales, agrícolas, forestales, pecuarias, etc.<sup>554</sup>.

Con respecto al suelo urbano, su destinación se relaciona con la consecución de las funciones esenciales de la ciudad: vivienda, circulación, trabajo y ocio. En muchas ocasiones, el incremento de su precio no depende de inversiones realizadas directamente por su propietario, basta para ello que se considere su localización, la presencia de infraestructura urbana, la atribución de aprovechamiento o edificabilidad por parte de los planes urbanísticos y otros factores. En este sentido, PESSÔA ha afirmado que:

“No hay dudas hoy y se tiene como demostrado que cualquier tipo de suelo, sea rural o urbano, es considerado, económicamente, un factor de producción o un insumo indispensable a la concretización del ciclo productivo capitalista. En el suelo rural, no obstante, el propietario aplica trabajo y en él realiza inversiones, de ahí resultando un valor, positivo o negativo – una pérdida o una ganancia. Tal valor puede ser expresado en actividad pecuaria, agricultura o cualquier otra actividad similar, pero la causa del resultado económico, así como el éxito o fracaso del emprendimiento, es resultado del esfuerzo individual. En el caso del suelo urbano con infraestructura, la situación se presenta de forma bastante diferente. Su valor no es consecuencia de pura acción individual, pero es,

---

<sup>553</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 175.

<sup>554</sup> En este sentido FLORES, Patrícia Teixeira Rezende. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, pp. 13-15.

esto sí, consecuencia de actividad conjunta del sector privado y del sector público, con absoluta predominancia de este último en el ofrecimiento de infraestructura”<sup>555</sup> (traducción propia).

En razón de eso, considerando la relevancia social y económica de estos bienes, el legislador constituyente se ha ocupado de regular la propiedad rural y la propiedad urbana en capítulos propios dentro del texto constitucional, en los cuales se determinan aspectos relativos a sus regímenes jurídicos y parámetros relacionados con el cumplimiento de la función social de estos bienes<sup>556</sup>.

El legislador constituyente brasileño ha optado por no apuntar en el texto constitucional un concepto específico para la propiedad urbana y para la propiedad rural. Es necesario buscar en legislaciones especiales el alcance y delimitación del objeto jurídico a que se hace referencia a nivel constitucional<sup>557</sup>.

Con respecto a la propiedad rural, su concepto viene determinado en el Estatuto de la Tierra, que en su art. 4 apartado 1, que determina con exactitud este aspecto: “Es el predio rústico, de área continuada, cualquiera que sea su localización, que se destine a la explotación extractiva agrícola, pecuaria o agroindustrial, sea por medio de planes públicos de valorización o bien a través de la iniciativa privada”<sup>558</sup>. Nótese, que conforme a este precepto, incluso enclavada en área urbanizada, una propiedad puede ser considerada rural desde que se destine a la explotación extractiva agrícola, pecuaria o agroindustrial.

En ámbito constitucional, el art. 186, que integra el Capítulo referente a la política agrícola y territorial, trata de vincular el cumplimiento de la función social de la propiedad rural a la observancia de una serie de requisitos objetivos: el

---

<sup>555</sup> PESSÔA, Álvaro. “Aspectos jurídico-institucionais do uso do solo urbano”...*op. cit.*, pp. 57 y 58. Originalmente: “Não pairam hoje dúvidas e tem-se como pacífico que qualquer tipo de solo, seja rural ou urbano, é considerado, economicamente, um fator de produção capitalista. No solo rural, entretanto, o proprietário aplica trabalho e nele realiza investimentos, daí resultando um valor, positivo ou negativo – uma perda ou um lucro. Tal valor poder ser expresso em atividade pecuária, agricultura ou qualquer outra atividade similar, mas a causa do resultado econômico, bem como o sucesso ou insucesso do empreendimento, é resultado de esforço individual. No caso do solo urbano infra-estruturado, a situação se apresenta de forma bastante diversa. Seu valor não é decorrente de pura ação individual, mas é, isto sim, função de atividade conjunta do setor privado e do setor público, com absoluta predominância deste último no fornecimento de infraestrutura”.

<sup>556</sup> En el texto constitucional de 1988, insertos en el Título VII – ‘Del orden económico y financiero’ del texto constitucional, encontramos el Capítulo II – De la política urbana, en el cual se regulan aspectos de la propiedad urbana; y el Capítulo III - De la política agrícola y territorial y de la reforma agraria, cuyos preceptos se orientan a la regulación de la propiedad rural.

<sup>557</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas...**op. cit.*, p. 233.

<sup>558</sup> BRASIL. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 30 de novembro de 1964, p. 49 (suplemento). Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm) (última consulta febrero de 2015).

aprovechamiento racional y adecuado de la propiedad; la utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; la observación de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo; y que su explotación favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores. Así mismo, determina que los criterios y los grados de exigencia en la imposición de estos parámetros quedarán establecidos en ley especial<sup>559</sup>.

En razón de esta última determinación, se ha promulgado la Ley 8.629 de febrero de 1993, cuyo principal objetivo es reglamentar los dispositivos constitucionales relativos a la reforma agraria. En su art. 9, trata de reforzar los requisitos de cumplimiento de la función social de la propiedad rural, determinando sus grados y criterios<sup>560</sup>.

Se hace necesario señalar que los requisitos establecidos en el art. 186 de la Constitución y regulados en la Ley 8.629 deben ser cumplidos simultáneamente y que dejando de atender el propietario rural a alguno de ellos, su propiedad deja de atender su función social y consecuentemente podrá ser objeto de expropiación por interés social para fines de reforma agraria, en atención a lo dispuesto en el art. 184 de la Constitución Federal<sup>561</sup>.

---

<sup>559</sup> Art. 186. "La función social se cumple cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos: I. aprovechamiento racional y adecuado; II. utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; III. observación de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo; IV. explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

<sup>560</sup> En él se recoge: "Art. 9. La función social es cumplida cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según grados y criterios establecidos en esta ley, los siguientes requisitos: I – aprovechamiento racional y adecuado; III – utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente; III – observancia de las disposiciones de reglamentación de las relaciones laborales; IV – exploración que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores; Párrafo 1) Considerase racional y adecuado el aprovechamiento que alcance los grados de utilización de la tierra y de eficiencia en la explotación especificados en los párrafos 1 y 7 del art. 6 de esta ley; Párrafo 2) Considerase adecuada la utilización de los recursos naturales disponibles cuando la explotación se realice respetando la vocación natural de la tierra, de cara a mantener su potencial productivo; Párrafo 3) Considerase preservación ambiental el mantenimiento de las características propias del medio natural y de la calidad de los recursos ambientales, en la medida adecuada al mantenimiento del equilibrio ecológico de la propiedad y la salud y la calidad de vida de las poblaciones cercadas; Párrafo 4) La observancia de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo implican tanto las leyes laborales como los contratos colectivos de trabajo, como las disposiciones que disciplinan los contratos de arrendamiento y colaboración rurales. Párrafo 5) La explotación que favorece el bienestar de los propietarios y los trabajadores rurales es la que objetiva el atendimiento de las necesidades básicas de los que trabajan la tierra, observadas las normas de seguridad laboral y no comprobados conflictos y tensiones sociales en el inmueble". BRASIL. Lei 8.629 de 25 de fevereiro de 1993, dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União de 26 de febrero de 1993, p. 2349. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8629.htm) (última consulta febrero de 2015).

<sup>561</sup> Cuyo tenor literal dispone: "Art. 184. Es competencia de la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no está cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida

En razón de los objetivos que se plantean en el presente estudio, nos hemos limitado a presentar algunas notas sobre la reglamentación de la propiedad rural en el ámbito constitucional brasileño y en las leyes especiales – Estatuto de la Tierra y Ley 8.629 –, con la intención de ofrecer una base comparativa con relación al tratamiento constitucional dispensado a la propiedad urbana. Es necesario señalar que la referida materia ha sido y es, objeto de estudios específicos y debates académicos<sup>562</sup>, ganando la consideración de materia sensible y polémica en ámbito doctrinal, principalmente con respecto a los parámetros de productividad establecidos en orden al cumplimiento de la función social y la incompleta reglamentación de los preceptos constitucionales referentes a la propiedad rural<sup>563</sup>.

Con relación a la propiedad urbana, el legislador constituyente ha sido más flexible con relación a la imposición de parámetros objetivos para el cumplimiento de su función social y ha optado por remitir completamente la concreción de tal encargo al legislador infraconstitucional, conforme se ha expuesto anteriormente. La elección de esta opción jurídica puede encontrar justificativa, principalmente, en la especial situación de la propiedad privada urbana, sobre la cual pesan distintos intereses: por un lado, el de su propietario y por el otro, el de la colectividad que habita las ciudades.

---

en la ley. Párrafo 1. Las mejoras útiles y necesarias serán indemnizadas en dinero. Párrafo 2. El Decreto que declarase el inmueble como de interés social, para fines de reforma agraria, autoriza a la Unión a proponer la acción de expropiación. Párrafo 3. Corresponde a una ley complementaria establecer un procedimiento contradictorio especial, de carácter sumario, para el proceso judicial de expropiación. Párrafo 4. El presupuesto fijará anualmente el volumen total de títulos de deuda agraria, así como el montante de recursos para atender a los programas de reforma agraria en ejercicio. Párrafo 5) Están exentas de impuestos federales, estatales y municipales las operaciones de transmisión de inmuebles expropiados para fines de reforma agraria” (traducción propia). Originalmente: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. Parágrafo 1. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. Parágrafo 2. O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. Parágrafo 3. Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. Parágrafo 4. O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. Parágrafo 5. São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agraria”.

<sup>562</sup> Véase, entre otros BARROSO, Lucas y PASSOS, Cristiane Lisita Abreu (Coord.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003; MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003; BERTAN, José Neure. *Propriedade privada...op. cit.*; y VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. Leme: LED, 1998.

<sup>563</sup> Actuación que debería materializarse por medio de la aprobación del Plan Nacional de Ordenación de Territorio, previsto en el art. 21, apartado IX del texto constitucional, por el cual se determina que compete a la Unión elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social. Situación aún pendiente de concreción en la actualidad, lo que trae como consecuencia acalorados debates en sede doctrinal sobre la eficacia de todos los dispositivos establecidos dentro del capítulo de la política agrícola y territorial, para una aproximación al tema véase ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Fabris, 2003, pp. 239-242.

La conformación de su valor económico se establece de manera distinta que el de la propiedad rural, ya que en él las actuaciones de la Administración Pública en función de la realización del interés público en el ámbito urbanístico, contribuyen a su incremento o disminución, hecho que debe ser tomado en consideración en la conformación de su régimen jurídico.

En este contexto, compete a la Administración Pública, por medio del establecimiento de un conjunto de normas específicas de derecho urbanístico, determinar la aplicación de instrumentos y mecanismos jurídicos que busquen la posible materialización de este delicado equilibrio de intereses que se manifiestan de manera más pronunciada con relación a la propiedad urbana<sup>564</sup>.

Considerando estos aspectos generales que rescatan los fundamentos teóricos de la necesaria regulación de la propiedad urbana por medio de la legislación urbanística, en los apartados que siguen nos ocuparemos de exponer con detenimiento el marco jurídico regulatorio de la propiedad urbana en el ordenamiento brasileño, cuyo estado actual, en algunas situaciones, no respecta en la práctica la previsión constitucional que determina el instrumento que le debe recoger en el ámbito de la legislación urbanística local. Es importante señalar que los elementos causantes de algunas de las problemáticas identificadas con relación al estado de la cuestión de las fuentes normativas del derecho urbanístico brasileño, la poca o nula efectividad de los Planes Directores sobre la realidad de las ciudades brasileñas y el escaso nivel de institucionalización del planeamiento urbanístico en las Administraciones locales, encuentran su justificativa en el tratamiento dispensado a la materia objeto de análisis en los apartados siguientes.

No obstante eso, con anterioridad, entendemos oportuno realizar alguna precisión con respecto a la utilización de la expresión 'propiedad urbana': Su empleo, consagrado tradicionalmente por la legislación y doctrina brasileñas, tendrá significado coincidente con el de propiedad del suelo con vocación urbana o suelo afectado de alguna forma por el desarrollo urbanístico de la ciudad, expresiones más afines con el vocabulario empleado en textos legislativos y estudios relacionados con el derecho urbanístico en España<sup>565</sup>.

---

<sup>564</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 77.

<sup>565</sup> Con respecto al empleo de la palabra suelo tradicionalmente en el ámbito del derecho urbanístico español, ESCRIBANO COLLADO señala que "La palabra suelo encierra en sí un valor sobreentendido en cuanto alude a aquellos espacios y terrenos implicados por la planificación urbanística. Al menos nuestra Ley del Suelo contribuye a ello poderosamente, distinguiéndose así la propiedad agraria por la referencia que ésta efectúa a la palabra tierra. El lenguaje posee en este ámbito del Derecho un valor sorprendente

### III.1.1. La propiedad privada del suelo urbano

Conforme ya se ha puesto de manifiesto, el análisis de los aspectos técnico-jurídicos que conforman la regulación de la propiedad privada urbana se presenta como objetivo fundamental en el presente capítulo, no obstante, entendemos que la comprensión (y aprehensión) de gran parte de las cuestiones relacionadas con la estructura jurídica elaborada y dispuesta para disciplinar la propiedad urbana en la actualidad, pasa por la revisión de un conjunto de concepciones sociales, económicas, históricas y políticas – culturales lato sensu –, que han marcado la conformación de la sociedad urbana brasileña y la historia del país como nación, transformándola en única y que, a su vez, son fundamentales como elementos justificadores de las elecciones plasmadas en su ordenamiento jurídico, completando de esa forma, el marco de antecedentes anteriormente expuestos con relación a la propiedad privada como institución jurídica y de las normas de derecho urbanístico, con una aproximación al proceso evolutivo del derecho de propiedad privada del suelo en el ordenamiento brasileño.

En este sentido, es de suma importancia dentro del presente estudio, conectar con una serie de temas muy peculiares a Brasil, cuyas ciudades, en su actual configuración, son el reflejo de una sociedad que no ha conseguido superar su pasado colonial para avanzar en el establecimiento de un sistema más justo de distribución de riquezas entre las clases sociales que lo integran y caracterizan<sup>566</sup>. De tal manera que, uno de los principales factores de desigualdad socio-espacial en este país es, justamente, el acceso, o la falta de él, a la propiedad privada del suelo, en el ámbito rural y urbano<sup>567</sup>.

Pese a las similitudes que puedan verificarse, de manera general, entre los ordenamientos jurídicos de Brasil y España, en el ámbito urbano, las realidades vividas en estos países son bastante heterogéneas.

---

en cuanto hace implícita en cada término un conjunto de factores y realidades completamente contrapuestos en la sociedad de nuestros días”. ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana...op. cit.*, p. 155.

<sup>566</sup> Sobre los aspectos superados o los que aún siguen persiguiendo la construcción de la sociedad urbana en Brasil véase ARANTES, Otilia. “Uma estratégia fatal”. En ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: Desmanchando consensos*. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 11-70.

<sup>567</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. “A luta pela terra urbana”. En RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 71 y ss.

En España, la ciudad medieval amurallada pervive hasta principios del siglo XIX, hasta el rompimiento de su 'cáscara' como resultado de la revolución industrial, que produce una tendencia progresiva a la concentración de la población en las ciudades, obligando la búsqueda de mayores espacios para su acomodo físico y, también, para su desarrollo económico y, en consecuencia, a saltar por encima o a destruir materialmente las antiguas cercas que no sólo limitaban el crecimiento físico de la ciudad, sino que constituían todavía una autentica barrera aduanera<sup>568</sup>.

En Brasil, el fenómeno urbano se vincula a la política de ocupación y expansión de poblaciones establecida por la Corona Portuguesa y su evolución se relaciona estrechamente con los irregulares ciclos económicos vividos en el país, que no siempre se correspondían con el establecimiento de un ambiente de prosperidad económica en las ciudades que las tornasen atractivas para las poblaciones, sino más bien se presentaban como una alternativa ante la imposibilidad de supervivencia en las zonas rurales<sup>569</sup>.

Del año 1940 hasta el 2010, la proporción de brasileños que viven en ciudades pasó del 31% al 84%, lo que significa que en la actualidad cerca de 160 millones de habitantes residen en centros urbanos<sup>570</sup>. Se puede afirmar que éste fue uno de los procesos de urbanización más intensos a nivel mundial en el siglo XX<sup>571</sup>. El enorme desplazamiento de población en Brasil está relacionado con la histórica concentración de tierras agrícolas y el fracaso de las propuestas de reforma agraria recogidas en diversas épocas, bajo diversos regímenes, en diversos documentos legislativos y planes de acción de Gobiernos y Administraciones Públicas.

---

<sup>568</sup> Para profundizar en las informaciones contenidas en este párrafo véase "La evolución histórica del urbanismo" en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 38-47. En razón de este contexto, es posible afirmar que la población en España empieza a concentrarse fuertemente en las ciudades de manera natural, impulsada por las oportunidades económicas que ahí se desarrollaban. Las ciudades se van convirtiendo en los centros que organizan la vida económica, cultural, social, etc., de unos territorios cada vez más amplios. Primeramente amplían su esfera de influencia, para pasar después, a conectarse con otros núcleos más lejanos que integran sus redes. Sobre las primeras manifestaciones de la concentración urbana en España a causa de los inicios de la industrialización se indica BASSOLS COMA, Martín. *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812 – 1956)*. Madrid: Montecorvo, 1973, p. 55 y ss. Donde el autor afirma existir una correlación entre industrialización, incremento demográfico y urbanización. Se indica la industrialización como el motor de las transformaciones de las sociedades desde hace siglo y medio.

<sup>569</sup> Informa LEAL que el proceso de poblamiento de Brasil empezó de manera tardía, ya que Portugal no dio inicio a la colonización permanente del litoral brasileño hasta el año 1530. LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 62.

<sup>570</sup> MARICATO, Ermínia. "A cidade sustentável". *IX Congresso Nacional de Sindicatos dos Engenheiros - Sociedade, Energia e Meio Ambiente*. Porto Velho: CONSENTE, 2008, Disponible en <http://coptec.org.br/biblioteca/Agroecologia/Artigos/A%20cidade%20sustent%20E1vel%20-%20Erminia%20Maricato.pdf> (última consulta febrero de 2015).

<sup>571</sup> FERNANDES, Edésio. "Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política...op. cit.*, p. 11.

En las ciudades brasileñas, la población migrante ha desarrollado un papel fundamental como mano de obra barata en el proceso de industrialización tardío del país, fundamentado en la sustitución de las importaciones. La modernización ocurrió ‘de espaldas’ a esta mayoría, excluida por las políticas públicas y del mercado formal de la propiedad urbana, obligada a construir sus propias viviendas y frecuentemente sus propios barrios, generando un continuo proceso de ocupación desordenada, ilegal y no planeada. En este sentido MARICATO expone:

“Entre los años 1940 y 1980 la población de Brasil presentó crecimientos superiores al 7% configurando un aparente bien sucedido salto de modernización. No obstante esta modernización se hizo a expensas de la fuerza de trabajo barata que, ignorada por las políticas públicas y excluida del mercado formal residencial capitalista, fue obligada a construir sus propias viviendas, y frecuentemente, sus propios barrios, para resolver sus problemas de asentamiento en las ciudades. Un proceso de urbanización basado en los bajos sueldos – en las áreas industrializadas – y en la relación informal, en las áreas de economía deprimida, es la clave explicativa para ciudades y metrópolis producidas, en gran parte, de forma ilegal por las manos de sus moradores: sin observancia de leyes urbanísticas y edificatorias, sin contar con el conocimiento técnico de ingenieros y arquitectos, sin financiación pública o subsidios, resultando en casas y demás edificaciones cuya construcción se arrastra a lo largo de los años, marcadas por ambientes insalubres y áreas sometidas a riesgos de diversas naturalezas. Tratase, aún, desde el principio de la industrialización hasta la actualidad, de una fuerza de trabajo que no recibe lo suficiente para su propia producción dentro de la formalidad urbanística”<sup>572</sup> (traducción propia).

### **III.1.1.1. Encuadramiento de la evolución de la propiedad privada del suelo en Brasil, con especial atención a la propiedad urbana**

En los apartados siguientes, trataremos de discurrir brevemente sobre algunos aspectos claves que conforman la realidad urbana brasileña, realizando un repaso de los antecedentes de la regulación del derecho de propiedad privada urbana durante las distintas fases y modelos de organización que han conformado la historia político-administrativa del país, hasta la conformación del actual marco normativo,

---

<sup>572</sup> MARICATO, Ermínia. “*A cidade sustentável*”...*op. cit.*, p. 13. Originalmente: “Entre 1940 e 1980 o Brasil cresceu a taxas superiores a 7% configurando um aparentemente bem sucedido salto de modernização. No entanto essa modernização se fez às expensas da força de trabalho barata que, ignorada pelas políticas públicas e excluída do mercado formal residencial capitalista foi obrigada a construir suas próprias moradias, e frequentemente seus próprios bairros, para resolver seu problema de assentamento nas cidades. Um processo de urbanização baseado nos baixos salários - nas áreas industrializadas- e na relação informal, nas áreas de economia deprimidas é a chave explicativa para cidades e metrópoles produzidas, em grande parte, de forma ilegal pelas mãos de seus moradores: sem observação de leis urbanísticas e edilícia, sem conhecimento técnico de engenheiros e arquitetos, sem financiamento público ou subsídios resultando em casas e demais edifícios cuja construção se arrasta ao longo de muitos anos marcadas por ambientes insalubres e áreas submetidas a riscos de diversas natureza . Trata-se, ainda, desde o início da industrialização até os dias de hoje, de uma força de trabalho que não ganha o suficiente para sua própria reprodução dentro da formalidade urbanística”.

centrándonos en las principales determinaciones recogidas en la Constitución Federal de 1988 y en el Estatuto de la Ciudad de 2001 con especial incidencia sobre la propiedad privada urbana. El encuadramiento de la evolución de la propiedad privada del suelo configura el marco general en el cual se ha ido conformando tímidamente y de manera paralela la incipiente actuación del Estado brasileño en el ámbito del urbanismo, cuyos antecedentes normativos y el estado actual de regulación han sido expuestos en el anterior capítulo. Las líneas que siguen son una sencilla aproximación que tiene como objetivo principal poner de manifiesto la realidad que viene sosteniendo y afectando la producción de las leyes regulatorias del derecho de la propiedad privada urbana, principalmente las urbanísticas.

#### **III.1.1.1.1. Introducción de la propiedad privada del suelo en Brasil: La Ley de Tierras del Imperio**

Durante el período colonial, la Corona Portuguesa fue la propietaria absoluta del suelo en Brasil. En este periodo, el Rey, con el objetivo de ocupar y mantener los límites territoriales conquistados, instituyó el sistema de ‘sesmarias’<sup>573</sup>, por el cual determinaba la concesión a unos pocos elegidos, del derecho de goce y uso de grandes parcelas de suelo en el Brasil colonial. En este contexto, la titularidad originaria de la propiedad se mantenía en manos de la Corona Portuguesa, los beneficiarios de las concesiones tenían prohibido venderlas o enajenarlas, repartirlas o cederlas; el suelo de la sesmaria otorgada no poseía valor comercial, pero su forma de posesión ya adelantaba el establecimiento de una política de favorecimiento de determinada clase social<sup>574</sup>.

Proclamada la independencia de Brasil en el año 1822, episodio en el cual el recién implantado Imperio brasileño contó con el fuerte apoyo diplomático de Inglaterra, surgió la imperiosa necesidad de establecer un sistema legal que definiese y consolidase la propiedad territorial en el país. Sin embargo, por cuestiones de pura

---

<sup>573</sup> En su origen, el régimen jurídico de las *sesmarias* se relaciona con el de las tierras comunales de la época medieval, las llamadas *communalias*. Antigua costumbre de la región de la Península Ibérica, según la cual las tierras eran aradas por las comunidades, divididas de acuerdo con el número de locales y sorteadas entre ellos, para que fuesen cultivadas. La Monarquía portuguesa en su tarea de ocupación del inmenso territorio de Brasil encontró en las bases de su tradición un modelo: las sesmarias. La sesmaria era una subdivisión de las *capitanías hereditarias*, que eran inmensas parcelas de tierra que se distribuían entre los hidalgos de la pequeña nobleza, hombres de negocios, funcionarios burócratas y militares. DINIZ, Mônica. “Sesmarias e posse de terras: Política fundiária para assegurar a colonização brasileira”. *Histórica Revista Online do Arquivo Público do Estado de São Paulo*. 2ª Ed. Junio 2005. Disponible en <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia03/> (última consultan febrero de 2015).

<sup>574</sup> FACHIN, Luiz Edson y ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. “Aspectos da funcionalização da propriedade (...)”...*op. cit.*, p. 130.

indecisión política, no fue hasta la promulgación de la Ley 601/1850, de 18 de septiembre, conocida como la Ley de Tierras, que se implantó de manera definitiva la propiedad privada del suelo en Brasil<sup>575</sup>.

Los más de 25 años de indeterminación por parte del Imperio brasileño en el sentido de imponer reglas en materia de propiedad privada del suelo, encuentran explicación en las fuertes disputas internas por el poder que se acentuaban cada vez más y en la enorme presión ejercida por los beneficiarios del sistema de sesmarias y los ocupantes de tierras reconocidos por la Corona; en el sentido de que sus posesiones fuesen confirmadas en el nuevo régimen jurídico que debería ser implantado<sup>576</sup>.

El resultado de dichas disputas fue el derrocamiento de un incipiente proyecto liberal de financiación para que la colonización del territorio se organizase en base a la venta de pequeñas propiedades por el Imperio a colonos europeos y la promoción de la demarcación de propiedades ya distribuidas entre grandes terratenientes que, durante este proceso, también conseguirán apropiarse de parcelas de suelo propiedad del Estado<sup>577</sup>.

El proceso político de aprobación de una Ley de Tierras fue extremadamente benéfico para los intereses de los terratenientes del periodo imperial y encuentra su principal justificativa en la extinción del tráfico negrero en Brasil, cuyo fundamento reside mucho más en la concreción de los intereses comerciales ingleses con respecto al emergente mercado brasileño, que en la aplicación de las ideas abolicionistas<sup>578</sup>.

La expansión comercial impuesta por la Revolución Industrial hizo que aumentase el interés de los ingleses por el mercado brasileño y, por ende, la presión que ejercían sobre el gobierno del Imperio brasileño, en el sentido de que se anulase cualquier restricción para la entrada de sus productos en territorio brasileño y para garantizar un continuo aumento del número de consumidores en el país. Objetivos éstos, cuya concreción quedaba vinculada a la extinción por parte del Imperio del

---

<sup>575</sup> La fase imperial de Brasil se desarrolló del año 1822 al 1889 - de la proclamación de su independencia del Reino de Portugal hasta que el Imperio sufrió un golpe de Estado que culminó con el exilio de la familia real portuguesa y la proclamación de la República, y que perduró hasta el año 1930.

<sup>576</sup> Para profundizar en el contenido de la Ley de Tierras véase CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 327 y ss.

<sup>577</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos: Breve história da propriedade urbana no Brasil". *Anais do Simpósio Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização*. São Paulo: UNESP Bauru e SESC Bauru, 2005, pp. 1 y 2. Disponible en: [http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j\\_whitaker/artigos.html](http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j_whitaker/artigos.html) (última consulta febrero de 2015).

<sup>578</sup> Ídem.

régimen de producción basado en la mano de obra esclava y la implementación de un nuevo régimen fundamentado en el modelo asalariado, que ya imperaba en Europa<sup>579</sup>.

En atención a las amenazas de cerrar los puertos brasileños realizadas por parte de los ingleses, en el año 1850 el Imperio brasileño prohibió de manera definitiva el tráfico de esclavos<sup>580</sup>. En este nuevo contexto, a los grandes productores de café, principal cultivo exportable en esta época y demandante máximo de mano de obra esclava, no les quedó otra alternativa que reorganizarse para adoptar en sus explotaciones agrícolas la mano de obra libre y asalariada de los inmigrantes europeos y también asiáticos<sup>581</sup>.

Con respecto a la mano de obra inmigrante, es necesario afirmar que las condiciones impuestas para su empleo en las grandes propiedades productivas de Brasil conformaban un cruel sistema de endeudamiento para el trabajador, ya que el inmigrante recién llegado tenía que comprar del propio empleador sus herramientas de trabajo, alimentos y lo que fuera necesario para su subsistencia, situación que acarrearía una dependencia financiera casi total por parte de la mano de obra 'libre', que al final, vivía en condiciones muy similares a las de esclavitud<sup>582</sup>. Nótese que las posibilidades de prosperar y adquirir bienes, incluyendo la propiedad de suelo, era muy remota para esta nueva clase social que se asentaba en Brasil.

A modo de conclusión se puede afirmar que la Ley de Tierras, además de cohibir la implantación de un modelo de ocupación y de producción basados en el acceso a pequeñas propiedades privadas orientadas a la subsistencia, también determinó un cambio conceptual en los indicadores de riqueza y poder de esta época. Antes de la promulgación de la referida ley, el "capital" de los grandes terratenientes se medía por el número de esclavos que cada uno poseía<sup>583</sup>. Conforme se ha indicado

---

<sup>579</sup> BALDEZ, Miguel Lanzellotti. "A luta pela terra urbana". En RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). *Reforma urbana e gestão...op. cit.*, p. 72.

<sup>580</sup> Ídem. LANZELLOTTI recoge interesante relato del Consejo de Estado de Brasil, del año 1850, en el cual se discutía la extinción del tráfico negrero. Expone el autor que, en boletín leído al principio de la sesión de 11 de julio y del discurso del Consejero Lima y Silva, se expresa con claridad la realidad económica, social y política de la nación. El contenido del boletín exponía que el Gobierno de Inglaterra, fundándose en que Brasil no quería o no podía reprimir el tráfico y valiéndose del Bill of Aberdeen de 1845, quedaba liberado para realizar esta represión por su propia cuenta, y con medios fortísimos que tenía a su disposición, visitando, deteniendo y juzgando las embarcaciones brasileñas, entrando en los puertos de país, quemando sus navíos y destruyendo toda la resistencia.

<sup>581</sup> FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2001, pp. 155 y 156. El autor afirma que la inmigración en masa fue una de las características más importantes de los cambios socioeconómicos llevados a cabo en Brasil a partir de la última década del siglo XIX. Cerca de 3,8 millones de extranjeros entraron en Brasil entre los años 1887 y 1930.

<sup>582</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos (...)"...*op. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>583</sup> *Ibidem*, p. 3.

anteriormente, el suelo, por entonces, no tenía valor comercial porque no era posible realizar su venta o cualquier otro negocio jurídico; la riqueza y el poder eran medidos por el número de esclavos que uno poseía.

La prohibición definitiva del tráfico de esclavos seguida, semanas después, de la promulgación de la Ley de Tierras no fue una coincidencia. La promulgación de ésta ley tenía como fundamento último, fijar un nuevo indicativo de riqueza en Brasil: la extensión de las propiedades privadas<sup>584</sup>. El suelo se transformaba en mercancía y, cumpliendo con las expectativas inglesas, el trabajo asalariado ya podía expandirse por el territorio brasileño.

En el ámbito urbano, la Ley de Tierras fue un verdadero marco, cuya influencia fue decisiva con respecto a la consolidación de las dinámicas de apropiación del suelo urbano que se venían desarrollando ya que, por primera vez en la historia de Brasil, se determinaba la distinción entre suelo público y suelo privado. Proporcionando el establecimiento, ya más adelante en el proceso evolutivo del ordenamiento brasileño, de normas reguladoras de acceso a la tierra urbana y la definición de estándares de uso y de ocupación del suelo, que no se dieron de manera concomitante y tampoco con fundamento en el bienestar de la colectividad<sup>585</sup>.

Es importante aclarar que el establecimiento de una economía totalmente agro-exportadora no implicaba necesariamente el predominio del medio rural sobre el medio urbano en el panorama de esta época. Se puede afirmar que la producción económica ocurría en el medio rural, sin embargo, su control y comercialización se daba esencialmente en las ciudades. En este sentido, OLIVEIRA señala que la dinámica urbana se instala en Brasil antes que la agrícola, porque la producción, desde un principio, estuvo muy orientada a la explotación de recursos naturales y minerales para exportación. De ahí viene la explicación al carácter político administrativo de las ciudades en Brasil desde la época colonial, lo que se confundió con un supuesto predominio del 'campo' sobre la ciudad<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> En este sentido FACHIN y ROCHA GONÇALVES afirman que la absolutización de la propiedad, inserta en la lógica capitalista de tornar los medios de producción mercancías acumulables, ha traído como resultado el mantenimiento de grandes extensiones de tierras bajo el dominio de la concentración del latifundio. FACHIN, Luiz Edson y ROCHA GONÇALVES, Marcos Alberto. *“Aspectos da funcionalização da propriedade (...)”...op. cit.*, p. 136.

<sup>585</sup> MARICATO, Ermínia. “As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias”. En ARANTES, Otília; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único...op. cit.*, p. 148.

<sup>586</sup> OLIVERIA, Francisco de. “Acumulação monopolista, Estado e urbanização: a nova qualidade do conflito de classes”. En MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena; OLIVEIRA, Francisco de;

En este período, a causa de un proceso de diversificación de las inversiones promovido por los grandes productores de café, se empieza a notar el florecimiento de una incipiente industria en la región de São Paulo. También ocurre en este mismo período, el nacimiento y la consolidación de una concepción elitista sobre el ambiente urbano, que vislumbra la ciudad brasileña, principalmente las de Río de Janeiro y São Paulo, como una expresión de la ambición comercial económica del país, temerosa de que estas ciudades se transformen justamente en un reflejo de la situación de atraso que en realidad se notaba a nivel nacional<sup>587</sup>.

En razón de eso, las primeras intervenciones urbanísticas llevadas a cabo en Brasil a partir del año 1875, buscaban crear una nueva imagen de ciudad, adecuada a los modelos estéticos europeos<sup>588</sup>. Por medio de dichas intervenciones, la élite local instalada en las ciudades, buscaba alejar de su campo de visión los pueblerinos incultos, la gente miserable que empezaba a ser una molestia en el ámbito urbano<sup>589</sup>.

Empezaba el periodo de elaboración y puesta en marcha de planes de mejoramiento, embellecimiento y extensión de ciudades. En efecto, la introducción de los planes de urbanismo en Brasil sucedió por medio de la elaboración de estos planes, verdaderos ejemplares del urbanismo renacentista y del movimiento *City Beautiful*. El Plan de Reforma de la Ciudad de Río de Janeiro de 1875, elaborado por la Comisión de Mejoramientos de la ciudad para su reforma integral fue el primer representante brasileño de esta concepción de plan<sup>590</sup>.

En esta etapa inicial, los planes eran exclusivamente físicos, concentrados en la definición del sistema viario, la ubicación y materialización de los grandes equipamientos públicos y eran elaborados por arquitectos e ingenieros integrantes de los propios cuadros técnicos de los municipios. Además de eso, generalmente se limitaban a prever intervenciones puntuales en áreas específicas, en su gran mayoría, en los centros de las ciudades<sup>591</sup>.

---

SOUZA, Sérgio de. *Contradições urbanas e movimentos sociais*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra/CEDEC, 1978, p. 74.

<sup>587</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos (...)"...*op. cit.*, p. 7.

<sup>588</sup> Véase VILLAÇA, Flávio. "Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil". En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.). *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: Editora da USP, 1999, p. 193 y ss.

<sup>589</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos (...)"...*op. cit.*, p. 7.

<sup>590</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico*...*op. cit.*, p. 79.

<sup>591</sup> Explica VILLAÇA que los primeros planes de urbanismo elaborados en Brasil tenían su origen en la tradición europea, principalmente, y consistían básicamente en prever obras de ensanchamiento de vías, erradicar posibles ocupaciones de áreas centrales de las ciudades por personas desprovistas de recursos

Otro incontestable representante de esta concepción fue el 'Plan de Urbanismo de Pereira Passos' para la ciudad de Río de Janeiro, anunciado por medio del Oficio municipal núm. 30 en 13 de abril de 1903<sup>592</sup>. El autor del referido plan había trabajado anteriormente en la Administración Pública del municipio, habiendo participado activamente en la elaboración del Plan de Reforma del año 1875. Al asumir la alcaldía de la ciudad, Pereira Passos se aseguró de poner en marcha un plan que funcionase como una relectura de aquel primer plan de reformas, previendo en esta nueva versión una serie de obras de embellecimiento de la ciudad<sup>593</sup>.

Argumenta VILLAÇA que, en esta etapa, los planes eran discutidos abiertamente antes de su implementación y, al contrario de lo que acontecería en el futuro, los planes cumplían la función de anunciar la realización de grandes obras de infraestructura y eran efectivamente llevados a cabo. Según el referido autor, eso era posible en razón de la hegemonía social de las clases dominantes, que era tan acentuada que les resultaba posible imponer, para toda la ciudad, un conjunto de soluciones que les parecieran las más adecuadas o las más interesantes con relación a sus propios intereses; sin tener que preocuparse por presentar justificaciones o explicaciones que ocultasen las verdaderas intenciones por detrás de las actuaciones contenidas en dichos planes<sup>594</sup>.

En este contexto, las escasas actividades administrativas orientadas específicamente a la mejoría del ámbito urbano fomentaban de manera sistemática la segregación social a través de la distinción social del espacio urbano. La población pobre era excluida del proceso y relegada a áreas de menor o de ningún interés, situación que terminó por consolidar los 'cortiços'<sup>595</sup> y la ocupación irregular de los

---

económicos, implementar infraestructuras, especialmente de saneamiento, y construir jardines en parques y plazas. También informa el autor que el principal representante de esta etapa fue el ingeniero brasileño Saturnino de Brito, responsable de la elaboración de planes de saneamiento para varias ciudades brasileñas. En algunas de ellas, los planes también incluían directrices para la expansión urbana, como fue el caso de las ciudades de Vitória (1896), Santos (1909) y Recife (1915). VILLAÇA, Flávio. "Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil". En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) *O processo de...op. cit.*, p. 192.

<sup>592</sup> Nos recuerda PINTO que durante este periodo los planes de reforma o embellecimiento no tenían cualquier valor jurídico. PINTO, Víctor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 79.

<sup>593</sup> Entre las principales obras, se destaca la construcción de la Avenida Central (actual Avenida Rio Branco); de la Avenida Beira-Mar, conectando la Avenida Rio Branco con el final de la Playa de Botafogo; y de la Avenida Mem de Sá, ligando la Lapa a la Tijuca y a São Cristóvão. LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurélio Filgueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil 1895-1965*. São Paulo: Studio Nobel/FAU USP/FUPAM, 1999, p. 24.

<sup>594</sup> VILLAÇA, Flávio. "Perspectivas do planejamento urbano no Brasil de hoje". *Seminário cidades brasileiras: Desejos e possibilidades*. Agosto de 2000, p. 7. Disponible en [http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/campo\\_gde.pdf](http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/campo_gde.pdf) (última consulta en febrero de 2015).

<sup>595</sup> 'Cortiço' es la expresión, en portugués, utilizada en Brasil para denominar una vivienda cuyas habitaciones se alquilan a familias de baja renta. Las instalaciones sanitarias son comunes. La Ley

montes con finalidad habitacional como soluciones a la falta de acceso a la propiedad urbana por parte de la población desprovista de recursos económicos.

Según MARICATO, en el año 1888, la ciudad de Río de Janeiro ya contaba con aproximadamente 45 mil personas viviendo en 'cortiços', en su gran mayoría ex esclavos. La insalubridad, las epidemias provocadas por la ausencia de infraestructuras, como por ejemplo las relacionadas con saneamiento, la violencia, la alta densidad de ocupación de las viviendas colectivas, marcaban una gran parte de la ciudad, situación que ya adelantaba la tónica de lo que vendría a ser la ciudad brasileña del siglo XX<sup>596</sup>. Las operaciones urbanas se destinaban a producir mejoras en áreas concentradas de la ciudad, principalmente en los barrios donde se encontraban afincadas las clases dominantes, y eso tiene fácil explicación; el aparato público de la época estaba hábilmente controlado por estas mismas élites locales, que comandaban el ritmo y la dirección de las inversiones en el ámbito urbano conforme sus intereses<sup>597</sup>.

En este contexto, a la propiedad privada urbana no se la tocaba como no fuera para incrementar su valor por medio de la realización de obras de mejora y embellecimiento urbano.

### **III.1.1.1.2. La propiedad urbana en el periodo industrial brasileño**

Las dinámicas de urbanización que se venían imponiendo en Brasil, conforme se ha indicado anteriormente, seguían un modelo en el cual las acciones de las Administraciones Públicas en el ámbito urbano se desarrollaban por y para los propietarios del suelo, situación que, disociada del contexto social de la época, no plantea grandes problemas, ya que el suelo es el eje operativo de lo que hoy se configura como urbanismo y su propiedad, el primer elemento a ser considerado por el derecho urbanístico. Sin embargo, la cuestión reside en que la mayoría de la población no tenía acceso a la propiedad urbana y vivía en inmuebles ocupados

---

orgánica de São Paulo las denomina técnicamente en su art. 171 como habitaciones colectivas precarias en alquiler. El Diccionario Aurélio define los 'cortiços' como habitación colectiva para las clases pobres. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa versão online*. Disponible en <http://www.dicionariodoaurelio.com> (última consulta febrero de 2015).

<sup>596</sup> MARICATO, Ermínia. *Habituação e Cidade*. São Paulo: Atual Editoria, 1997, p. 27.

<sup>597</sup> En comentario a las primeras reglas urbanísticas aplicadas en la ciudad de São Paulo, ROLNIK afirma que estas leyes, definiendo la especificidad de los modos de construir en los barrios de las élites, corresponde a una característica absolutamente manifiesta en la construcción de la legalidad urbana en la ciudad de São Paulo: la ley como garantía de perennidad de los espacios reservados para las elites. ROLNIK, Raquel. "Para além da lei: legislação urbanística e cidadania". En SOUZA, Maria Adélia (Org.). *Metrópoles e Globalização*. São Paulo: CEDESP, 1999, s/p.

irregularmente, en habitaciones conjuntas, lejos de las infraestructuras urbanas, en situación de insalubridad. Dichos locales constituían verdaderos focos de enfermedades y una amenaza para salud pública<sup>598</sup>.

Conforme se ha puesto de manifiesto, los primeros planes urbanísticos llevados a cabo en las grandes ciudades brasileñas durante la época de Republicana (de 1890 a 1930) conformaban un conjunto de actividades de reforma urbana cuyos objetivos, además de los propósitos de “mejoría y embelesamiento” de las ciudades, era promover acciones de higienización en áreas de interés, expulsar la población no propietaria y establecer directrices para un nuevo modelo de ocupación de estas áreas, que interesase a los operadores de la maquinaria pública, o a los que ejercían sobre éstos algún poder e influencia<sup>599</sup>.

Acompañaban los referidos planes, el establecimiento de un complejo conjunto de normas extremadamente rígidas para la construcción y para los posibles usos y estándares de ocupación del suelo urbano, que sirvió para consolidar un “nuevo” modelo de ocupación urbana, en el cual se privilegiaba al emergente mercado inmobiliario y se mantenían las oligarquías locales en el control de la producción y de la ocupación del espacio urbano, ya que ellos eran los únicos capacitados para cumplir con las exigencias marcadas por la Ley o para sortearlas gracias a la influencia ostentada sobre el poder público. De tal manera que, para construir, además de contar con el título de propiedad de suelo, era indispensable dominar el complejo aparato técnico-jurídico de diseño y aprobación de planes, respetar las directrices legales sanitarias y aplicar las normativas del uso y la ocupación del suelo, situación inviable para la gran mayoría de la población que ocupaba las ciudades en esta época<sup>600</sup>.

---

<sup>598</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. “A cidade para poucos (...)”...*op. cit.*, p. 9.

<sup>599</sup> VILLAÇA, Flávio. “Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”. En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) *O processo de...op. cit.*, p. 195.

<sup>600</sup> Oportuna reflexión realiza MARICATO sobre como aún en la actualidad dicha situación sigue siendo una realidad, que tristemente parece mantenerse en razón de estos mismos intereses. La autora señala que incluso hoy un abundante aparato regulatorio normativiza la producción del espacio urbano en Brasil – rigurosas leyes de zonificación, exigentes legislaciones de parcelación del suelo, detallados códigos de edificación son formulados por corporaciones de profesionales que desconsideran la condición de ilegalidad en que vive gran parte de la población urbana brasileña en relación con la vivienda y la ocupación del suelo, demostrando que la exclusión social pasa por la lógica de la aplicación discriminatoria de la ley. La ineficacia de dicha legislación, afirma la autora, es de hecho, solamente aparente pues constituye un instrumental fundamental para el ejercicio arbitrario de poder, además de favorecer pequeños intereses corporativos. En este contexto, entiende la autora que la ocupación ilegal no es solamente permitida sino que es parte del modelo de desarrollo urbano de Brasil, y que unidos de las manos van la detallada legislación urbanística y los pequeños corruptos que consiguen promover su flexibilización desde dentro del aparato estatal. La autora afirma que en Brasil las legislaciones siempre son ineficaces cuando contrarían los intereses de los propietarios inmobiliarios o cuando la materia versa sobre derechos sociales. MARICATO, Ermínia. “As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias”. En

Entre estos dos extremos conformados por los propietarios pertenecientes a la élite y la población urbana más pobre, la clase media encontraba su lugar, en diferentes momentos históricos, conforme fuera beneficiada por una u otra política pública, por resquicios de uno u otro ciclo de crecimiento económico<sup>601</sup>.

Con la aceleración de la industrialización, la diferenciación espacial por la localización se intensifica y las intervenciones del Estado en el ambiente urbano se tornan un factor clave en la consolidación de un modelo de ciudad que refleja las tensiones existentes entre las clases sociales. La industrialización, como fenómeno urbano que es, torna la propia ciudad el centro del sistema de producción, y deja de serlo el campo. En las ciudades, al contingente de trabajadores del sector del comercio y servicios, se sumaba un considerable número de trabajadores provenientes del campo, principalmente inmigrantes y ex esclavos, y el propio proletariado urbano, que en esta época empezaba a conformarse<sup>602</sup>.

En este proceso, el Estado brasileño cumplió sistemáticamente un papel de control sobre la producción del espacio urbano, pero un control 'al revés'. En cuanto en Europa los Estados buscaban la universalización y la democratización del acceso a la ciudad, en Brasil el control del Estado se organizaba para garantizar la omnipotencia de las élites sociales y mantener los barrios de clase media en niveles 'aceptables', dejando el mercado inmobiliario libre para actuar o para 'resolver' las demandas de las clases más populares cuando era absolutamente necesario, estableciendo una relación populista y clientelista, próxima a una relación de favor<sup>603</sup>. Profundizando en el panorama comparativo entre Brasil y Europa, FERREIRA señala que:

---

ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único...op. cit.*, p. 147.

<sup>601</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. *"A cidade para poucos (...)"...op. cit.*, p. 7.

<sup>602</sup> *Ibidem*, p. 9. FERREIRA explica que la industrialización de Brasil se inicia en las últimas décadas del siglo XIX, en un proceso simultáneo a las actividades relacionadas con la economía cafetera agro-exportadora, y de manera concentrada en la región sudoeste del país, principalmente en la ciudad de São Paulo, que ya en 1920 superaba con creces la producción industrial de todos los estados brasileños. Por eso, la ciudad fue la que más rápido se urbanizaba. Pese al estado de industrialización incipiente de São Paulo; que traía como consecuencia las disputas entre los intereses ingleses por seguir comercializando su producción industrial, la resistencia de los grandes productores de café y los terratenientes más tradicionales, en contraste con la iniciativa empresarial de la moderna burguesía industrial emergente; la ciudad se postulaba como sede de la producción industrial. A consecuencia de eso, dicha ciudad fue la que sufrió el proceso de urbanización más acelerado de Brasil. El autor indica que, en 1895 casi el 40% de los 104 mil inmigrantes que llegaron a la 'Hospedaria do Imigrante' en el Barrio del Brás, periferia de la ciudad de São Paulo, se establecerán en esta ciudad.

<sup>603</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade...op. cit.*, pp. 70 y 71.

“Los dos momentos más significativos de la producción de viviendas de interés social en Europa no se deben a cuestiones de filantropía, pero sí a sostener, respectivamente, el modelo de crecimiento del capitalismo industrial y el del Estado de bienestar social. Las reformas sanitarias llevadas a cabo al final de siglo XIX, entre las cuales se destaca la acción del Barón Haussmann en París (1850), tenían por objetivo disciplinar a la clase trabajadora y darles condiciones mínimas de manutención y reproducción en un sistema industrial emergente (...) que había producido hasta entonces el caos urbano perjudicial a su propia producción. En la postguerra, las políticas de habitación, amparadas por la ideología urbanista modernista, visaban contribuir con los esfuerzos de crear, en la Europa que se reconstruía, un mercado consumidor al mismo nivel del de la expansión fordista, capitaneada por Estados Unidos. Así, la necesaria mejora del poder de consumo de la clase trabajadora exigía que se incluyera, en el cálculo de los costes de su reproducción, la vivienda. Es importante observar que en cada uno de estos momentos, estos estándares urbanísticos se importaron, en un contexto nacional (brasileño) absolutamente diverso, en lo que Schwarz ha llamado de ‘ideas fuera de lugar’. En el cambio del siglo XIX, las reformas sanitarias usadas para disciplinar una clase operaria emergente en Europa, fueron implantadas en Brasil en una sociedad que no llegaba a ser industrial. En la postguerra, el urbanismo modernista en Brasil no podía ser la base del aumento del poder de consumo de la clase trabajadora, como había ocurrido en Europa, porque aquí los bajos sueldos eran requisito para nuestra industrialización”<sup>604</sup> (traducción propia).

Hasta aproximadamente la década de 1930, la demanda por viviendas accesibles de las clases populares era atendida por el sector privado a través de la construcción de “villas operarias” en locales aislados; o de viviendas de baja calidad, en su gran mayoría, compartidas por varias familias. La construcción de “villas” era fomentada por el Gobierno de la República con incentivos fiscales a los particulares, en su gran mayoría prósperos comerciantes o incluso “barones del café”. La construcción de villas por empresas o particulares, desde el punto de vista de la Administración Pública, representaba una solución satisfactoria a la cuestión, ya que,

---

<sup>604</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. “*A cidade para poucos (...)*”...*op. cit.*, p. 7, nota 13. Originalmente: “Os dois momentos mais significativos da produção habitacional de interesse social na Europa, entretanto, não se deram por filantropia, mas para sustentar, respectivamente, o modelo de crescimento do capitalismo industrial e o do Estado do Bem-Estar Social. As reformas higienizadoras do final do século XIX, em que se destaca a ação do Barão de Haussmann em Paris (1850), visavam disciplinar a classe trabalhadora e dar-lhe condições mínimas de subsistência e reprodução em um sistema industrial nascente que havia produzido até então, por causa de seu viés liberal, um caos urbano que acabara por prejudicar a própria produção. No pós-guerra, as maciças políticas habitacionais, amparadas pela ideologia urbanista modernista, visavam contribuir com os esforços de criar, na Europa que se reconstruía, um mercado consumidor à altura da expansão do fordismo-taylorismo, capitaneada pelos Estados Unidos. Assim, a necessária melhoria do poder de consumo da classe trabalhadora exigia que se incluisse, no cálculo do custo de sua reprodução, a moradia. É importante observar que em cada um desses momentos, esses padrões urbanísticos foram “importados” em um contexto nacional absolutamente diverso, no que Schwarz chamou de “ideias fora do lugar” (referindo-se ao primeiro momento). Na virada do século XIX, as reformas higienizadoras usadas para disciplinar uma classe operária nascente na Europa, foram implementadas aqui, como se verá no próximo parágrafo, em uma sociedade que sequer era industrial. No pós-guerra, o urbanista modernista aqui no Brasil não podia ser base para um aumento do poder de consumo da classe trabalhadora, como ocorrera na Europa, pois os baixos salários, como veremos logo adiante no texto, eram condição para nossa industrialização”.

no demandaba gasto directo y servía como medida de combate a la insalubridad en el ambiente urbano<sup>605</sup>.

Las viviendas colectivas o 'cortiços', en estos momentos eran más bien toleradas por las Administraciones Públicas, ya que en su gran mayoría no cumplían con los estándares de salubridad<sup>606</sup>. La tolerancia encontraba explicación en el lucrativo negocio que este tipo de vivienda representaba para el sector privado, considerados sus bajos costes de construcción, la rapidez con que se erguían y el hecho de que, en caso de un cortiço constituir un obstáculo para el desarrollo de alguna iniciativa de renovación urbana orientada a la revalorización de áreas nobles de la ciudad, su demolición no conllevaba cualquier derecho de realojo de sus ocupantes<sup>607</sup>.

### **III.1.1.1.3. El populismo y la consolidación de un modelo de crecimiento urbano**

El llamado 'Periodo Populista' en Brasil, se inició en los años 1930 con la ascensión del presidente Getúlio Vargas al poder, instaurando en el país un nuevo clima político, influenciado por el desarrollo de los Estados de bienestar social en Europa tras la II Guerra Mundial. Durante este período fueron aprobadas las primeras leyes laborales, se creó la Previdencia Social, fue fijado el 'sueldo mínimo', entre otras iniciativas populistas enmarcadas por un discurso social importado de Europa<sup>608</sup>.

La "Era Vargas" estuvo marcada por la tentativa de construir una nación con un Estado fuerte institucionalmente y por el desarrollo de un mercado consumidor interno más significativo. En la consecución de dichos objetivos, el Estado pasa a intervenir directamente en el fomento de la industrialización, subvencionando la industria de bienes de producción, la acería, el petróleo, la construcción de carreteras, etc. La élite agro-exportadora perdía su hegemonía para dar paso a un Estado Populista que, sin

---

<sup>605</sup> MARICATO, Ermínia. "As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias". En ARANTES, Otília; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único...op. cit.*, p. 155.

<sup>606</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade...op. cit.*, p. 66.

<sup>607</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. *"A cidade para poucos (...)"...op. cit.*, p. 10.

<sup>608</sup> Señala MARICATO que en esta etapa el Estado mantiene una postura ambigua entre los intereses de la burguesía agraria brasileña y los de la burguesía industrial. Y que la esencia del populismo consistirá en reconocer la cuestión social, pero dándole un tratamiento paternalista y simbólico, que niega la auto-organización de los trabajadores. Durante el desarrollo de este régimen, la oposición y los líderes de la clase operaria son 'aplastados', pero la masa trabajadora es sometida a una intensa propaganda gubernamental de las bondades que este les concede: institución de la Seguridad Social, promulgación de la Legislación Laboral, fijación de un sueldo mínimo, etc. MARICATO, Ermínia. *Habitação e Cidade...op. cit.*, p. 35.

embargo, mantuvo intactos los intereses de esta clase, evitando la promoción de una reforma agraria y manteniendo inalterado el sistema de latifundios predominantes en el Brasil rural<sup>609</sup>.

Así mismo, durante el régimen populista se inicia una segunda etapa en el proceso evolutivo de los planes de urbanismo, que pasan a incluir todo el territorio municipal y a preocuparse de establecer directrices considerando toda la ciudad y no solamente algunas áreas específicas. Dichos planes se establecen buscando, prioritariamente, articular la zona central ya consolidada con los nuevos barrios de las ciudades, previendo también, la articulación de estos entre sí, a través de sistemas de vías y transportes. En este contexto, las vías y carreteras, los principales o los únicos sistemas previstos en estos planes, ya no se planifican solamente en función de criterios de embellecimiento, sino también llevando en consideración aspectos técnicos en orden a la conformación de un sistema municipal viario y de transportes<sup>610</sup>.

Uno de los principales exponentes de este concepto de plan de urbanismo fue el elaborado por Francisco Prestes Maia, por aquel entonces, ingeniero de la Secretaria de Obras y Carreteras de la Alcaldía de São Paulo, publicado en el año 1930. El referido documento, que pasó a ser conocido como el 'Plan de Avenidas de Prestes Maia', orientó la actuación de dos alcaldes de la ciudad de São Paulo, Fabio Prado y el propio Prestes Maia, durante los años de 1934 a 1945. Pese al título que le fue atribuido y la importancia que han tenido sus determinaciones para la remodelación y extensión del sistema viario de la ciudad, este plan también disponía sobre varios otros aspectos del sistema urbano, tales como el establecimiento del ferrocarril y del metro, regulaciones urbanísticas legislativas, el embellecimiento urbano y aspectos relativos a la vivienda<sup>611</sup>. El conjunto de nuevas radiales y perimetrales ejecutadas en razón de dicho plan, transformó la ciudad anteriormente basada en la locomoción por transporte colectivo (autobuses y tranvías) en una ciudad más dispersa y dependiente de los automóviles particulares<sup>612</sup>.

Otro ilustre representante de esta segunda etapa es el anteriormente referido 'Plan Agache', elaborado también en el año 1930, para la ciudad de Río de Janeiro.

---

<sup>609</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos (...)"...*op. cit.*, p. 11.

<sup>610</sup> LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurélio Filgueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil...**op. cit.*, p. 25.

<sup>611</sup> VILLAÇA, Flávio. "Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil". En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) *O processo de...**op. cit.*, p. 207.

<sup>612</sup> LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurélio Filgueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil...**op. cit.*, p. 300.

Este plan marca una posible transición de los planes de embellecimiento a los ‘super planes’, que vendrían a ser elaborados principalmente en las décadas de los años 60 y 70, además de eso, en su texto se emplea por primera vez la expresión ‘Plan Director’. Entre las materias objeto de regulación por el Plan Agache se encuentra la remodelación inmobiliaria, el abastecimiento de agua, un sistema de aguas residuales, el combate a inundaciones y la limpieza pública<sup>613</sup>.

Durante esta etapa el objeto del planeamiento continúa siendo la ordenación urbana, pero no más como un simple proyecto de arquitectura, sino como el producto de un amplio y multidisciplinar diagnóstico. Este tipo de Plan Director no era directamente operacional, cumplía un papel preparatorio para la posterior elaboración de otros instrumentos urbanísticos, como por ejemplo las leyes municipales de zonificación y de parcelación del suelo urbano. De manera distinta a lo establecido en los Planes de embellecimiento, el Plan Director que se estrena, no contenía la previsión precisa de obras públicas, sino solamente orientaciones generales para la posible elaboración de proyectos<sup>614</sup>.

Con respecto al ámbito urbano, también es importante señalar que fue durante el periodo populista que, por primera vez en la historia de Brasil, se hizo notar la creciente migración de población desde las zonas rurales hacia las urbanas, conformada mayoritariamente por individuos que dejaban la región nordeste del país en dirección al Sur y Sudoeste en busca de puestos de trabajo en el ámbito industrial que no requerían mano de obra especialmente cualificada<sup>615</sup>. Dicha situación, terminó por acentuar el problema de la provisión de habitaciones populares de manera tal que el sector privado no era capaz de atender la creciente demanda y, en estos momentos, tampoco le interesaba seguir ocupando nuevas propiedades urbanas con viviendas de bajo coste.

---

<sup>613</sup> VILLAÇA, Flávio. *“Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”...op. cit.*, p. 188. Donde, asimismo, el autor nos recuerda que dicho plan fue enteramente redactado en francés y no ha sido objeto de traducción en época alguna por la Administración Pública local de la ciudad de Río de Janeiro. De manera complementaria, informa LEME que el referido plan estaba dividido en tres apartados: el primero presentaba un estudio sobre los componentes antropogeográficos de Río de Janeiro y los graves problemas sanitarios de la ciudad; el segundo contenía lo que se puede calificar como la ‘esencia’ del plan, definiendo el modelo de ciudad ideal y las posibles alternativas para su consecución; el tercero estaba dedicado a temas relativos al saneamiento. LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurélio Filgueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil...op. cit.*, p. 360.

<sup>614</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 80.

<sup>615</sup> MOYSÉS, Aristides; BERNARDES, Genilda; y AGUIAR, Maria do Amparo. “Políticas urbanas no Brasil nos últimos 30 anos”. En MOYSÉS, Aristides (Coord.). *Cidade, Segregação urbana e planejamento*. Goiânia: UCG, 2005, p. 256.

El Gobierno populista fue el primero en reconocer la cuestión habitacional como asunto de Estado y en desarrollar políticas públicas orientadas al tema, todo ello de manera paralela y desconectada con los objetivos de los planes de urbanismo elaborados por las Administraciones municipales. No obstante, las políticas habitacionales que se plantearon en esta época no tenían consistencia suficiente para dar respuesta a la demanda por vivienda social que se conformaba en el ámbito urbano<sup>616</sup>. De manera ilustrativa, los Institutos de Jubilación y Pensiones, creados durante esta época, referencia hasta la actualidad en temas de vivienda, entre los años de 1937 y 1964, fueron responsables por introducir en el mercado solamente 140 mil viviendas sociales, destinadas en su mayoría al alquiler, poniendo en evidencia una característica del populismo instaurado en Brasil: mucha publicidad para poco resultado<sup>617</sup>.

Además de eso, con la promulgación de una nueva legislación que regulaba los contratos de alquiler, en el año 1942, se produjo el congelamiento del valor de los alquileres y por consecuencia la disminución de la oferta de vivienda en alquiler, fomentando la propiedad privada de bienes inmuebles<sup>618</sup>. Con la oferta de viviendas en alquiler decayendo, sin que el Estado se ocupase de la demanda existente, restaba a las clases desprovistas de recursos económicos una única opción, que en la práctica liberaba tanto el Estado como al sector privado de responsabilidades: la ocupación irregular de terrenos y la creación de urbanizaciones clandestinas en las periferias urbanas, que no contaban con cualquier infraestructura urbana, salvo el transporte público sobre ruedas que garantizaba el necesario acceso a dichas áreas, como medida de interés general<sup>619</sup>.

Estaban sentadas las bases del modelo de crecimiento urbano en Brasil, cuyas características principales se relacionan con la clandestinidad y la irregularidad en el acceso a la propiedad urbana.

---

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 255. Ilustran MOYSÉS, BERNARDES y AGUIAR que fue durante el periodo desarrollista de Brasil – que se inicia en los años 30 con el populismo de Vargas y se extiende hasta finales de la década de los 70, con la industrialización y el flujo de corrientes migratorias campo-ciudad, que el poder público pasó a ser más fuertemente presionado en el sentido del acometimiento de políticas orientadas al tratamiento de problemas urbanos surgidos en razón del aumento significativo de la demanda por agua potable, energía eléctrica, transporte colectivo, sanidad, educación, habitación, imprescindibles en la vida moderna.

<sup>617</sup> BONDUKI, Nabil. “Origens da habitação social no Brasil”. *Análise Social*. Vol. 29 (127), 1997, p. 726.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 721.

<sup>619</sup> MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade desigualdade e violência*. São Paulo: Editora Hucitec, 1996, pp. 19 y 20.

Con la apertura del país al capital internacional durante la década de los años 50, la implantación de industrias extranjeras establece un nivel de crecimiento en el que los bajos sueldos no eran solamente consecuencia del sistema capitalista, sino la propia condición para la completa industrialización de Brasil, fenómeno denominado “industrialización con bajos sueldos” por los estudiosos de la materia<sup>620</sup>. El mercado interno que se forma es residual, el foco de actuación de las compañías extranjeras implantadas era la exportación. Como el atractivo brasileño para la implantación de dichas empresas era la mano de obra barata, y el de la élite local era perpetuar su hegemonía interna, utilizándose del control que ejercían sobre la Administración Pública, pasa a ser consecuencia de estos dos factores el no establecimiento de dinámicas que exigiesen el aumento de los costes de producción, incluyendo entre ellos costes relacionados con la infraestructura urbana y la vivienda social<sup>621</sup>.

La intensificación del proceso migratorio de la zona rural en dirección a las ciudades, durante esta época, alcanzó niveles nunca antes vistos, reforzado por la inviabilidad de las pequeñas propiedades rurales frente al sistema dominante de latifundios. La demanda habitacional llega a límites incontrolables, los barrios periféricos de baja renta crecían de forma irremediable, literalmente “abandonados” por las Administraciones Públicas<sup>622</sup>. Conforme explica MARICATO, en 1940 la población urbana de Brasil representaba el 26,34% del total de habitantes del país, en 1980 ya era de 68,86%, llegando a 81,20% en el año 2000. En diez años, del periodo comprendido entre 1970 y 1980, el número de ciudades con más de un millón de habitantes se duplicó, pasando de cinco a 10 ciudades. La misma autora explica

---

<sup>620</sup> Sobre el empleo de dicho término, MARICATO, aclara su significado: “Significa que existe una clase con mano de obra tan barata que ella misma tiene que encargarse de su reproducción urbana. Es ella la que ocupa el suelo, frecuentemente de manera ilegal, y construye sus viviendas, fuera de las relaciones capitalistas, porque el sueldo que recibe no cubre los costes de una vivienda, entendida como mercancía originaria del mercado privado. La reproducción de esta fuerza de trabajo que contribuye con el proceso de acumulación no se consigue reproducir dentro del mercado capitalista y tampoco es amparada por políticas públicas” – traducción propia. Originalmente: “E o que significa esse padrão de industrialização combinada com baixos salários? Significa que há uma classe com mão de obra tão barata que ela própria tem que cuidar da sua reprodução urbana. É ela que ocupa o solo, frequentemente de maneira ilegal, e constrói suas casas, fora das relações capitalistas, porque o salário não cobre os custos da moradia enquanto mercadoria originaria do mercado privado. A reprodução dessa força de trabalho que contribui com o processo de acumulação não consegue se reproduzir dentro do mercado capitalista e nem é amparada pelas políticas pública”. MARICATO, Ermínia; RIBEIRO, Luiz César de Queiroz y BARAT, Joseph. “Infraestrutura econômica, social e urbana”. En CARDOSO JR., José Celso y SIQUEIRA, Carlos Henrique Romão de (Org.). *Complexidade e desenvolvimento*. Vol. III. Brasília: Ipea, 2011, p. 133.

<sup>621</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. “A cidade para poucos (...)”...*op. cit.*, p. 12.

<sup>622</sup> Ídem.

que la industrialización de bajos sueldos reflejaba una ‘urbanización de bajos sueldos’<sup>623</sup>.

En otras palabras, al contrario de lo ocurrido durante la formación de los Estados de Bienestar Social en los países europeos, el proceso de concentración poblacional en los grandes centros industriales brasileños no estuvo acompañado de acciones públicas que garantizaran condiciones mínimas de infraestructura urbana y calidad de vida, ya que eso supondría una elevación en los costes de producción, y mantener los costes bajos era un requisito para la industrialización del país<sup>624</sup>.

La ausencia de planeamiento por parte de las Administraciones locales y del Estado con respecto al crecimiento de la periferia urbana y la cuestión habitacional, sirvió de incentivo para que la clase obrera adoptase la “auto-construcción” como solución capaz de asegurar una vivienda mínima a costes muy bajos, sin elevar el coste de la mano de obra en general<sup>625</sup>.

#### **III.1.1.1.4. Las iniciativas de acceso a la propiedad urbana y el régimen militar**

A partir del año 1964 se instala en Brasil un régimen dictatorial militar que perdura hasta el año 1985. Con él se inaugura una nueva fase en la evolución de los planes de urbanismo y una nueva propuesta de intervención estatal en la cuestión del acceso a la propiedad privada urbana, por medio de la implementación de una nueva política nacional de habitación y de planeamiento urbano.

Durante este período, se instituyó la creación y puesta en marcha del Servicio Federal de Habitación y Urbanismo (SERFHAU) que, desde su creación en el año 1964 hasta su extinción en el año 1974, fue responsable de la difusión masiva de una concepción de ‘Plan Director’ que incorporaba en su contenido la regulación de aspectos sociales, económicos, sanitarios e institucionales, además de aquellos estrictamente físico-territoriales, inaugurando, así, una nueva etapa en la evolución de los Planes Directores en Brasil. Esta tercera etapa queda conocida como la etapa de los ‘super-planes’ o la de los ‘Planes de Desarrollo Integrado’ que se inicia aproximadamente en el año 1965 y se extiende hasta el año 1971.

---

<sup>623</sup> MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo...op. cit.*, p. 19.

<sup>624</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. “A cidade para poucos (...)”...*op. cit.*, pp. 13-14. En este sentido MOYSÉS, Aristides; BERNARDES, Genilda y AGUIAR, Maria do Amparo. “Políticas urbanas no Brasil (...)”. En MOYSÉS, Aristides (Coord.). *Cidade, Segregação...op. cit.*, p. 259.

<sup>625</sup> MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia...op. cit.*, 1996, p. 21.

Según VILLAÇA las principales características del planeamiento urbanístico promovido en esta época son: el distanciamiento entre las propuestas contenidas en los planes, por un lado, y la posible ejecutividad o implementación de las mismas, por el otro; conflictos entre las propuestas, cada vez más amplias, y las estructuras administrativas cada vez más compartimentadas y especializadas; dificultades e indefiniciones con relación a la forma e instrumento de aprobación de los planes que, en un primer momento se encargaba al poder ejecutivo municipal pero, con la integración de las más diversas materias, con competencias atribuidas a órganos y niveles administrativos de los más diversos, pasan a ser también atribuidos a los poderes legislativos locales. En este contexto, cuanto más complejos y generales se tornaban los planes, más crecía la variedad de problemas sociales sobre los cuales tenían que actuar y en razón de esto, más se alejaban de los reales intereses de las clases dominantes y consecuentemente; más alejados estaban de su posible aplicación<sup>626</sup>.

El principal representante de este tipo de plan de urbanismo es el conocido 'Plan Doxiadis' elaborado en el año 1965 para la ciudad de Río de Janeiro. El documento, redactado por un equipo de urbanistas griegos y publicado integralmente en inglés, poseía más de quinientas páginas de estudios técnicos, de las cuales, nueve trataban de establecer la 'implementation' del plan y una única de posibles 'recommendations'<sup>627</sup>. También merece ser mencionado como ejemplo de 'super-plan', el 'Plan Urbanístico Básico', elaborado durante los años de 1967 y 1968 para la ciudad de São Paulo. El referido documento estaba compuesto por 6 tomos que sumaban más de 3.400 páginas y que, además de regular temas físico-urbanísticos, también recogía aspectos relativos a la educación y enseñanza; salud; vivienda; bienestar social; ocio y recreación; cultura; deporte; contaminación del aire; limpieza pública;

---

<sup>626</sup> VILLAÇA, Flávio. "Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil". En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) *O processo de...op. cit.*, p. 214.

<sup>627</sup> *Ibidem*, p. 213. Bajo un prisma un poco más 'benévolo', LEMES ofrece más informaciones sobre dicho plan, de manera específica, con relación a la posible validez de su contenido; indica que, pese a la realización de un amplio diagnóstico económico y social, además de urbanístico, el Plan Doxiadis era eminentemente físico-territorial en sus recomendaciones. El referido documento partía de un modelo ideal de ciudad basado en comunidades de distintas dimensiones físicas y jerarquías interdependientes, en orden a la proposición de una serie de directrices estimadas necesarias para su consecución. Entre ellas, se destaca la previsión de posible adecuación urbana al crecimiento poblacional estimado para treinta cinco años, o sea, hasta los años 2000, basada en estimaciones numéricas revisables a cada cinco años. LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; GOMES, Marco Aurélio Figueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil...op. cit.*, p. 373.

comunicaciones; cementerios; energía eléctrica; alumbrado e iluminación pública; seguridad pública; abastecimiento; finanzas y administración pública<sup>628</sup>.

Sobre los diversos cambios de nomenclatura promovidos durante las distintas fases evolutivas de los planes de urbanismo en el marco jurídico-administrativo brasileño y sobre las diversas concepciones de planeamiento desarrolladas, VILLAÇA contextualiza la situación explicando que:

“Nuevos nombres son creados para designar nuevos tipos de planes y evitar cualquier vinculación con los antiguos; el nuevo plan debe parecer algo moderno, desvinculado de los fracasos del pasado. El de São Paulo se nombra Plan Urbanístico Básico, resucitando un nombre antiguo, pero rechazando el de ‘plan director’. Nombre falso, como corresponde a un falso plan. Ciertamente no es urbanístico, pues se trata del más diversificado plan jamás elaborado en Brasil (...). El de Río [de Janeiro] lanza la palabra mágica que comienza a ganar espacio también en el planeamiento urbano: *development!* El nuevo planeamiento traerá el tan soñado *development!* Estos planes fueron elaborados de manera totalmente distinta de la de los planes del siglo pasado y de la del ‘Prestes Maia’. Mientras estos consolidaban el pensamiento dominante en sucesivas Administraciones municipales y regionales, siendo elaborados dentro de los ayuntamientos, los ‘super-planes’ son piezas de la más pura tecnocracia, elaborados por especialistas de despachos particulares. Esta práctica domina la etapa SERFHAU<sup>629</sup> (traducción propia).

Con relación a la política de viviendas, fue creado el Banco Nacional de la Habitación (BNH), que actuaba como banco central del Sistema Financiero de Habitación (SFH), que tenía como objeto gestionar dos fondos principales: El que se formaba por la retención compulsoria del 8% de los sueldos de los trabajadores y el otro, conformado por contribuciones voluntarias, el llamado Sistema Brasileño de Ahorro y Préstamos (SBPE)<sup>630</sup>. Ambos fondos se destinaban de manera integral a la financiación de viviendas. A raíz de eso, hasta la actualidad, el régimen militar,

---

<sup>628</sup> VILLAÇA, Flávio. “Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”...*op. cit.*, p. 215 a 218.

<sup>629</sup> *Ibidem*, p. 215 y 216. Originalmente “Novos nomes são criados para designar novos tipos de plano e evitar qualquer vinculação com os antigos; o novo plano precisa aparecer como moderno, desvinculado dos fracassos do passado. O de São Paulo chama-se Plano Urbanístico Básico, resuscitando um nome antigo, mas rejeitando o de ‘plano diretor’. Nome falso, como cabe a um falso plano. Certamente não é urbanístico, pois trata-se do mais diversificado plano jamais elaborado no Brasil (...). O do Rio lança a palavra mágica que começa a ganhar espaço também no planejamento urbano: *development!* O novo planejamento trará o sonhado *development!* Estes planos foram de maneira totalmente diversa dos planos do século passado e do de Prestes Maia. Enquanto este consolidavam o pensamento dominante em sucessivas administrações municipais e estaduais, sendo elaborado dentro das Prefeituras, os super-planos são peças de mais pura tecnocracia, elaborados por especialistas de escritórios privados. Essa prática dominou o período SERFHAU”.

<sup>630</sup> MOYSÉS, Aristides; BERNARDES, Genilda; y AGUIAR, Maria do Amparo. “Políticas urbanas no Brasil (...)”. En MOYSÉS, Aristides (Coord.). *Cidade, Segregação...**op. cit.*, p. 254.

paradójicamente, fue el que produjo más viviendas populares en Brasil, construyendo y financiando cerca de 4 millones de unidades<sup>631</sup>.

No obstante, el modelo BNH/SFH, más que promover políticas públicas de universalización del derecho a una vivienda digna, sirvió para el enriquecimiento privado de sectores económicos involucrados en la producción habitacional, como por ejemplo las grandes constructoras e ingenierías, actores centrales en un plan de gobierno que buscaba poner en marcha 'el milagro brasileño'<sup>632</sup>. La utilización de estos significativos fondos orientados a la financiación de viviendas, implantación de redes de saneamiento básico e infraestructura urbana mínima, propició cambios importantes en las ciudades de la época, sin embargo, dichos cambios produjeron sus efectos de manera mucho más significativa sobre la clase media o alta; los centros urbanos se tornaron cada vez más verticales, la valorización especulativa del suelo urbano siguió su proceso de incremento, la producción inmobiliaria orientada a la clase media fue dinamizada y las grandes constructoras responsables de proyectos de infraestructura experimentaron una época de bonanza<sup>633</sup>.

De manera específica, en el ámbito habitacional, el formato institucional con que fue concebido el BNH/SFH terminó por favorecer la construcción de unidades habitacionales sin los correspondientes equipamientos y las necesarias mejoras en los entornos urbanos. El discurso populista prometía el sueño de la vivienda propia, así que, lo importante era reflejar en cifras la construcción de un gran número de unidades habitacionales, sin importar aspectos básicos del planeamiento urbano, como por ejemplo la conexión de estos nuevos núcleos poblacionales con el tejido urbano ya consolidado. Así, en realidad, lo que se estaba fomentando era la construcción de un elevado número de urbanizaciones-dormitorio, distantes de las áreas centrales y de la oferta de empleo, no conectadas por transporte público y deficientes cuanto a equipamientos sociales, de salud, educación, etc.<sup>634</sup>.

El sistema habitacional llevado a cabo durante esta época, conducido por una concepción de planeamiento integral que le alejaba de la realidad y de las necesidades urbanas, no era capaz de producir efectos positivos con relación a la población que percibía menos de 5 sueldos mínimos, además de eso, la política de distribución de viviendas sociales presentaba rasgos de clientelismo en su ejecución

---

<sup>631</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. *"A cidade para poucos (...)"...op. cit.*, p. 14.

<sup>632</sup> Ibidem, pp. 14 y 15.

<sup>633</sup> BONDUKI, Nabil. *Origens da habitação social...op. cit.*, pp. 724-726.

<sup>634</sup> Ibidem, pp. 726-729.

por parte de las Administraciones Públicas locales<sup>635</sup>. Cada vez más la ciudad formal se sometía al ritmo inversor del capital inmobiliario y las periferias urbanas expandían sus límites para abrigar grupos poblacionales cada vez más numerosos integrados por obreros, migrantes de varias regiones del país, entre otros<sup>636</sup>.

Por fin, como una especie de reacción a los pocos resultados obtenidos tras la implementación de los super-planes, se establece una cuarta etapa evolutiva en la historia de los planes urbanísticos preconstitucionales: las Administraciones locales pasan a elaborar planes que prescindían de extensos e incluso de cualesquiera estudios técnicos de diagnóstico, incluyendo mapas y planos que ubicasen territorialmente las propuestas en ellos contenidas. Sobre los pocos planes elaborados durante esta etapa, se puede decir que eran totalmente genéricos y recogían, como mucho, una serie de orientaciones generales de la Administración municipal, elaboradas por los propios técnicos municipales. Otra característica de estos 'planes sin planos', es que su implementación dependía de posterior desarrollo por medio de otros instrumentos legislativos que al final no llegaban a ser elaborados. Legítimos representantes de esta etapa son el 'Plan Director de Desarrollo Integrado de la Ciudad de São Paulo' y el 'Plan Urbanístico Básico para la Ciudad de Río de Janeiro', promulgados respectivamente en los años de 1971 y de 1977, que no han producido efectos reales sobre la ordenación de las respectivas ciudades<sup>637</sup>.

En resumen, se puede afirmar que en el panorama preconstitucional cada Administración local, ante la ausencia de regulaciones generales sobre derecho urbanístico y algunas escasas iniciativas gubernamentales con incidencia sobre la planificación urbana principalmente durante la época de la SERFHAU, contaba con autonomía para adoptar los instrumentos de planeamiento urbanístico que les parecían oportunos, empleando concepciones y denominaciones cambiantes,

---

<sup>635</sup> MARICATO afirma que el clientelismo es una tradición que debe ser atribuida al Estado brasileño, que contribuye a la construcción de este caldo de cultivo a que nos referimos en estos subapartados. La herencia del uso clientelista de la estructura pública, afirma la autora, sobrevive a la independencia de Brasil, a la instauración de las Repúblicas (Vieja y Nueva) e incluso a las pretensiones tecnocráticas y racionales del régimen militar. No obstante, los escándalos que cercarán la Cámara Municipal de São Paulo en el año 2000, serían ejemplos claros de esa simbiosis con el poder ejecutivo, por la cual algunos concejales son 'dueños' de sectores de la Administración Pública de la ciudad, situación que pone en evidencia el dominio de las relaciones políticas arcaicas aún en el umbral de siglo XXI. MARICATO, Ermínia. *Brasil, Cidades. Alternativas...op. cit.*, p. 55.

<sup>636</sup> En este sentido, opina LEAL que el Estado brasileño erigido a partir de las prácticas políticas conservadoras y privatistas, continúa sin saber oír y atender las demandas sociales latentes y expresas en la realidad cotidiana de su pueblo, pues está comprometido, en esta época, con la aceleración de la industrialización interna que, desde la década de los 40, implica un violento proceso de migración campo-ciudad, especialmente en la dirección sur del país, de los centros urbanos constituidos y de la franja costera. LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade...op. cit.*, p. 75.

<sup>637</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 84 y 85.

conforme su conveniencia política. Es cierto que algunas concepciones de plan han prevalecido durante cierto tiempo en el panorama municipal brasileño como un reflejo de la influencia de las prácticas administrativas adoptadas en las capitales sobre las Administraciones municipales de las ciudades del interior y que estas etapas nos informan del posible proceso evolutivo de los planes urbanísticos municipales, no obstante, lo más generalizado durante el periodo preconstitucional era la aplicación simultánea de distintos planes con funciones, contenidos, terminologías y formas distintas en diferentes ciudades, con escaso o nulo efecto sobre la regulación de la propiedad privada urbana conforme a intereses diversos de los del mercado inmobiliario y de los propietarios privados.

La conclusión que se puede sacar con relación al panorama urbano de esta época es que junto a las urbanizaciones-dormitorio, la ocupación clandestina e irregular de inmuebles y terrenos, seguía y sigue todavía, presentándose como solución a la problemática del acceso a la propiedad urbana en Brasil. Recientemente, con el agotamiento de suelo urbano periférico, se viene presentando una tercera vía: la ocupación de áreas de preservación o protección ambiental<sup>638</sup>. En la ciudad de São Paulo, por ejemplo, actualmente cerca de 1,2 millones de personas viven en las áreas de protección de las cuencas que dan origen a los embalses de Billing y Guarapiranga<sup>639</sup>.

#### **III.1.1.1.5. La Constitución Federal de 1988 y el Estatuto de la Ciudad: el panorama actual**

Las desigualdades a consecuencia del proceso de industrialización y de urbanización acelerada acabarán por generar tensiones sociales significativas. Durante la dictadura militar los movimientos sociales que buscaban la reforma urbana por medio de reformas sociales, fueron desmovilizados por el régimen<sup>640</sup>. No obstante, retomado el rumbo hacia la democracia en los años finales de la década de los 70, las movilizaciones sociales encontraron en el proceso de elaboración de la nueva Constitución Federal un espacio para sus reivindicaciones.

---

<sup>638</sup> Sobre aspectos actuales de la ilegalidad en el proceso de desarrollo urbano, véase FERNANDES, Edésio. "Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política...op. cit.*, pp. 27-40; y MARICATO, Ermínia. "As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias". En ARANTES, Otília; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único...op. cit.*, p. 162 y ss.

<sup>639</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos (...)"...*op. cit.*, p. 14.

<sup>640</sup> Señala LEAL que desde la Constitución brasileña de 1967/69, lo que se percibía en Brasil era una impotencia política genérica de la sociedad civil ante la tecnocracia estatal del Régimen Militar. LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade...op. cit.*, p. 97.

Una primera ‘victoria’, no obstante, ya había ocurrido en el año 1979, con la aprobación de la anteriormente referida Ley 6.766 – reguladora del proceso de parcelación del suelo privado para fines urbanos –, que busca producir algún efecto sobre el proceso de urbanización que se venía consolidando en el panorama brasileño, criminalizando la conducta del promotor de parcelaciones con fines urbanísticos llevadas a cabo de manera irregular, entre otras disposiciones cuyos objetivos eran, teóricamente, revertir la situación instaurada<sup>641</sup>.

Conforme ya se ha puesto de manifiesto, en el ámbito de la Constitución Federal de 1988, se consiguió insertar un capítulo específico dedicado a la política urbana, en el cual se establecen algunos instrumentos de control público sobre la producción del espacio urbano, así mismo, se introdujo la función social de la propiedad entre los principios del orden económico y entre los derechos fundamentales recogidos en el art. 5 del texto constitucional<sup>642</sup>. No obstante estos avances, la normativa de desarrollo de los preceptos relativos al capítulo de la política urbana tardó 11 años en efectuarse: El Estatuto de la Ciudad, la Ley 10.257, aprobado en julio de 2001.

Realizadas algunas consideraciones en el anterior capítulo sobre el contenido de aquellos preceptos relativos específicamente a la regulación del Plan Director en el ámbito del Estatuto de la Ciudad, cabe señalar con relación a sus rasgos fundamentales, que el mismo está organizado en cinco capítulos que tratan

---

<sup>641</sup> Dicha legislación se entiende como una victoria en el sentido, con MARICATO, de que fue una conquista de movimientos y asociaciones de moradores de parcelas irregulares, que no tenían la titularidad de sus propiedades reconocidas por haber sido engañados por promotores de parcelaciones llevadas a cabo de manera clandestina (sin cualquier efecto jurídico). El proceso de elaboración de dicha ley contribuyó a la movilización popular y a la concienciación del derecho de acción en estos casos. No obstante, en última instancia, la ley en cuestión también contribuyó al fortalecimiento del mercado capitalista formal y a la segregación ambiental, al evitar que el suelo urbano, bien de los más escasos en las metrópolis, fuera parcelado irregularmente y negociado en el mercado informal debido a las exigencias urbanísticas y burocráticas impuestas por sus preceptos. La autora trae como datos confirmatorios de dicho efecto las 3.567 urbanizaciones llevadas a cabo como fruto de parcelaciones ilegales, identificadas por la Secretaría de Planificación Urbana de São Paulo en el año 1981, frente a los 2 únicos proyectos de parcelación para la conformación de urbanizaciones residenciales destinadas a la clase media aprobadas durante los años 1989 a 1992. MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia...op. cit.*, p. 24.

<sup>642</sup> Entre las iniciativas populares actuantes en el ámbito de proceso constituyente de 1988 que hicieron posible la inclusión de dicho capítulo en la Constitución Federal, se destaca la acción del Movimiento Nacional de Reforma Urbana, conformado por representantes de movimientos populares, organizaciones no gubernamentales, universidades y entidades de representación técnico-profesionales. Las propuestas defendidas por dicho movimiento se centraban principalmente en la definición de una nueva esfera de derechos – los derechos urbanos –, directamente ligados al papel del Estado como garantizador de la reproducción social, en la adopción de una nueva concepción de democracia, pautada en la participación popular en la gestión de la ciudad. Para este movimiento, la consecución de estos objetivos envolvía, necesariamente, una mayor regulación de la acción de los capitales privados en el ámbito urbano, lo que se expresa principalmente a través de la idea de la limitación del derecho de propiedad en razón de su función social en el ámbito constitucional. CARDOSO, Adauto Lucio. “A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade”. En RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). *Reforma urbana e gestão...op. cit.*, p. 31.

respectivamente del establecimiento de un conjunto de directrices generales; la indicación de los instrumentos de la política urbana; la regulación del Plan Director; la necesaria gestión democrática de las ciudades; y por último, la determinación de disposiciones generales<sup>643</sup>.

Con respecto al contenido de cada capítulo, se pueden resumir sus materias y determinaciones de la siguiente manera: El capítulo que dispone sobre las directrices generales, define el objetivo de la política urbana que deberá ser ejecutada por cada municipio por medio de sus Planes Directores, que es ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana.

En el capítulo que disciplina los instrumentos de la política urbana se realiza la reglamentación específica del art. 182 párrafo 4 de la Constitución Federal, que dispone sobre las sanciones aplicables a terrenos integrados al desarrollo urbano pero en estado de ociosidad. Se trata de la regulación previa a que se hace referencia expresa en el propio texto constitucional. Además de eso, en dicho capítulo se disciplinan otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo, la usucapión especial urbana – prevista en el art. 183 de la Constitución Federal –, el derecho de superficie y la transferencia del derecho de construir, entre otros con efectos sobre el régimen de la propiedad urbana.

El tercer capítulo determina los parámetros básicos que deben seguir los municipios brasileños en la elaboración del Plan Director, cuyo desarrollo ha sido objeto de algunas consideraciones con relación a la previsión de su contenido mínimo, concepto y función. En el capítulo de la gestión democrática de la ciudad se delinean mecanismos de participación de la sociedad civil en la gestión urbana como requisito necesario en elaboración de los Planes Directores. En las disposiciones generales del Estatuto de la Ciudad, se determina la alteración de la ley de acción pública y la ley de registros públicos, para adecuarlas a las disposiciones previstas en la ley. Así mismo, en dicho capítulo se indican penalidades aplicables a los Alcaldes que actuaran en desobediencia o no procedieran conforme a las reglas que se imponen en la referida ley. Señalar que la gran mayoría de los preceptos contenidos en el Estatuto no son

---

<sup>643</sup> BRASIL. Lei 10.257 de julho de 2001, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 11 de julho de 2001, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm) (última consulta septiembre de 2015).

auto aplicables, dependiendo para su efectividad de la inclusión y su desarrollo en los Planes Directores municipales y en leyes municipales de desarrollo específico<sup>644</sup>.

Para los fines que cumple el presente apartado, que es exponer una aproximación al proceso de consolidación de la propiedad privada urbana en Brasil y su regulación jurídica en este ordenamiento, es importante poner de manifiesto que los instrumentos urbanísticos previstos tanto en la Constitución Federal como en el Estatuto de la Ciudad, tienen como objetivo principal dotar las Administraciones municipales de medios suficientes para el ejercicio de algún control sobre la dinámica de producción del espacio urbano. De manera específica, con respecto al Estatuto de la Ciudad, FERREIRA explica que esta ley ambiciona establecer una perspectiva de “nueva” presencia del Estado en la reglamentación, inducción y control de los procesos de producción del espacio urbano. Sus instrumentos buscan, en su esencia, frenar el proceso especulativo y regular el valor del suelo, por medio del ejercicio de la función social de la propiedad urbana, sancionando al “mal propietario”<sup>645</sup>.

Por último, en conexión con todo lo anteriormente expuesto y avanzando el panorama en que se postulan cuestiones jurídicas como la función social de la propiedad, introducida por el texto constitucional, o la función social de la ciudad, aclamada en el Estatuto de la Ciudad, creemos oportuno traer a colación la pertinente reflexión elaborada por LEAL, que sirve para situarnos con respecto a las proporciones de la problemática enfrentada por la sociedad brasileña:

“En términos de contextualización del abordaje del tema, en una sociedad como la brasileña en la cual existe brutal concentración de renta y tierras, analfabetismo generalizado, condiciones inhumanas de sueldo y vivienda, desempleo, mortandad en todas las franjas etarias en razón de la violencia, desnutrición, etc., el debate sobre la

---

<sup>644</sup> PEREIRA, Luís Portella. *A função da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntesis, 2003, p. 13.

<sup>645</sup> FERREIRA, José Sette Whitaker. *A cidade para poucos...op. cit.* p. 17. El autor llama la atención sobre conductas cada vez más comunes en las grandes ciudades de Brasil, donde el discurso de la globalización sirve para vender una imagen supuestamente “necesaria” de modernización, en cuanto, en verdad, se están acentuando aún más los desequilibrios con respecto a inversiones públicas destinadas al ámbito urbano, generando procesos de valorización restringidos a determinadas áreas de interés. Bajo el pretexto de la necesaria inserción en la economía global, afirma el autor, que se construyen centros de negocios, avenidas con aires modernos, verdaderas “islas de primer mundo” en las ciudades brasileñas, rodeadas de un mar de pobreza, y eso, evidentemente, financiado desde lo público. En trabajo reciente, afirma el autor, haber indicado como, ejemplo de dicha problemática, la propalada “centralidad terciaria globalizada” de la región ‘Marginal Pinheiros’ en São Paulo, una verdadera tarjeta postal de modernidad urbana, que fue construida durante los años 90 por 4 billones de reales de las arcas públicas, que no obstante, en términos de dinamización económica generada no fue capaz de representar cifras significativas que justificasen tales inversiones, y tampoco se realizaron las supuestas conexiones con la economía global pretendidas. En suma, defiende el autor que, así como ocurría con los planes urbanísticos de principios del siglo pasado, las nuevas avenidas y túneles, los trenes con aire acondicionado y otras obras públicas realizadas en dicha región, al final, se han realizado para cumplir con un único objetivo: promover la valorización económica de terrenos de interés para el mercado inmobiliario y para las clases dominantes.

función social de la propiedad urbana y de la ciudad deben realizarse en medio de la inexistencia de reformas estructurales y de conjunto, tan necesarias y ausentes al mismo tiempo, no bastando que el Estado posea una Constitución como medicina salvadora”<sup>646</sup> (traducción propia).

### **III.2. La propiedad privada urbana y su actual configuración jurídica**

La actual regulación normativa de la propiedad privada urbana en Brasil está inserta en un marco jurídico más amplio, que es el que se determina con el objetivo de ordenar el establecimiento y el crecimiento de las ciudades. Con anterioridad a la implementación del actual sistema constitucional, la propiedad privada urbana respondía a unos rasgos fundamentales que sintetizaban su esencia, conforme hemos expuesto en el capítulo I del presente estudio, en un contexto liberal individualista; con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se propone una transformación en su configuración y en su régimen jurídico.

En este nuevo contexto, el derecho de la propiedad privada urbana se desarrolla jurídicamente conforme al esquema de distribución de competencias previstas en la Constitución y de acuerdo con las directrices y principios que rigen las normas de derecho urbanístico, y como tal, aparece sometido a la función pública del urbanismo, conformada en la política urbana. La propiedad privada urbana, en la esfera del urbanismo, pasa a estar dominada por una serie de objetivos sociales que conforman su derecho y condicionan su ejercicio.

La materialización de tales objetivos se instrumentaliza por medio de un conjunto de normas jurídicas que establecen los cauces a ser seguidos por los propietarios urbanos para la consecución del destino urbanístico que sus propiedades deben cumplir como medida de satisfacción de sus propios intereses y de los intereses de la colectividad que conforma la ciudad.

Considerando lo anteriormente expuesto con relación a los rasgos generales del referido marco jurídico, en este momento del presente estudio avanzaremos en la exposición del contenido de algunas de estas leyes con incidencia sobre la regulación del derecho de propiedad del suelo, de manera específica, en los próximos apartados

---

<sup>646</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade...op. cit.*, p. 111. Originalmente: “Em termos de contextualização da abordagem do tema, numa sociedade como a brasileira em que há brutal concentração de renda e terras, analfabetismo generalizado, condições inumanas de salário e habitação, desemprego, mortalidade em todas as faixas etárias em razão da desnutrição, etc., a discussão sobre a função social da propriedade urbana e da cidade tem de ser feita em meio à inexistência de reformas estruturais e de conjunto, tão necessárias e ausentes ao mesmo tempo, não bastando o Estado possuir uma Constituição como panaceia salvadora”.

nos centraremos en analizar la actual configuración de la propiedad privada que emerge de dicho cuerpo normativo, empezando por la delimitación conceptual del objetivo de nuestro análisis: la propiedad privada del suelo conforme al actual ordenamiento jurídico brasileño.

### **III.2.1. La identificación del concepto y del contenido de la propiedad privada urbana**

Conforme se ha señalado, el texto constitucional brasileño no trae un concepto de propiedad urbana, no obstante, el contenido del art. 182 nos ofrece algunas direcciones: En su apartado 1 se indica el Plan Director como el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana. En el apartado 2 se determina que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director<sup>647</sup>.

De la lectura conjunta de estos apartados, se puede extraer que la propiedad urbana posee una función social y que tal función viene determinada en los planes urbanísticos, más específicamente, en el Plan Director municipal, conforme ya se ha puesto de manifiesto anteriormente. Al consagrar el principio de la función social de la propiedad, vinculándole al cumplimiento de lo dispuesto en el Plan Director, se puede concluir que la Constitución está indicando que la propiedad urbana es aquella objeto de reglamentación y conformación por los planes urbanísticos<sup>648</sup>.

No obstante, en el caso de que no exista plan urbanístico, en razón de que la ciudad no se encuentra obligada a ello, de acuerdo con los requisitos determinados en la Constitución Federal – ciudades con más de veinte mil habitantes – y en el Estatuto de la Ciudad – ciudades integrantes de regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas, donde el poder público quiera emplear las obligaciones y sanciones por

---

<sup>647</sup> Tenor literal del Art. 182 y apartados: “La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el poder público municipal, de acuerdo con las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes. 1. El Plan Director, aprobado por la Cámara Municipal, obligatorio para ciudades con más de veinte mil habitantes, es el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana. 2. La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director. 3. Las expropiaciones de inmuebles urbanos serán hechas con previa y justa indemnización en dinero. 4. Se permite al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el Plan Director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: I. parcelación o edificación obligatorias; II. impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo; III. expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales”.

<sup>648</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 75.

incumplimiento de la función social de la propiedad, ciudades integrantes de áreas de especial interés urbanístico, ciudades inseridas en el área de influencia de emprendimientos o actividades con significativo impacto ambiental regional o nacional y las ciudades incluidas en el registro nacional de municipios con áreas susceptibles a derrumbamientos de tierras o inundaciones –, la propiedad urbana será aquella objeto de regulación y conformación por las directrices de ocupación del suelo o leyes similares<sup>649</sup>.

Así mismo, por medio de tal precepto constitucional se aclara que el fundamento de las reglas de ordenación territorial no es el poder de policía de la Administración Pública, sino el principio de la función social de la propiedad. Por medio de tales reglas no se imponen restricciones a un derecho preexistente, se está conformando el propio contenido del derecho de la propiedad urbana. En este contexto, además de los objetivos generales vinculados al planeamiento urbano, los planes urbanísticos, definen una afectación para cada parte de la ciudad y para las parcelas que les integran, mediante la delimitación de zonas y el establecimiento de usos permitidos y de índices cuantitativos a ser respetados por cualquier edificación que en ellas se construya.

Conforme a eso, el concepto de propiedad privada urbana se relacionará con el de inmueble localizado dentro de los límites territoriales definidos por el legislador local o situados en zona determinada por él en los planes urbanísticos<sup>650</sup>. En la práctica, se deja a cargo del legislador municipal, por medio de ley municipal o en el ámbito del Plan Director, la delimitación de la zona urbana o el perímetro urbano, dentro del cual las propiedades tendrán consideración de urbana<sup>651</sup>.

Las principales características de la propiedad urbana o urbanística conforme al ordenamiento urbanístico brasileño son: a) Poseer destinación específica, esto es, el plan urbanístico positivado por la ley urbanística determina el uso que se puede dar

---

<sup>649</sup> Tal afirmación se realiza con fundamento en lo dispuesto en la Ley de Desarrollo de la Política Urbana del estado de Río Grande del Sur, donde se determina, en su art. 3, que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en: los planes directores obligatorios para las ciudades con más de veinte mil habitantes, para las ciudades integrantes de regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas; y en las directrices generales de ocupación del territorio, para los municipios que no se encuadran en estos requisitos. Con relación a esta situación PINTO defiende que las leyes que establezcan parámetros para el uso y la ocupación del suelo e índices urbanísticos deberán ser reconocidas, bajo el prisma constitucional, como verdaderos Planes Directores, independientemente de la obligatoriedad o no de promulgar Planes Directores conforme a los criterios del Estatuto de la Ciudad. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 136.

<sup>650</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 47 y 48.

<sup>651</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 568.

al terreno, - residencial, comercial, etc. - o aún, el número de habitaciones que pueden ser construidas; b) Poseer un carácter temporal – su contenido viene dado por el plan y, como el plan es mutable, la propiedad urbana también lo será; c) Conllevar obligaciones de hacer, pudiendo, incluso, obligar su propietario a edificar, so pena de expropiación por el poder público; d) Recibir su forma y alcance en el Plan Director; e) Estar íntimamente vinculada a los servicios públicos que la sirven, del tal forma que su propietario está obligado a sufragarlos, aunque de ellos no haga uso<sup>652</sup>.

Por todo ello, se puede afirmar que el contenido del derecho de la propiedad urbana viene, o debería venir, determinado en el Plan Director, instrumento por el cual el municipio ejerce su competencia para el “planificación del uso, parcelación y de la ocupación del suelo urbano”, conforme se recoge en el art. 30 apartado 8 del texto constitucional o, excepcionalmente, en las directrices de ocupación del suelo de los municipios sin plan. En razón de eso, en aquellos municipios donde se exige la promulgación de plan, las facultades concretas que conforman el derecho de la propiedad privada urbana, así como los límites cuantitativos de su ejercicio, deben venir determinados en el Plan Director, como medida de cumplimiento de la función social que se determina en él para cada propiedad, en razón de la zona en que se encuentre.

Lo que cabe poner de manifiesto con respecto a la conformación de la propiedad privada con vocación urbana en Brasil, es que cada municipio, por medio de su Plan Director o legislación específica, determina los requisitos en atención a los cuales, dentro de sus límites territoriales, una propiedad recibirá la consideración de urbana<sup>653</sup>. La problemática reside en que no existe una ley anterior que determine directrices generales, a nivel nacional, estableciendo específicamente conceptos y parámetros urbanísticos homogéneos con respecto al uso y la ocupación del suelo urbano, para que los municipios puedan, a partir de esa base teórica común, elaborar la clasificación de las situaciones territoriales en sus Planes Directores, como medida que se impone para garantizar el ejercicio igualitario del derecho de propiedad privada urbana en todo el territorio nacional.

---

<sup>652</sup> En este sentido APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, p. 91.

<sup>653</sup> De manera excepción el Estado de Rio Grande del Sur en su ley de desarrollo urbano ha legislado determinando los requisitos que deberán ser observados, en efecto dos de ellos, para que un área o parcela se considere urbana: vía pública pavimentada, red de agua, red saneamiento, red de energía eléctrica y sistema de drenaje, conforme queda recogido en el art. 12 de esta ley. Cumplidos dos de estos requisitos, la propiedad se considera urbana con todos las consecuencias que ello conlleva.

Sobre esta cuestión, MUKAI ha señalado la falta que hace la determinación de comandos generales que impongan a los municipios brasileños conceptos uniformes que les orienten en la configuración de la disciplina del uso del suelo:

“La disciplina del uso del suelo local, no obstante, debería merecer una Ley General de Desarrollo Urbano municipal, que determinase los comandos generales, los instrumentos legales y financieros, incluso la previsión del Plan Director, para futura concretización en leyes específicas del uso y la ocupación, e incluso de parcelación del suelo urbano”<sup>654</sup> (traducción propia).

La problemática aquí suscitada, desde nuestro punto de vista, pone de manifiesto, otra vez, la discontinuidad del modelo de urbanismo y ordenación del territorio desarrollado en Brasil, cuyo reflejo en el ámbito jurídico que ahora nos ocupa, se hace notar principalmente en la ausencia de normativas reguladoras de materias fundamentales de la política urbana, como por ejemplo, la disciplina de la ocupación y uso del suelo urbano, pieza clave que conecta la propiedad con vocación urbana, entendida como base operativa del urbanismo, con el destino urbanístico específico determinado en los planes urbanísticos. En este sentido, es curioso a la vez que oportuno, referir que ya en el año 1978, en un panorama anterior al enmarcado por la promulgación de la actual Constitución Federal, en la cual queda recogido un sistema de distribución de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio mucho más claro que el adoptado en los regímenes anteriores, PESSÔA ya sostenía opinión similar a la que sostenemos:

“En materia de urbanismo, con relación a comandos jurídicos emanados de la Unión, tampoco hace falta bajar a nivel local (especialmente en un país de dimensiones continentales) es decir, determinar parámetros de parcelas, o anchura de vías. Es urgente, no obstante, la edición de legislación federal que defina los principios del urbanismo y de la ocupación del suelo en nuestras ciudades, y establezca las restricciones a las facultades dominicales del propietario”<sup>655</sup> (traducción propia).

Pese a haber realizado una breve introducción al problema, entendemos oportuno, por cuestiones metodológicas, avanzar en el estudio de los elementos conformadores de la regulación del derecho de la propiedad privada urbana en Brasil ya que estos nos aportarán informaciones sobre otros aspectos que también componen este panorama, para en un momento posterior analizar los elementos causantes de dicha situación, sus concretas consecuencias, así como nuestras

<sup>654</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 304. Originalmente enseña: “A disciplina do uso do solo local, no entanto, deveria merecer uma Lei Geral de Desenvolvimento Urbano, municipal, que traçasse os comandos gerais, os instrumentos legais e financeiros, inclusive a previsão do Plano Diretor, para futura concretização em leis específicas de uso e ocupação do solo, inclusive de parcelamento do solo urbano”.

<sup>655</sup> PESSÔA, Álvaro. *Aspectos jurídico-institucionais do uso do solo urbano...op. cit.*, p.61.

reflexiones acerca del estado de la cuestión y posibles aportaciones de interés desde el ordenamiento jurídico español.

### III.2.2. La función social de la propiedad privada urbana

En el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño, la función pública del urbanismo posee como objetivos el uso racional del espacio urbano, conforme ya se ha puesto de manifiesto y también, pese a que en la práctica las propias Administraciones Públicas tratasen tal aspecto como de menor importancia, determinar la configuración jurídica de la propiedad urbana, pero no más como un derecho individual 'puro', sino como un derecho individual permeado por la función social de la propiedad, así como por la utilidad pública.

De acuerdo con lo dispuesto en el capítulo constitucional regulador del urbanismo, incluso considerando toda la problemática que conlleva la definición del contenido que lo debe integrar conforme al actual marco normativo urbanístico, el instrumento básico para el desarrollo de esta actividad es el Plan Director, el cual habilita la Administración Pública municipal a regular y ejecutar determinadas funciones urbanísticas e imponer a la propiedad privada urbana una serie de obligaciones y limitaciones para la consecución de intereses colectivos o generales<sup>656</sup>.

En este contexto, la completa identificación del sentido de la función social de la propiedad privada urbana en el marco jurídico brasileño resulta de la incidencia de los preceptos contenidos en la Constitución Federal, en el Estatuto de la Ciudad, en el Plan Director municipal y en algunas otras normativas municipales de carácter urbanístico en determinado territorio municipal<sup>657</sup>.

Analizando el tratamiento dispensado a la función social de la propiedad urbana en el ordenamiento jurídico brasileño tenemos que, en el ámbito constitucional, a la función social de la propiedad urbana se hace referencia en el apartado 2 del art.

---

<sup>656</sup> MACEDO, Marina Michel. "Os índices urbanísticos e os princípios esculpidos no art. 2º, incisos IX e XI do Estatuto da Cidade". En MOTA, Maurício y TORRES, Marcos Alcino (Coord.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2009, p. 354.

<sup>657</sup> ALVIM enseña que desde el punto de vista urbano, para conseguir captar el sentido de la función social, es necesario el análisis de su empleo en el art. 5, seguido del art. 182 (ambos de la Constitución Federal) y más minuciosamente lo que viene dispuesto en el Estatuto de la Ciudad, para luego lanzarnos a la lectura de lo establecido en el Plan Director de cada ciudad o en las leyes municipales del uso y la ocupación del suelo urbano. Afirma el autor que éste es el conjunto normativo que se conforma con vocación de ser implantado, a lo largo del tiempo, en cada municipio brasileño. ARRUDA, Alvim. "Função social da propriedade". En REALE, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27.

182 de la Constitución Federal de Brasil, que determina: “La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director”<sup>658</sup>.

En igual sentido queda determinado en el art. 39 del Estatuto de la Ciudad: “La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director, asegurando el atendimento de las necesidades de los ciudadanos en cuanto a calidad de vida, justicia social y al desarrollo de las actividades económicas, observadas las directrices previstas en el art. 2 de esta ley”<sup>659</sup>.

De estos preceptos se puede extraer que con relación al Plan Director municipal su objetivo fundamental deberá ser la fijación del destino urbanístico de la propiedad de conformidad con la función social de la propiedad. Este concepto, con MACEDO, se vincula a la determinación del conjunto de posibilidades de utilización del suelo, fijando o determinando su aprovechamiento<sup>660</sup>. Es en razón de la definición de su destino urbanístico en el Plan Director que la propiedad urbana adquiere determinadas utilidades legales, ya que su utilidad natural queda relacionada con la explotación de sus recursos naturales y el mantenimiento de su estado de preservación, y son los planes urbanísticos los que le confieren un aprovechamiento lucrativo distinto de este<sup>661</sup>.

De manera similar, MOREIRA afirma que la definición del uso racional y adecuado de la propiedad urbana, que caracteriza su función social implica: a) Definir las actividades que caracterizan el uso adecuado de cada propiedad urbana; b) Definir los parámetros mínimos y máximos de utilización que caracterizan el uso racional de cada propiedad urbana; c) Definir los locales y las finalidades para los cuales es autorizada la transferencia o el otorgamiento oneroso del derecho de construir; d)

---

<sup>658</sup> Traducción propia. Originalmente se recoge en el referido precepto: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

<sup>659</sup> Traducción propia. Originalmente se determina en el art. 39 del Estatuto de la Ciudad: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”.

<sup>660</sup> MACEDO, Marina Michel. “Os índices urbanísticos (...)”...*op. cit.*, p. 354.

<sup>661</sup> Ídem. En sentido similar SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 80.

Identificar las áreas urbanas en las cuales los inmuebles no edificados, infrautilizados o no utilizados podrán ser objeto de parcelación y edificación compulsorias<sup>662</sup>.

La 'utilidad', por tanto, de una propiedad urbana depende de la determinación conferida por los planes urbanísticos, directrices de ocupación del suelo y, en especial, las leyes municipales de zonificación, sobre las cuales volveremos a incidir en el próximo apartado. Así, cuando un terreno se destina a la edificación, surge de una gleba o de una parcela sin destinación urbanística. La edificabilidad no es una condición natural de suelo, sino que es algo nuevo, añadido, creado por los planes y normas urbanísticas, por más elementales que sean. A consecuencia de eso, la edificabilidad se configura como una cualificación legal atribuible a los terrenos urbanos. Esta cualificación es la que posibilita al propietario ejercer la facultad de construir en terreno urbano<sup>663</sup>.

Para que se complete la exposición del tratamiento legislativo dispensado a la función social de la propiedad privada urbana en los distintos niveles competenciales, entendemos oportuno traer a colación algunos ejemplos de la conformación de la función social de la propiedad en los Planes Directores de las siguientes ciudades: Belo Horizonte, Fortaleza y João Pessoa.

#### 1. Plan Director de Belo Horizonte:

“Art. 5º. Para el cumplimiento de su función social, la propiedad debe atender a los criterios de ordenación territorial y a las directrices de desarrollo urbano de esta ley.

Párrafo único. Las funciones sociales de la propiedad están condicionadas al desarrollo del Municipio en el plano social, a las directrices de desarrollo municipal y a las demás exigencias de esta ley, respetando los dispositivos legales y asegurados:

- a) El aprovechamiento socialmente justo y racional del suelo;
- b) La utilización adecuada de los recursos naturales disponibles, así como la protección, preservación y recuperación de ambiente natural;
- c) El aprovechamiento y la utilización compatibles con la seguridad y la salud de los usuarios y de los vecinos”<sup>664</sup> (traducción propia).

---

<sup>662</sup> MOREIRA, Antonio Cláudio M. L. “Plano diretor e função social da propriedade urbana”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, p. 152.

<sup>663</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 81.

<sup>664</sup> BRASIL. Lei 7.165, de 27 de agosto de 1996, que estabelece o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte. Disponible en <http://www.rmbh.org.br/pt-br/repositorio/municipios/belo-horizonte/plano-diretor-de-belo-horizonte-lei-n-7165> (última consulta realizada en febrero de 2015). Originalmente: “Art. 5º - Para o cumprimento de sua função social, a propriedade deve atender aos critérios de ordenamento territorial e às diretrizes de desenvolvimento urbano desta Lei. Parágrafo único. As funções sociais da propriedade estão condicionadas ao desenvolvimento do Município no plano social, às diretrizes de desenvolvimento municipal e às demais exigências desta Lei, respeitados os dispositivos legais e assegurados: I - o aproveitamento socialmente justo e racional do solo; II - a utilização adequada dos recursos naturais

## 2. Plan Director de Fortaleza:

“Art. 3º. Son principios de la política urbana: (...)

II - La función social de la propiedad.

Párrafo 2. La función social de la propiedad es cumplida mediante el pleno desarrollo de la función socio-ambiental.

Párrafo 3. La propiedad cumple su función socio-ambiental cuando, cumulativamente:

- a) se utilice en beneficio del bien colectivo, de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio ambiental;
- b) atienda a las exigencias fundamentales de este plan director;
- c) asegure el atendimento de las necesidades de los ciudadanos en cuanto a la calidad de vida, a la justicia socio-ambiental y al desarrollo de las actividades económicas;
- d) asegure el respeto al interés colectivo en cuanto a los límites, parámetros de uso, ocupación y parcelación del suelo, establecidos en esta Ley y en su legislación de desarrollo;
- e) asegure la democratización del acceso al suelo urbano y a la vivienda;
- f) no se la utilice para la retención especulativa del inmueble<sup>665</sup> (traducción propia).

## 3. Plan Director de João Pessoa:

“Art.5º. Para cumplir su función social, la propiedad urbana debe satisfacer simultáneamente y según criterios y grados de exigencia establecidos en ley, mínimamente, las siguientes condiciones:

1. Uso para actividades urbanas, en razón compatible con la capacidad de la infraestructura instalada y del suplemento de los servicios públicos;
2. Aprovechamiento y utilización integrados a la preservación de la calidad del medio ambiente y del patrimonio cultural, compatibles con la seguridad y salud de sus usuarios y de las propiedades vecinas.

Art. 6º. La propiedad urbana cumple su función social cuando el ejercicio de los derechos a ella inherentes se someta a los intereses colectivos<sup>666</sup> (traducción propia).

---

disponíveis, bem como a proteção, a preservação e a recuperação do meio ambiente; III - o aproveitamento e a utilização compatíveis com a segurança e a saúde dos usuários e dos vizinhos”.

<sup>665</sup> BRASIL. Lei Complementar 09 de 2008, que estabelece o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza e dá outras providências. Disponible en [http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/u1321/rfplc\\_0009\\_plano\\_diretor.pdf](http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/u1321/rfplc_0009_plano_diretor.pdf) (última consulta realizada en febrero de 2015). Originalmente: “Art. 3º São princípios da Política Urbana: (...) II - a função social da propriedade; Parágrafo 2. A função social da propriedade é cumprida mediante o pleno desenvolvimento da sua função socioambiental. Parágrafo 3. A propriedade cumpre sua função socioambiental quando, cumulativamente: I - for utilizada em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental; II - atenda às exigências fundamentais deste Plano Diretor; III - assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça socioambiental e ao desenvolvimento das atividades econômicas; IV- assegure o respeito ao interesse coletivo quanto aos limites, parâmetros de uso, ocupação e parcelamento do solo, estabelecidos nesta Lei e na legislação dela decorrente; V - assegurar a democratização do acesso ao solo urbano e à moradia; VI - não for utilizada para a retenção especulativa de imóvel”.

<sup>666</sup> BRASIL. Decreto 6.499, de 20 de março de 2009, que consolida a lei complementar 054, de 23 de dezembro de 2008, às disposições da lei complementar 03 de 30 de dezembro de 1992. Disponible en <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/portal/wp-content/uploads/2012/04/planodiretor2009.pdf?7313a9> (última consulta en febrero de 2015). Originalmente: “Art. 5º. Para cumprir sua função social, a propriedade urbana deve satisfazer, simultaneamente, as seguintes condições: I - uso para atividades urbanas, em

Nótese que los preceptos que se relacionan con la función social de la propiedad en los Planes Directores arriba indicados dispensan tratamiento distinto al tema, en dos de ellos se puede identificar la vinculación de la función social a las determinaciones constantes en la ley, sin que se especifique exactamente cuales son estas determinaciones (Planes Directores de Fortaleza y Belo Horizonte) y en otro se establece una serie de conductas genéricas cuyo cumplimiento conllevaría la realización de la función social de la propiedad urbana (Plan Director de João Pessoa).

Profundizando en la lectura integral de los referidos planes, no ha sido posible identificar preceptos orientados a la inequívoca instrumentalización u operatividad de la función social de la propiedad urbana. Lo que se establece en ellos, desde nuestro punto de vista, son recomendaciones genéricas orientadoras de la conducta de los propietarios, en los cuales la función social de la propiedad urbana no llega a ser objeto de instrumentalización.

Pese a esta realidad verificada en la práctica, la doctrina urbanística y constitucional conformada en Brasil es bastante unívoca con relación al entendimiento de que la contribución del texto constitucional para la consolidación de la función social de la propiedad como principio orientador y elemento integrante del contenido del derecho de propiedad, no ha sido la identificación de la existencia de la función social, sino la intención de dotarla de eficacia y coercibilidad por medio de las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director<sup>667</sup>. Revelándose en algunos casos, en orden a su consecución, la imposición de obligaciones a la propiedad privada urbana, no confiriendo solamente derechos a su titular<sup>668</sup>.

Claro está que la directriz constitucional es en el sentido de estimular al propietario a destinar su bien inmueble a una finalidad coherente con el desarrollo social de la ciudad, cohibiendo la inercia sostenida por la especulación inmobiliaria

---

razão compatível com a capacidade da infraestrutura instalada e do suprimento dos serviços públicos; II - aproveitamento e utilização integrados à preservação da qualidade do meio ambiente e do patrimônio cultural, compatíveis com a segurança e saúde de seus usuários e das propriedades vizinhas. Art. 6º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando o exercício dos direitos a ela inerentes se submete aos interesses coletivos”.

<sup>667</sup> En base a análisis doctrinal, así lo ha afirmado CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada...op. cit.*, p. 63

<sup>668</sup> En este sentido, de manera expresa ha afirmado DALLARI que el derecho de propiedad hoy, en Brasil, es entendido, principalmente, como un instrumento de afirmación de una serie de prerrogativas del propietario. Por aplicación concreta del principio de la función social de la propiedad es posible establecer los deberes de titularidad de la riqueza, de aquél a quien el orden jurídico reconoce el derecho de tener una propiedad. Ahora, ese mismo sujeto recibe del mismo orden jurídico el deber de usar su propiedad inmobiliaria urbana en beneficio del interés de la colectividad. DALLARI, Adilson Abreu. “Instrumentos de política urbana”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 87.

alimentada por el gradual crecimiento del espacio urbano. Por todo ello, es posible concluir que la instrumentalización en la práctica de la función social de la propiedad, dependiendo de lo dispuesto en los Planes Directores de cada municipio, puede distar bastante de la intención plasmada en la Constitución Federal<sup>669</sup>.

Ratifican dicha afirmación los tres ejemplos prácticos presentados anteriormente, extraídos de Planes Directores actualmente vigentes y los resultados recogidos en el estudio específico de evaluación de la implementación de Planes Directores tras la promulgación del Estatuto de la Ciudad, realizado en el año 2011, organizado por SANTOS JUNIOR y MONTANDON. De manera específica, se concluyó en el referido estudio, con relación al tratamiento dispensado a la función social de la propiedad y su posible cumplimiento en los planes objeto de evaluación, que:

“De acuerdo con los informes regionales analizados, los nuevos Planes Directores brasileños, salvo raras excepciones, hacen referencia al cumplimiento de la función social de la propiedad y, con enfoques diversos, se refieren a las directrices generales del Estatuto de la Ciudad.

El cumplimiento de la función social de la propiedad puede aparecer asociado a la ocupación de vacíos urbanos, el combate a la especulación inmobiliaria por medio del empleo de los instrumentos urbanísticos regulados en el Estatuto de la Ciudad, a la promoción del acceso a una vivienda digna y a la ciudad, a la atención de las exigencias de la colectividad, a la utilización racional de las infraestructuras y de los equipamientos y servicios urbanos, a la preservación de la calidad de vida o del medioambiente, a la seguridad, a la salud, a la lucha contra la apropiación privada de las plusvalías urbanísticas generadas colectivamente; entre otras especificaciones. Han sido registradas, aún, referencias a la sumisión de la función social de la propiedad al ordenamiento territorial definido en el Plan Director, tal como orienta la Constitución Federal, así como orientaciones indirectas relacionadas a la priorización de usos específicos para determinadas áreas de la ciudad.

No obstante, buena parte de los informes indican que no existe necesariamente coherencia entre el destacado inicial y el contenido del Plan. En el caso del estado de Río de Janeiro, es indicado que ‘no es raro que prácticamente cualquier uso o forma de apropiación del espacio urbano sea definido como coherente con el cumplimiento de la función social de la propiedad, mientras atiende al ordenamiento territorial definido en el Plan, revelando, con frecuencia, un vaciamiento o banalización del concepto’. Como es indicado en el informe del estado de Pará, ‘los planes no avanzan en el sentido de conferir precisión al concepto, tampoco en instituir disposiciones que propicien su concretización’. El informe del estado de

---

<sup>669</sup> Ídem. Afirma DALLARI que, no obstante las potencialidades abiertas al legislador municipal por el texto constitucional, lo que se ha observado en la práctica, es que el principio de la función social de la propiedad, hasta ahora, ha producido muy pocos resultados, quizás exactamente por la falta de un texto normativo que indique lo que debe ser entendido como siendo interés social y a qué se corresponde el cumplimiento de la función social de la propiedad.

Tocantins, a su vez, destaca que la incorporación de las orientaciones relacionadas al cumplimiento de la función social de la propiedad se realiza, generalmente, de forma tímida y poco clara, por medio de directrices genéricas y sin la articulación con la definición de parámetros del uso y la ocupación del suelo<sup>670</sup> (traducción propia).

Indagando en los motivos extrajurídicos que conllevan a la previsión de la función social de la propiedad urbana como una figura retórica en un elevado número de Planes Directores municipales, señala GODOY que, debido a la fuerte tradición patrimonialista privatista que aún caracteriza distintos seguimientos de la sociedad brasileña, cualquier interferencia del poder público municipal tendente a relativizar el derecho de propiedad privada urbana genera una conmoción de tal orden que inexorablemente va a desembocar en el poder judicial, donde generalmente el propietario encuentra amparo para seguir ejerciendo su derecho sin intervenciones estatales y menos aún derivadas de una legislación urbanística municipal<sup>671</sup>.

Siguiendo con su crítica, pero centrándose en la exposición de argumentos jurídicos, el autor defiende entendimiento en el sentido de que la elección de remitir a

---

<sup>670</sup> SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos y MONTANDON, Daniel Todtmann (Orgs.). “Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas”...*op. cit.*, p. 60. Originalmente: “De acordo com os relatórios estaduais analisados, os novos planos diretores brasileiros, com raras exceções, fazem referência ao cumprimento da função social da propriedade e, com ênfases variadas, às diretrizes gerais do Estatuto da Cidade. O cumprimento da função social da propriedade pode aparecer associado à ocupação dos vazios urbanos, ao combate à especulação imobiliária por meio dos instrumentos do Estatuto, à promoção do acesso à moradia e à cidade, ao atendimento em geral das exigências da coletividade, à utilização racional da infraestrutura e dos equipamentos e serviços urbanos, à preservação da qualidade de vida ou do meio ambiente, à segurança, à saúde, ao combate à apropriação privada de lucros fundiários gerados coletivamente, entre outras especificações. Podem ser registradas, ainda, referências à submissão da função social da propriedade ao ordenamento territorial definido no Plano Diretor, tal como orienta a Constituição Federal, assim como orientações indiretas relacionadas à priorização de usos específicos para determinadas áreas da cidade. Contudo, boa parte dos relatórios aponta que não há necessariamente coerência entre o destaque inicial e o conteúdo do Plano. No caso do estado do Rio de Janeiro, é apontado que “não é raro que praticamente qualquer uso ou forma de apropriação do espaço urbano seja definido como coerente com o cumprimento da função social da propriedade, desde que atenda ao ordenamento territorial definido no Plano, revelando, com frequência, um esvaziamento ou banalização do conceito”. Como é apontado no relatório do Pará, “os planos não avançam no sentido de conferir precisão ao conceito, nem de instituir disposições que propiciem sua concretização”. O relatório de Tocantins, por sua vez, destaca que a incorporação das orientações relacionadas ao cumprimento da função social da propriedade se dá, geralmente, de forma tímida e pouco clara, por meio de diretrizes genéricas e sem articulação com a definição de parâmetros de uso e ocupação do solo”.

<sup>671</sup> GODOY, Marcos Vinícius Ferreira de. “Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do direito municipal”. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora*. Vol. 1, núm. 1. Belo Horizonte: enero/diciembre 2011, p. 46. En igual sentido, VILLAÇA afirma que el conservadorismo del poder judicial brasileño parece ser el triunfo que el sector inmobiliario más valora. VILLAÇA, Flávio. “Perspectivas do planejamento urbano no Brasil de hoje”...*op. cit.*, p. 15. Con relación a esta misma cuestión, afirma DALLARI que es necesario aún vencer perjuicios, especialmente en lo relativo a la jurisprudencia, que es predominantemente individualista y no contempla la dimensión social de la propiedad. Afirma el autor que a lo largo de muchos años, más de un siglo, la jurisprudencia fue construida tomando como base un concepto de propiedad derivado de la propiedad rural, que siempre fue cuantitativa y económicamente más relevante en Brasil. Ocurre que tal situación de hecho se ha invertido completamente, con el agravante de que la propiedad urbana es sustancialmente diferente de la propiedad rural. DALLARI, Adilson Abreu. “Instrumentos de política urbana”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 87.

la Administración municipal la tarea de definir los criterios informadores de la función social de la propiedad urbana constituyó una maniobra del legislador constitucional para librarse de su responsabilidad competencial en orden al establecimiento de parámetros concretos por medio de los cuales se vislumbra el cumplimiento de la función social de la propiedad urbana. En este sentido sigue el autor:

“Aunque compete a la esfera federal solamente la proposición de directrices y normas generales, se pretende que sea más eficaz el atendimento de estas directrices cuanto más explícitos y claros sean sus postulados. ¿Por qué la Constitución Federal de 1988 fue tan precisa en cuanto al atendimento de la función social de la propiedad rural y no lo fue en cuanto a la propiedad urbana? (...). Ocurre que la sociedad capitalista contemporánea es urbana por excelencia y el escenario de las disputas es la ciudad. Así, no es difícil prever la dimensión de los obstáculos que surgirán para aprobar, en cualquier Cámara Municipal, la sumisión de propiedades pertenecientes a importantes figuras de la política local, a la función social de la propiedad en los Planes Directores. Además de eso, el argumento de que el legislador municipal posee mejores condiciones de realizar tal encargo en razón de su conocimiento acerca de las peculiaridades de su municipio, permite concluir una justificativa que solamente refuerza el siguiente convencimiento: maniobra político-legal con el propósito evidente de evitar, o como mínimo obstaculizar, el enfrentamiento de las cuestiones relacionadas con la problemática social urbana (...). El concepto es correcto, el instrumento urbanístico existe, está previsto en ley, pero su implantación contraría su propia finalidad”<sup>672</sup> (traducción propia).

Es importante señalar que la previsión de norma municipal determinando parámetros, aunque teóricos, para el atendimento de la función social de la propiedad, no agota la materia en el ámbito legislativo. En el marco del ordenamiento jurídico brasileño, es posible la elaboración de otras normas que tengan por objeto disciplinar el contenido de la propiedad urbana por medio de la previsión de instrumento que posibilite la incidencia u operatividad de la función social de la propiedad, editadas por

---

<sup>672</sup> GODOY, Marcos Vinícius Ferreira de. “Função social da propriedade (...)”...*op. cit.*, p. 50. Originalmente: “Muito embora, caiba à Constituição Federal tão somente a proposição de diretrizes, pretende-se que seja tão mais eficaz o atendimento a estas diretrizes quanto mais explícitos forem seus postulados. Por que a CF/88 foi tão precisa quanto ao atendimento da função social pela propriedade rural e não o foi quanto à propriedade urbana? (...). Ocorre é que a sociedade capitalista da contemporaneidade é urbana por excelência e o palco de disputas é a cidade. Assim, não fica nem um pouco difícil prever a dimensão dos obstáculos que surgirão para aprovar, em qualquer Câmara Municipal, a submissão de propriedades pertencentes a importantes figuras da política local, à função social da propriedade no PD. Além do mais, o argumento de que o legislador municipal tem melhores condições de realizar tal tarefa, dado o conhecimento por parte do mesmo das peculiaridades de seu município, perfaz justificativa que só reforça o seguinte convencimento: manobra político-legal com o propósito evidente de evitar, ou no mínimo obstaculizar, o enfrentamento das questões afeitas à problemática social urbana (...). O conceito está correto, o instrumento urbanístico existe, é lei, mas sua implementação contraria sua finalidade”.

el ente federativo constitucionalmente competente para ello<sup>673</sup>, que en este caso, y de acuerdo con la posición defendida por el autor arriba indicado, es la Unión.

En razón del insuficiente desarrollo legislativo técnico conferido en los planes directores municipales a la función social de la propiedad y la clara resistencia que existe en el ámbito municipal con respecto a su operatividad por medio de la imposición de determinados deberes u obligaciones a los propietarios de suelo urbano, lo que se pretende poner de manifiesto es la necesidad y conveniencia de que desde la esfera federal, a nivel nacional, se establezcan instrumentos y mecanismos que tornen operativa la incidencia de la función social de la propiedad privada urbana, conectando su destinación urbanística con una serie de deberes y obligaciones a ser cumplidos por sus propietarios, como medida de consolidación del principio de la función social de la propiedad y de cumplimiento de los preceptos dispuestos en el texto constitucional sobre el derecho de la propiedad urbana y el urbanismo.

En concordancia con la observación realizada por MAGALHÃES, concluimos que en este ámbito del ordenamiento jurídico brasileño falta la realización de “una conexión necesaria entre la teoría y la práctica”<sup>674</sup>. Tendremos oportunidad de profundizar en ello en el siguiente apartado, reuniendo todos los elementos conformadores de dicha situación.

Por último, para completar la exposición del tratamiento dispensado a la función social de la propiedad urbana en el ordenamiento brasileño, cabe analizar el precepto constitucional que prevé sanciones a los propietarios que incumplan la función social de sus propiedades y su desarrollo legislativo en el ámbito del Estatuto de la Ciudad.

En el art. 182 apartado 4 de la Constitución Federal se permite que la Administración local, mediante ley específica para el área indicada en el Plan Director, exija del propietario de inmueble urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado, que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: parcelación o edificación obligatorias; aplicación de impuesto sobre la propiedad territorial y predial urbana progresivo en el tiempo y expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate

---

<sup>673</sup> CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada...op. cit.*, p. 63

<sup>674</sup> MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência política*. 3ª Ed. Brasília: Vestcon, 2003, p. 101.

de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales<sup>675</sup>.

El Estatuto de la Ciudad, en el desarrollo de este apartado constitucional, regula en su art. 5 la posible aplicación por parte de las Administraciones locales de la sanción de parcelación, edificación o utilización obligatorias a los propietarios de inmueble urbano no edificados, infrautilizados o no utilizados en los siguientes términos: El concepto de inmueble infrautilizado se determina en el en el apartado 1 del párrafo 1, por el cual se considerará inmueble infrautilizado todo aquel cuyo aprovechamiento sea inferior al mínimo definido en el Plan Director o en su legislación de desarrollo; en el apartado 2 se determina que el propietario del inmueble en cuestión deberá ser notificado por el Poder Ejecutivo municipal para el cumplimiento de la obligación de parcelar o edificar y que la referida notificación deberá ser registrada en el correspondiente registro de inmuebles; en el apartado 3 se determina que la notificación debe ser realizada por funcionario público del órgano competente del Poder Ejecutivo municipal y mediante aviso público en caso de tres intentos frustrados de notificación por parte de funcionario público; y en el apartado 4 se determinan los plazos para implementación de las sucesivas obligaciones<sup>676</sup>.

---

<sup>675</sup> Se determina de manera literal en el art. 182 apartado 4 de la Constitución Federal lo siguiente: “Se faculta al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el Plan Director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente: 1. Parcelación o edificación obligatorias; 2. Impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo; 3. Expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales” (traducción propia). Originalmente: “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

<sup>676</sup> De manera completa, se determina en el art. 5 del Estatuto de la Ciudad que: “Ley municipal específica para área incluida en el plano director podrá determinar la parcelación, la edificación o la utilización obligatorias del suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado, debiendo fijar las condiciones y los plazos para la implementación de la referida obligación. Párrafo 1. Se considera infrautilizado el inmueble: 1. Cuyo aprovechamiento sea inferior al mínimo definido en el Plan Director o en su legislación de desarrollo. Párrafo 2. El propietario deberá ser notificado por el Poder Ejecutivo municipal para el cumplimiento de la obligación, debiendo la notificación ser registrada en el Registro de inmuebles. Párrafo 3. La notificación se realizará: 1. Por funcionario público del órgano competente del poder público municipal, al propietario del inmueble o, en caso de este ser persona jurídica, a quien tenga poderes de gerencia general o administrativa. 2. Mediante aviso público si frustrada, por tres veces, la tentativa de notificación en la forma prevista en el apartado 1. Párrafo 4. Los plazos a que se refiere el precepto principal no podrán ser inferiores a: 1. Un año, a partir de la notificación, para que sea protocolado el proyecto en el órgano municipal competente. 2. Dos años, a partir de la aprobación del proyecto, para iniciar las obras del emprendimiento. Párrafo 5. En emprendimientos de gran porte, en carácter excepcional, la ley municipal específica a que se refiere el *caput* podrá prever la conclusión en etapas, asegurándose que los proyectos aprobados comprendan el emprendimiento como un conjunto”.

El art. 7 de la referida ley regula la aplicación del impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana (IPTU) progresivo en el tiempo, cuyo requisito de aplicación es el incumplimiento de la obligación de parcelar o edificar el inmueble urbano infrautilizado, no utilizado o no edificado por parte del propietario, en los siguientes términos:

“En caso de incumplimiento de las condiciones y plazos previstos en la forma del *caput* del art. 5 de esta Ley, o no siendo cumplidas las etapas previstas en el párrafo 5 del art. 5 de esta Ley, el municipio procederá a la aplicación del impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana (IPTU) progresivo en el tiempo, mediante el aumento de la alícuota por el plazo de cinco años consecutivos.

Párrafo 1. El valor de la alícuota a ser aplicado a cada año será fijado en la ley específica a que se refiere el art. 5 de esta Ley y no excederá del doble del valor referente al año anterior, respetada la alícuota máxima del quince por ciento.

Párrafo 2. En caso de que la obligación de parcelar, edificar o utilizar no sea atendida en cinco años, el municipio mantendrá la cobranza por la alícuota máxima, hasta que se cumpla la referida obligación, garantizada la prerrogativa prevista en el art. 8.

Párrafo 3. Se veda la concesión de exenciones o de amnistías relativas a la tributación progresiva de que trata este artículo<sup>677</sup> (traducción propia).

Por fin, en el art. 8 de la referida ley se dispone sobre la expropiación con pago mediante títulos de la deuda pública, cuyos requisitos son, primeramente, la aplicación de la obligación de parcelar o edificar por la Administración local, segundo, que la misma sea incumplida por el propietario y, tercero, que se haya aplicado por cinco años consecutivos el cobro del IPTU progresivamente sin resultados. De manera completa se determina en el referido precepto que:

“Transcurridos cinco años del cobro del IPTU progresivo sin que el propietario haya cumplido la obligación de parcelación, edificación o utilización, el municipio podrá proceder a la expropiación del inmueble, con pago mediante títulos de la deuda pública.

Párrafo 1. Los títulos de la deuda pública tendrán previa aprobación por el Senado Federal y serán rescatados en el plazo de hasta diez años, en parcelas anuales, iguales y sucesivas, asegurados el valor real de la indemnización y los juros legales de seis por ciento al año.

Párrafo 2. El valor real de la indemnización:

---

<sup>677</sup> Originalmente en el art. 7 del Estatuto de la Ciudad se dispone que: “Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do *caput* do art. 5 desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no parágrafo 5 do art. 5 desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. Parágrafo 1. O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o *caput* do art. 5 desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. Parágrafo 2. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8. Parágrafo 3. É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo”.

1. Reflejará el valor base del cálculo del IPTU, descontado el montante incorporado en función de las obras realizadas por el poder público en el área donde el mismo esté localizado tras la notificación de que trata el párrafo 2 del art. 5 de esta Ley;

2. No computará expectativas de beneficios, lucro cesante y juros compensatorios.

Párrafo 3. Los títulos de que trata este artículo no tendrán poder liberatorio para el pago de tributos.

Párrafo 4. El municipio procederá al adecuado aprovechamiento del inmueble en el plazo máximo de cinco años, contado a partir de su incorporación al patrimonio público.

Párrafo 5. El aprovechamiento del inmueble podrá ser realizado directamente por el Poder Público o por medio de alienación o concesión a terceros, observándose, en este caso, el debido procedimiento licitatorio.

Párrafo 6. Se mantienen para el adquirente de inmueble en los términos del párrafo 5 las mismas obligaciones de parcelación, edificación o utilización previstas en el art. 5 de esta Ley<sup>678</sup> (traducción propia).

De la lectura de los preceptos arriba indicados se puede concluir que el procedimiento que se impone para los casos de inmuebles no edificados, infrautilizados o no utilizados es bastante burocrático y en su trasfondo es posible notar una visión garantista y proteccionista con respecto al derecho de la propiedad privada urbana. Los procedimientos se alargan en el tiempo, los propietarios reciben varias oportunidades para efectuar el aprovechamiento económico de sus propiedades conforme a las exigencias de las Administraciones locales y para estas, los procedimientos que se establecen están cercados de una rigidez formal cuya inobservancia conlleva a la nulidad de todos los actos administrativos ya prácticos en el ámbito de la correspondiente medida sancionatoria. Situación que torna su aplicación prácticamente inviable<sup>679</sup>.

---

<sup>678</sup> Originalmente queda determinado en el art. 8 del Estatuto de la Ciudad: “Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. Parágrafo 1. Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano. Parágrafo 2. O valor real da indenização: I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o parágrafo 2 do art. 5 desta Lei; II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios. Parágrafo 3. Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos. Parágrafo 4. O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público. Parágrafo 5. O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório. Parágrafo 6. Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do Parágrafo 5 as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5 desta Lei”.

<sup>679</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 428. Véase MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 138, que se manifiesta por la inconstitucionalidad del contenido del art. 8, párrafo 2, apartado 1, del Estatuto de la Ciudad, que en su opinión no respeta la exigencia de justa indemnización.

### **III.2.2.1. El incumplimiento de la función social de la propiedad urbana en el marco jurídico brasileño: posibles alternativas desde el ordenamiento español**

En razón de las reconocidas dificultades enfrentadas en la práctica para la implementación de las medidas sancionatorias previstas en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad en el marco constitucional brasileño, entendemos oportuno indicar la posición adoptada por el legislador español en el ámbito de la Ley de Suelo de 2008 para los casos de inobservancia de la función social de la propiedad, con el objetivo de aportar una perspectiva distinta con relación a la técnica jurídica empleada en Brasil<sup>680</sup>.

Conforme a lo establecido en el art. 36 de la actual Ley de Suelo española, el incumplimiento de los deberes establecidos en esta legislación habilita a la Administración actuante a decretar, previa audiencia del propietario incumplidor, subsidiariamente, la ejecución de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas o cualesquiera otras consecuencias previstas en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística de las Comunidades Autónomas<sup>681</sup>.

Centrándonos en el ámbito de aplicación de las sanciones previstas para el incumplimiento de la función social de la propiedad, el legislador español no se ha limitado a determinar hipótesis específicas y concretas, sino que ha marcado la línea de actuación en función de los deberes urbanísticos previstos en el marco general de esta ley.

---

<sup>680</sup> Para profundizar en el tema de la expropiación por incumplimiento de la función social véase FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007, p. 54; BERMEJO VERA, José. "Análisis previo de la expropiación forzosa". *Revista Documentación Administrativa*. Núm. 222, abril/junio 1990, pp. 5-20; BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional...op. cit.*, p. 379 y ss.; y MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, p. 402 y ss.

<sup>681</sup> De manera integral se dispone en el art. 36 de la Ley de Suelo de 2008 lo siguiente: "Procedencia y alcance de la venta o sustitución forzosas: 1. El incumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley habilitará a la Administración actuante para decretar, de oficio o a instancia del interesado, y en todo caso, previa audiencia del obligado, la ejecución subsidiaria, la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas o cualesquiera otras consecuencias derivadas de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. 2. La sustitución forzosa tiene por objeto garantizar el cumplimiento del deber correspondiente, mediante la imposición de su ejercicio, que podrá realizarse en régimen de propiedad horizontal con el propietario actual del suelo, en caso de incumplimiento de los deberes de edificación o de conservación de edificios. 3. En los supuestos de expropiación, venta o sustitución forzosas previstos en este artículo, el contenido del derecho de propiedad del suelo nunca podrá ser aminorado por la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística en un porcentaje superior al 50 por ciento de su valor, correspondiendo la diferencia a la Administración".

Así, las causas más comunes de incumplimiento de la función social se relacionan genéricamente con la falta de observancia de los deberes urbanísticos o las cargas que corresponden a los propietarios de terrenos cumplir en virtud de la normativa urbanística aplicable. Entre las causas más específicas, se encuentran la inobservancia de los plazos establecidos para la urbanización de los terrenos y su edificación; el incumplimiento de los deberes de conservación o mantenimiento de los inmuebles, legalmente exigibles; la realización de actos de parcelación ilegal o reparcelación, uso de suelo o edificación legalmente merecedores de la calificación de infracción urbanística, grave o muy grave; entre otros.

En Brasil, el legislador constitucional ha limitado las hipótesis de aplicación de sanciones en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad solamente a los propietarios que mantengan sus terrenos no edificados, infrautilizados o no utilizados. De manera que, desde nuestro punto de vista, la indicación expresa de hipótesis de incidencia ha condicionado el entendimiento de lo que viene a ser el adecuado aprovechamiento del inmueble urbano por las Administraciones locales, perjudicando la propia comprensión sobre la operatividad de la función social de la propiedad sobre el derecho de la propiedad urbana y su posible instrumentalización en los Planes Directores municipales.

Lo dispuesto en el texto constitucional remite al entendimiento de que los terrenos utilizados por encima de los coeficientes de aprovechamiento urbanístico previstos en los Planes Directores o leyes del uso y la ocupación del suelo, o las edificaciones urbanas no habitadas o no ocupadas conforme a las determinaciones contenidas en las normas municipales, aún así, estarían cumpliendo con su función social y que estas hipótesis, al no integrar el rol taxativo dispuesto en la Constitución, no podrían derivar en la imposición de las sanciones administrativas previstas en su texto. Con eso queremos poner de manifiesto que hay muchas otras situaciones no contempladas en el ámbito constitucional que indiscutiblemente constituyen posibles vulneraciones a la función social de la propiedad urbana, entendida en su aspecto general, y que también merecían ser objeto de sanción administrativa con el fin último de que su destinación, aquella que interesa al pleno desarrollo de la ciudad, se vea cumplida.

Es oportuno indicar que inicialmente, en el proyecto de ley que dio origen al Estatuto de la Ciudad, se consideraba como hipótesis de inmueble infrautilizado, además del inmueble cuyo aprovechamiento sea inferior al mínimo definido en el Plan Director o en la legislación de él derivada, el inmueble utilizado en desacuerdo con la

legislación urbanística y ambiental. Previsión legislativa por medio de la cual se habría ampliado significativamente el rol taxativo dispuesto en el marco constitucional y habría facultado algo más de poder a los municipios para desde sus realidades territoriales combatir posibles inobservancias perjudiciales a los intereses de la colectividad en ámbito urbano<sup>682</sup>.

No obstante, tal precepto fue vetado por el presidente de la República y acabó siendo retirado del texto de ley aprobado. Son estas las razones del referido veto presidencial, constantes del Mensaje 730/2001, de 10 de julio, de la Casa Civil:

“El apartado 2 del párrafo 1 del artículo 5 del proyecto equipara el inmueble infrautilizado a aquel ‘utilizado en desacuerdo con la legislación urbanística o ambiental’. Tal equiparación es inconstitucional, en razón de que la Constitución penaliza solamente al propietario que infrautiliza su inmueble de forma a no atender al interés social, no englobando aquél que a su inmueble dio uso ilegal, el cual puede, o no, estar siendo infrautilizado. Cabe recordar que, tratándose de restricción a un derecho fundamental – el derecho de propiedad –, no es admisible la ampliación legislativa para abarcar los individuos que no fueron contemplados en la norma constitucional”<sup>683</sup> (traducción propia).

En este entendimiento tenemos el claro ejemplo del mantenimiento del *statu quo* de la propiedad privada en la sociedad brasileña como un derecho individualista, protegido en su condición de derecho fundamental, capaz de sobreponerse al principio de la función social, alzado a principio constitucional orientador del ejercicio del derecho de propiedad por la Constitución de 1988, que por fin, en la práctica, termina despojado de efectividad por el propio Poder Ejecutivo federal en beneficio del interés individual y privado de los propietarios. Con este tipo de posicionamiento por parte de la Administración federal sale perjudicada la colectividad, salen relegadas las Administraciones municipales que, además de tener que realizar esfuerzos (económicos, de tiempo y personal) importantes para intentar aplicar el sistema de sanciones al incumplimiento de la función social, deben asistir impasibles a la especulación inmobiliaria perpetuándose en sus territorios o sencillamente al descaso propietario para con el bien común, sin poder actuar, restándoles como alternativa la interposición de la Acción de Declaración de Abandono para el caso específico de

---

<sup>682</sup> MONTEIRO, Vera. “Parcelamento, edificação ou utilização compulsórias da propriedade urbana”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, 101.

<sup>683</sup> *Ibidem*, pp. 101 y 102. Originalmente: “O inciso II do parágrafo 1º do art. 5º do projeto equipara ao imóvel subutilizado aquele ‘utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental’. Essa equiparação é inconstitucional, porquanto a Constituição penaliza somente o proprietário que subutiliza o seu imóvel de forma a não atender ao interesse social, não abrangendo aquele que a seu imóvel deu uso ilegal, o qual pode, ou não, estar sendo subutilizado. Vale lembrar que, em se tratando de restrição a direito fundamental – direito de propriedade –, não é admissível a ampliação legislativa para abarcar os indivíduos que não forem contemplados pela norma constitucional”.

inmuebles urbanos abandonados no ocupados por otros poseedores y la imposición de multas por inobservancia de un deber legal a inmuebles ilegales, abandonados o irregulares, que escasos efectos viene produciendo en orden al cumplimiento adecuado del destino urbanístico del inmueble<sup>684</sup>.

En un contexto de aportación comparativa, en razón del nivel de desarrollo actual del sistema urbanístico brasileño y de las normas que con él se relacionan, entendemos que no resultaría plenamente efectivo dotar a los municipios brasileños de un instrumento técnico similar al empleado en la Ley de Suelo española por el cual se vincula el incumplimiento de la función social de la propiedad a la inobservancia de los deberes urbanísticos atribuidos a los propietarios del suelo. En el ordenamiento español tal vinculación es factible porque existe previsión normativa a nivel nacional seguida y desarrollada por las leyes urbanísticas autonómicas determinante de las obligaciones y cargas imputables a las propiedades urbanas, situación jurídica que en el ordenamiento urbanístico brasileño no se encuentra positivada a nivel nacional, lo que derivaría la cuestión de la aplicación de mecanismo similar a las posibles obligaciones impuestas a la propiedad desde el ámbito municipal, lo que tonaría dudosa la aplicación de este mecanismo cuanto a su efectividad u operatividad en razón de que tradicionalmente pocos son los municipios con fuerza administrativa y política suficientes para atribuir deberes a la propiedad urbana.

No tenemos todavía desarrollada en nuestra tradición jurídico-urbanística la concepción de régimen jurídico de la propiedad como conjunto de derechos y deberes, cuestión sobre la cual volveremos a incidir en el próximo apartado. Pese a eso y a la cuestión del rol restricto de incidencia de las obligaciones y sanciones previstas en la Constitución Federal, la noción de vinculación del cumplimiento de la función social de la propiedad a la observancia de los deberes atribuidos a los propietarios del suelo se postula como una opción que merece ser considerada en el ámbito de las Administraciones Públicas locales, en cuanto técnica que se establece de forma integrada en un sistema general, que en el caso español, se desarrolla teniendo como

---

<sup>684</sup> Viene consolidándose la práctica de previsión en los Planes Directores de imposición de multa a los propietarios de inmuebles abandonados o irregulares. No obstante, por otro lado, también se viene popularizando la promulgación de leyes municipales específicas de amnistía de multas urbanísticas cerca del periodo electoral. Con relación a la Acción Declaratoria de Abandono, recientemente, las Administraciones Públicas vienen promulgando leyes específicas para la aplicación de este instituto, recogido en el art. 1276 del Código Civil, por el cual se determina que el inmueble urbano abandonado por su propietario, con la intención de no más conservarlo en su patrimonio, y que no se encuentre en la posesión de otro, podrá ser recaudado, como bien vago, y pasar, después de tres años, a la propiedad del municipio. En el párrafo 2 del referido precepto se determina que el abandono se evidencia cuando, cesados los actos posesorios, el propietarios dejar de satisfacer las cargas fiscales del inmueble. En este sentido véase BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. "Abandono e arrecadação de imóveis urbanos na perspectiva da política urbana". *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Vol. 7, núm. 42, junio/julio 2012, pp. 5-25.

eje central el régimen jurídico de la propiedad privada urbana. La alternativa de un sistema que se vaya completando y conformando de forma integrada es bastante oportuna para el desarrollo y avance del modelo urbanístico brasileño.

Otro aspecto que nos ha llamado la atención con respecto al ordenamiento español es la posibilidad de que la Administración actuante determine la ejecución subsidiaria del deber urbanístico incumplido por el propietario. Eso significa que las Administraciones actuantes quedan facultadas para realizar efectivamente y materialmente la actividad, obra o trabajo a que esté obligado el propietario, sea directamente o a través de algún medio instrumental legalmente autorizado. Una vez realizadas las obras o actuaciones en ejecución subsidiaria, su coste debe ser repercutido a los propietarios de los inmuebles en concepto de reintegro de los gastos ocasionados a la Administración actuante<sup>685</sup>.

Así mismo, la legislación española determina como opciones sancionatorias al incumplimiento de los deberes urbanísticos, la venta y la sustitución forzosa<sup>686</sup>. En este contexto, la venta forzosa supone la transmisión imperativa de la entera propiedad del incumplidor, mientras que en la sustitución forzosa sólo se transmite imperativamente la facultad de edificar o conservar edificios, manteniéndose el propietario incumplidor en su propiedad, de manera que él y el adjudicatario de la actuación por sustitución se distribuirán el inmueble resultante en régimen de propiedad horizontal y en proporción a sus respectivas aportaciones<sup>687</sup>.

En Brasil, de manera estricta, el Estatuto de la Ciudad no admite que el poder público municipal parcele o edifique en terreno particular, resarcándose tras la

---

<sup>685</sup> MANTECA VALDELANDE, Víctor. "La ejecución subsidiaria en la práctica de la Administración Pública". *Actualidad Administrativa*. Núm. 11, 2011, p. 5.

<sup>686</sup> En el art. 37 de la Ley de Suelo de 2008 se determina el régimen de la venta o sustitución forzosas, en los siguientes términos: "1. La venta o sustitución forzosa se iniciará de oficio o a instancia de interesado y se adjudicará mediante procedimiento con publicidad y concurrencia. 2. Dictada resolución declaratoria del incumplimiento y acordada la aplicación del régimen correspondiente, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio. La situación de ejecución subsidiaria, de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, o cualesquiera otras a las que quede sujeto el inmueble correspondiente, se consignará en las certificaciones registrales que se expidan. 3. Cuando el procedimiento determine la adjudicación por aplicación de la venta o sustitución forzosas, una vez resuelto el mismo, la Administración actuante expedirá certificación de dicha adjudicación, que será título inscribible en el Registro de la Propiedad, en el que se harán constar las condiciones y los plazos de cumplimiento del deber a que quede obligado el adquirente, en calidad de resolutorias de la adquisición".

<sup>687</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: Iustel, 2009, p. 469.

ejecución de las actividades u obras de los costes asumidos<sup>688</sup>. Con la promulgación del Estatuto de la Ciudad el cumplimiento de los preceptos constitucionales relativos al posible incumplimiento de la función social debe realizarse de la siguiente forma: Ley municipal específica para el área incluida en el Plan Director determina al propietario que él mismo realice la adecuada utilización de su propiedad urbana. El papel de referida ley municipal es establecer las condiciones y los plazos para la implementación de la obligación de hacer. El propietario del terreno en estas condiciones es notificado para que él mismo parcelé, edifique o utilice el inmueble urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado. Y en caso de inobservancia de esta obligación, el propietario está sujeto a la aplicación de IPTU progresivo en el tiempo y, pasado determinado lapso de tiempo, la expropiación puede ser de aplicación.

La opción del legislador federal brasileño, para este caso, ha sido restringir las hipótesis de intervención de la Administración municipal en la propiedad privada para fines urbanísticos, desautorizando la adopción de medidas alternativas para el cumplimiento del destino urbanístico de los inmuebles<sup>689</sup>. La efectividad de la función social de la propiedad no se sobrepone a la propiedad privada en cuanto derecho fundamental y no tiene fuerza legitimadora, por lo menos es lo que se deduce de la posición adoptada por el legislador federal, capaz de autorizar el empleo de otras medidas, como por ejemplo las adoptadas en el ordenamiento español, por las Administraciones municipales brasileñas, alternativas, que desde nuestro punto de vista privilegian la efectividad, nos parecen menos burocráticas y siguen garantizando la legalidad de las actuaciones ya que deben seguir trámites y procedimientos administrativos específicos. Además de eso, en España se confiere poder discrecional a las Administraciones para decidir conforme a sus criterios la adopción del recurso administrativo oportuno para el caso concreto <sup>690</sup>; mientras que en Brasil los instrumentos se disponen de forma secuencial, cuya aplicación ha quedado rígidamente determinada, conformando un procedimiento que se alarga en el tiempo y conlleva un alto nivel burocrático.

La determinación en el Estatuto de la Ciudad de normas uniformes de derecho urbanístico legitimando los más de cinco mil municipios brasileños a exigir de los particulares la adecuada utilización de sus propiedades, conforme al destino

---

<sup>688</sup> MONTEIRO, Vera. *Parcelamento, edificação ou utilização compulsórias...op. cit.*, 93.

<sup>689</sup> Ídem.

<sup>690</sup> Para profundizar, de manera específica, en la técnica de la edificación forzosa, en su evolución, justificación y conocer un posicionamiento crítico con respecto a su aplicación véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, p. 617 y ss.

urbanístico de interés para la colectividad y el pleno desarrollo urbano, no es lo suficiente para la inmediata imposición de dicha medida en el ámbito municipal<sup>691</sup>. Conforme se recoge en el propio Estatuto, para que el municipio pueda imponer una sanción al propietario que no cumpla la función social de la propiedad urbana, deben ser promulgadas por lo menos dos leyes municipales: el Plan Director, en el cual se delimitará las áreas urbanas donde se podrá aplicar la parcelación o edificación compulsorias, en observancia a la existencia de infraestructuras y demanda de utilización; y las leyes específicas, que sirven para localizar exactamente las calles en las cuales se exigirá la utilización compulsorias, así como la obligación que se impondrá.

Por último, indicar que el modelo de valoración de los terrenos en caso de expropiación en España, sea de manera específica con relación a la inobservancia de la función social de la propiedad o de manera general como instrumento urbanístico, conlleva una metodología y la aplicación de formulas jurídicas totalmente distintas a las empleadas en Brasil, que se pautan en la definición del justo valor del inmueble, entendido como valor de mercado y no su valor urbanístico, adoptado como regla general en el ordenamiento jurídico español<sup>692</sup>. Tal cuestión, dada su complejidad y el largo recorrido legislativo en España tendría mejor encaje, considerando la entidad e importancia del tema, en un próximo estudio, que aborde de manera específica dicha materia. No obstante, creemos oportuno señalar el interés del tema en razón del estado actual en Brasil de la cuestión de la valoración de los terrenos urbanos en el ámbito de las expropiaciones, tema muy debatido por la doctrina jurídica y que también encierra en su trasfondo la supremacía de la propiedad privada como derecho fundamental y el mantenimiento de su estatus en la sociedad brasileña<sup>693</sup>.

---

<sup>691</sup> Confrontar con SUNDFELD, Carlos Ari. "Função social da propriedade". En DALLARI, Adilson Abreu y FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico*. Vol. I. São Paulo: RT, 1987, p. 19. Para quien el complejo sistema constitucional impuesto para hipótesis específicas de incumplimiento de la función social se justifica porque "El propietario no puede ser obligado a desarrollar una función en interés exclusivo de la sociedad". Situación que desde nuestro punto de vista no se coaduna con la realidad de la planificación urbana, ya que la determinación de la destinación urbanística por ésta debe necesariamente llevar en cuenta los intereses de los particulares y de la colectividad, disponiendo sus determinaciones de forma a armonizar estos intereses. Así, imponer a los propietarios que cumplan con la función social determinada para sus propiedades no debería, exceptuado los casos de abuso de poder por parte de las Administraciones en el ámbito de la planificación urbana, implicar la realización por el propietario de función en interés exclusivo de la sociedad, porque en tal determinación también se ha considerado el interés privado.

<sup>692</sup> Para una aproximación a la materia, en la actual legislación del suelo española, véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (Dir.). *Comentarios a la Ley de Suelo*. Vol. II. 2ª Ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 1159-2000; y PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho urbanístico...op. cit.*, pp. 86 y ss.

<sup>693</sup> Véase MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1994 y MARICATO, Ermínia (Coord.). "Preço de desapropriação de terras: limites às políticas públicas nas áreas de habitação, meio-ambiente e vias públicas em São Paulo". *Seminário: A questão fundiária e as políticas sociais*. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, diciembre 2000.

### **III.2.3. El régimen jurídico de la propiedad privada urbana**

Conforme ya se ha tenido oportunidad de avanzar en los apartados anteriores, la propiedad privada urbana en Brasil tiene su régimen jurídico conformado por normas de derecho urbanístico elaboradas desde la esfera federal y municipal, así mismo, también inciden sobre la propiedad inmobiliaria, algunos dispositivos generales de derecho civil<sup>694</sup>.

Considerando dicha situación, en orden a la identificación del marco conformador del régimen jurídico de la propiedad privada urbana en el actual ordenamiento brasileño, expondremos el trato normativo dispensado a la materia en ámbito municipal, donde efectivamente se identifica la concreción del régimen jurídico de la propiedad urbana, y en ámbito federal, donde se han promulgado algunas leyes con efecto directo sobre la conformación de dicho régimen.

#### **III. 2.3.1. La conformación del régimen jurídico de la propiedad privada urbana en el ordenamiento municipal**

De la lectura de lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 182 del texto constitucional, en el cual se determina que la propiedad urbana cumple su función social cuando atiende a las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el Plan Director, se puede inferir que el conjunto de derechos, deberes, obligaciones y cargas que podrán imponerse a la propiedad inmueble urbana en razón de la función social de la propiedad, en otras palabras, el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria urbana, debe venir determinado en los Planes Directores, elaborados de acuerdo con las directrices de derecho urbanístico recogidas en leyes federales<sup>695</sup>.

---

Disponible en [http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/produtos/relatorio\\_preco\\_desaprop.pdf](http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/produtos/relatorio_preco_desaprop.pdf) (última consulta marzo 2015).

<sup>694</sup> Explica SILVA que el régimen jurídico de la propiedad urbana se organiza totalmente inspirado en el principio de la función social de la propiedad y que este régimen es fundamentalmente de derecho urbanístico. Sigue el autor afirmando que el derecho urbanístico determina los principios que dominan el régimen jurídico de la propiedad privada urbana, estando el derecho de la propiedad urbana sometido, por lo tanto, a la función pública del urbanismo. Más adelante el autor explica que el régimen jurídico de la propiedad privada urbana posee su lado civil así como administrativo, predominando, en todos casos, el urbanístico. SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 77.

<sup>695</sup> En este sentido explica APPARECIDO JUNIOR, para quien la Constitución Federal ha atribuido al poder público el deber de regular el uso y la ocupación del suelo urbano, estableciéndose, en efecto, el régimen jurídico urbanístico, que está constituido por un conjunto de normas, instituciones e institutos que disciplinan su utilización en el ejercicio de las funciones de habitar, trabajar, circular y para practicar el ocio. Se trata, afirma el autor con fundamento en la doctrina de SILVA, de la formulación jurídica de la política de suelo, que constituye requisito esencial y es parte integrante del urbanismo y que los planes urbanísticos, pretenden programar, influir y organizar la ocupación y transformación del territorio. De ahí que la disciplina del uso y la ocupación, o la zonificación, es el instrumento clave para ello, definiendo las zonas de uso, con sus peculiares características del uso y la ocupación del suelo, explicitando el

No obstante, en la práctica de las Administraciones Públicas municipales, desde mucho antes de la introducción de los planes de urbanismo en el ordenamiento brasileño, el conjunto de derechos y de limitaciones urbanísticas atribuidas a las propiedades urbanas quedaba y aún sigue quedando recogido en las normas del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano que, tradicionalmente tienen su despliegue en las leyes de parcelación de suelo, leyes del uso y la ocupación del suelo urbano y por último, en las leyes de zonificación del suelo urbano<sup>696</sup>.

A partir de eso, podemos avanzar que en el ámbito municipal, el régimen jurídico de la propiedad privada urbana puede estar recogido integralmente en el Plan Director municipal, cuando éste conforme una ley que produce efectos inmediatos; puede estar recogido en leyes de parcelación, del uso y la ocupación del suelo urbano o leyes de zonificación del suelo urbano, cuando el Plan Director se establece como un documento programático cuya ejecución exige la promulgación de leyes de desarrollo; puede estar recogido en ambos cuerpos normativos, o sea, repartido entre los preceptos que conforman el Plan Director y las determinaciones contenidas en las leyes de parcelación, del uso y la ocupación del suelo o leyes de zonificación; y por último, podrá estar recogido integralmente en las leyes de parcelación, del uso y la ocupación del suelo urbano o leyes de zonificación del suelo urbano, entendidas como cuerpo normativo autónomo con relación a las determinaciones del Plan Director<sup>697</sup>.

Dicho eso, es necesario advertir que la identificación del instrumento normativo municipal y del propio contenido que conforma el régimen jurídico de la propiedad

---

planeamiento urbanístico vigente en el municipio. La zonificación conforma la base de la configuración del derecho de propiedad del suelo en un municipio, es la manifestación concreta del planeamiento urbanístico en el ordenamiento brasileño. APPARECIDO JUNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, pp. 51-54 y SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 238. Véase también CASTILHO, José Roberto F. *Disciplina urbanística da propriedade. O lote e o seu destino*. 3ª Ed. São Paulo: Pillares, 2010, p. 23.

<sup>696</sup> En este sentido véase MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas...op. cit.*, pp. 224 y ss. Donde la autora explica que, pese su estrecha relación, se diferencian, en términos urbanísticos, el uso de la ocupación del suelo. El termino zonificación es debidamente empleado para abrigar a las normas relacionadas con el uso del suelo, que dividido en zonas atribuye el carácter fundamental de las edificaciones, ya la ocupación del suelo se refiere más directamente al asentamiento urbano. No obstante, las referidas leyes mezclan estos conceptos, identificando zonas, usos, aprovechamientos urbanísticos, límites para la edificación, retranqueos y otros aspectos conformadores del derecho de la propiedad urbana y del aspecto físico de las parcelas.

<sup>697</sup> En el municipio de São Paulo, por ejemplo, el actual Plan Director Estratégico (Ley 16.050, de 31 de julio de 2014) define la macrozonificación de la ciudad, indicando su desarrollo pormenorizado, vinculado a los objetivos y directrices determinados en el plan, en la legislación de parcelación, uso y ocupación del suelo. Se verifica que la capital paulista ha decidido dividir la planificación urbana en dos documentos, actuación que se justifica ante el gigantismo de la ciudad en cuestión. No obstante el municipio de Imperatriz, en el Estado de Maranhão, posee un Plan Director, la ley complementaria 02/2004, que técnicamente conforma un programa de posibles actuaciones, en el cual se reproducen las previsiones generales establecidas en el Estatuto de la Ciudad sin aplicación concreta en el territorio de aquél municipio y por otro lado, desvinculada del plan, posee una ley zonificación, parcelación, uso y ocupación del suelo donde de manera práctica de atribuyen a las propiedades urbanas sus facultades, limitaciones y deberes.

urbana en Brasil trae en su trasfondo dos cuestiones a las que hemos hecho referencia anteriormente en el presente estudio y que despliegan sus efectos sobre el objeto de nuestro análisis: La primera se relaciona con la cuestión de la insuficiente determinación del contenido mínimo del Plan Director municipal en el Estatuto de la Ciudad y, la segunda, habla respecto a la ausencia de directrices federales que determinen los contornos de la actuación municipal para la determinación del régimen jurídico de la propiedad urbana en sus Planes Directores.

Centrándonos en la cuestión de la identificación del instrumento normativo municipal que deberá recoger el régimen jurídico de la propiedad urbana, hemos identificado que la profusión de posibles alternativas se establece, fundamentalmente, en razón de: aspectos técnicos regulados de manera insuficiente en el Estatuto de la Ciudad; la confusión conceptual que persiste alrededor de la figura del Plan Director y; finalmente, el mantenimiento de antiguas prácticas legislativas municipales, que hoy ya no encuentran justificación sino, en la posibilidad de privilegiar intereses particulares.

Sobre la parca definición de aspectos técnicos en el Estatuto de la Ciudad, primeramente, cabe hacer referencia a la cuestión de la insuficiente determinación de las materias que deben integrar el contenido del Plan Director municipal.

Conforme se ha puesto de manifiesto en el anterior capítulo del presente estudio, la referida ley se ha limitado, en su art. 42, a determinar el posible contenido mínimo del Plan Director, que es: La delimitación de las áreas urbanas donde podrá ser aplicada la parcelación, edificación o utilización compulsorias en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad, considerando la existencia de infraestructura y demanda para utilización; las disposiciones requeridas por los arts. 25, 28, 29, 32 y 35 de esta ley, que tratan respectivamente del derecho de retracto, otorgamiento oneroso del derecho de construir, alteración del uso del suelo, operaciones urbanas consorciadas y transferencia del derecho de construir; y un sistema de acompañamiento y control del plan<sup>698</sup>. En dicho precepto no se determinan expresamente las materias específicas que deben necesariamente ser reguladas en el

---

<sup>698</sup> El art. 42 del Estatuto de la Ciudad dispone sobre el contenido mínimo del Plan Director en los siguientes términos: El plan director deberá contener como mínimo: 1. La delimitación de las áreas urbanas donde podrá ser aplicada la parcelación, edificación o utilización obligatorias, considerando la existencia de infraestructura y de demanda para utilización, en la forma del art. 5 de esta ley; 2. Disposiciones requeridas por los arts. 25, 28, 29, 32 y 35 de esta ley; 3. Sistema de acompañamiento y control.

Plan Director, como por ejemplo el régimen de parcelación del suelo para fines urbanos y la disciplina del uso y la ocupación del suelo urbano.

La segunda cuestión que debe ser referida con relación a los aspectos técnicos determinados en el Estatuto de la Ciudad, dice respecto a la identificación, en letras distintas del apartado 3 de su art. 4, del Plan Director y de la disciplina de la parcelación, de uso y de la ocupación del suelo como instrumentos de planificación urbana municipal, que ha generado más dudas con relación a las materias cuya regulación queda sometida al régimen del Plan Director<sup>699</sup>. Y eso es así, porque tal configuración permite que se entienda que estos instrumentos pueden seguir conformándose en el ámbito del planeamiento municipal en leyes distintas pero relacionadas con el plan o en leyes autónomas, que no guardarían ninguna relación con él y cuyos procesos de elaboración no estarían de alguna manera vinculados. Dicho de otra manera, nuevamente no queda claramente definido que la disciplina de uso y de ocupación del suelo urbano debería integrar el mismo documento que conforma el Plan Director municipal.

No obstante, en razón de los preceptos del Estatuto de la Ciudad que regulan la posibilidad de exigencia de utilización compulsoria de inmuebles urbanos por parte de las Administraciones municipales y la aplicación de instrumentos tales como el otorgamiento oneroso de derecho de construir, alteración del uso del suelo o la transferencia de derecho de construir, se exige que el Plan Director determine coeficientes de aprovechamiento urbanístico mínimo, máximo y básico para toda la zona urbana así como que regule los usos del suelo. Aspectos éstos típicos de la disciplina del uso y la ocupación del suelo, cuya regulación se está exigiendo que se realice en el ámbito del Plan Director, lo que nos hace concluir que la intención real del

---

<sup>699</sup> Se determina en el art. 4 del Estatuto de la Ciudad lo siguiente: Para los fines de esta Ley, serán utilizados, entre otros instrumentos: 1. Planes nacionales, macroregionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social; 2. Planeamiento de las regiones metropolitanas, aglomeraciones urbanas y microrregiones; 3. Planeamiento municipal, en especial: a) plano director; b) disciplina de parcelación, del uso y de la ocupación del suelo; c) zonificación ambiental; d) plan plurianual; e) directrices presupuestarias y presupuesto anual; f) gestión presupuestaria participativa; g) planes, programas y proyectos sociales; h) planes de desarrollo económico y social; 4. Institutos tributarios y financieros: a) impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana – IPTU; b) contribución de mejoría; c) incentivos y beneficios fiscales y financieros; 5. Institutos jurídicos y políticos: a) expropiación, b) servidumbre administrativa; c) limitaciones administrativas; d) inventario y catalogación de inmuebles o de mobiliario urbano; e) institución de unidades de conservación; f) institución de zonas especiales de interés social; g) concesión de derecho real de uso; h) concesión del uso especial para fines de habitación; i) parcelación, edificación o utilización obligatorios; j) usucapión especial de inmueble urbano; l) derecho de superficie; m) derecho de retracto; n) otorgamiento oneroso del derecho de construir y alteración del uso; o) transferencia de derecho de construir; p) operaciones urbanas consorciadas; q) regularización de tierras; r) asistencia técnica y jurídica gratuita para comunidades y grupos sociales menos favorecidos; s) referendo popular y plebiscito; t) demarcación urbanística para fines de regularización de tierras; u) legitimación de la posesión; 6. Estudio previo de impacto ambiental (EIA) y estudio de impacto de vecindad (EIV).

legislador es que la regulación de tal disciplina se realice integralmente en el ámbito del Plan Director.

Refuerza nuestro entendimiento lo dispuesto en la Resolución 34 emitida por el Consejo de las Ciudades en el año 2005, que trae aclaraciones sobre el contenido mínimo del Plan Director, y que recomienda, específicamente en su art. 3 apartado 5, que toda la legislación incidente sobre el uso y la ocupación del suelo en el territorio municipal se consolide en los Planes Directores<sup>700</sup>.

Con relación a la cuestión de la confusión conceptual en torno a la figura del Plan Director, cabe indicar inicialmente, que la misma trata sobre su establecimiento en ley municipal con un contenido de aplicación inmediata o solamente programático. Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988, en la cual se recoge la figura del Plan Director, se ha instalado en el país el debate acerca de las materias que deberían integrar dicho plan y de su aplicación inmediata o su configuración como un plan orientador que necesariamente deberá ser reglamentado por otras leyes municipales.

En el ámbito de dicho debate, algunos pocos estados federados brasileños han legislado por medio de sus constituciones regionales, de manera complementaria, sobre la regulación de los Planes Directores municipales en sus territorios. De modo general, prevaleció el concepto de Plan Director con un contenido eminentemente urbanístico, alejado del modelo de plan de desarrollo integral empleado durante las décadas de los años 60 y 70<sup>701</sup>. Con relación a su operatividad, tras la promulgación de la Constitución Federal, los estados se han dividido bajo dos orientaciones distintas: algunos de ellos adoptaron el concepto de plan con efectos inmediatos, mientras otros han previsto su necesaria regulación por otras leyes municipales<sup>702</sup>.

---

<sup>700</sup> Resolución recomendada núm. 34 de 1 de julio de 2005 alterada por la resolución recomendada núm. 164 de 26 de marzo de 2014. Publicada en el Diario Oficial de la Unión en 14/07/2005, sección 1, p. 89 y Diario Oficial de la Unión de 20/10/2014, sección 1, p. 64, respectivamente. Disponible en [http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005\\_alterada.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005_alterada.pdf) (última consulta en marzo de 2015).

<sup>701</sup> De manera general la más conocida doctrina de derecho urbanístico viene afirmando que con la promulgación del Estatuto de la Ciudad, la cuestión de la conceptualización que deba seguir el Plan Director parece haberse aclarado: el Estatuto condiciona la aplicación de los instrumentos urbanísticos previstos en él a la previa existencia del Plan Director, por lo cual se deduce que tal plan tiene una naturaleza eminentemente urbanística. En este sentido PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 106 y AMBROSIS, Clementina de; MOREIRA, Mariana y AZEVEDO NETO, Domingos Theodoro. "O Estatuto da Cidade e o CEPAM". En MOREIRA, Mariana (coord.). *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 445 y 446.

<sup>702</sup> El modelo de plan de aplicación inmediata fue adoptado por los Estados de Espírito Santo, Maranhão, Goiás, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Piauí, Paraná, Tocantins y el Distrito Federal. El modelo de plan

Dicha situación se refleja sobre la cuestión de la definición del instrumento jurídico municipal que debe establecer el régimen jurídico de la propiedad urbana porque en aquellos estados donde se ha adoptado una concepción programática de plan, se faculta a las Administraciones municipales promover la regulación del uso y la ocupación del suelo urbano en leyes municipales propias y no necesariamente en el ámbito del Plan Director, fomentando la atomización del régimen jurídico de la propiedad en diversas leyes y dificultando la identificación de su contenido.

No obstante la posible regulación en las Constituciones de los estados federados del modelo de Plan Director municipal que debe ser adoptado en el ámbito de sus territorios, lo que impera en la práctica municipal es la elaboración de leyes sobre parcelación, uso y ocupación de suelo urbano (o normas de zonificación del área urbana) desvinculadas del Plan Director o que en un primer momento pueden seguir alguna directriz genérica del plan, pero en razón de su condición de ley autónoma, pueden ser objeto de enmiendas y alteraciones a petición de los poderes ejecutivo o legislativo municipales sin ninguna fundamentación o necesaria apreciación de requisitos técnicos<sup>703</sup>. Lo que nos conduce a la cuestión del mantenimiento de antiguas prácticas legislativas municipales que posibilitan la realización de intereses particulares, sobre la cual es oportuna la exposición de PINTO:

“De todos modos, la práctica ha consagrado la exclusividad de la ley como vehículo de las normas de ordenación territorial, admitiéndose la propagación por decreto del encuadramiento de las diversas actividades en los usos previstos en ley (...). En este contexto, el componente técnico comparece solamente como un elemento accesorio del proceso decisorio, que puede o no ser solicitado por los Concejales. De ahí que la zonificación de las ciudades brasileñas es una ‘colcha de retales’, que se altera cotidianamente por proyectos de iniciativa de los concejales. Por lo general, son cambios de índices urbanísticos aplicables a pocos, o a una única parcela, siempre para beneficiar a su propietario. Aún cuando el plan es elaborado por el Poder Ejecutivo municipal, tras

---

orientador de la legislación urbanística fue adoptado por los Estado de Ceará, Paraíba, Rio de Janeiro y São Paulo. Así afirma PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 104.

<sup>703</sup> Para realizar tal afirmación tomamos como base las informaciones prestadas por la doctrina urbanística brasileña ya que la confirmación empírica de dicha situación conllevaría verificar el cuerpo legislativo de cada uno de los más de cinco mil municipios brasileños. En este sentido se han manifestado PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, pp. 196 y 197; y SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 245. El referido autor indica que la jurisprudencia admite, con cierta tranquilidad, que las normas y criterios de zonificación se fijan por medio de leyes y que la individualización de las áreas o zonas puede realizarse por decreto, que se limitará a aplicar lo dispuesto en la ley. Con relación al régimen de iniciativa y aprobación de las leyes de zonificación, también se ha manifestado en este sentido FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade...op. cit.*, pp. 115-119.

estudios técnicos y con participación de la sociedad, en la mayoría de los casos la ley aprobada no guarda coherencia con este proceso anterior de elaboración. La comunidad es frecuentemente sorprendida por un nuevo texto redactado y aprobado en el último momento<sup>704</sup> (traducción propia).

La cuestión se plantea de esta manera porque no hay en el Estatuto de la Ciudad o en cualquier otra ley de ámbito nacional, previsión normativa que establezca el régimen de las leyes del uso y la ocupación del suelo urbano o zonificación del suelo urbano o incluso que determine los contenidos que conforman tal disciplina. Diferentemente de lo que ocurre con la disciplina de parcelación del suelo urbano, cuya acción legislativa en ámbito municipal debe desarrollarse observando las directrices generales establecidas en la Ley Federal 6.766 de 1979 que trata específicamente de la parcelación del suelo urbano o en las posibles normativas regionales que puedan existir.

En este contexto, tradicionalmente los municipios vienen legislando bajo la rubrica 'normas del uso y la ocupación del suelo' o más comúnmente 'leyes de zonificación' sobre la clasificación y calificación de los usos las propiedades y el establecimiento de su conformidad con las respectivas zonas en que se divide el territorio urbano. En otras palabras, básicamente se está legislando sobre clases de suelos, usos urbanísticos permitidos, índices urbanísticos, potencial constructivo entre otros, pero conforme a criterios propios, que pueden ser totalmente distintos de un municipio a otro. Nótese que la regulación de estas materias posee efecto directo sobre el contenido del derecho de la propiedad privada, de manera que por medio de ellas se determinan las facultades atribuidas a los propietarios, sus límites cuantitativos, el uso a que se destina la propiedad, entre otros aspectos clave que conforman su régimen jurídico.

Considerando lo anteriormente expuesto y adentrándonos en el análisis del posible contenido del régimen jurídico de la propiedad urbana conforme al actual ordenamiento brasileño, tenemos que no es posible realizar su exacta identificación porque, además de encontrarse su regulación atomizada en diferentes instrumentos o

---

<sup>704</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 196. Originalmente: "De todo modo, a prática tem consagrado a exclusividade da lei como veículo das normas de ordenamento territorial, admitindo-se a veiculação por decreto do enquadramento das diversas atividades nos usos previstos em lei (...). Nesta perspectiva, o componente técnico comparece apenas como um elemento acessório do processo decisório, que pode ou não ser solicitado pelos vereadores. Daí porque o zoneamento das cidades brasileiras apresenta-se como uma colcha de retalhos, que se altera quotidianamente por projetos de iniciativa dos vereadores. Em geral, são mudanças de índices urbanísticos aplicáveis a poucos, ou mesmo a um único lote, sempre para beneficiar seu próprio proprietário. Mesmo quando o plano é elaborado no Executivo, após estudos técnicos e com participação da sociedade, na maioria dos casos a lei aprovada não guarda coerência com este processo anterior de elaboração. A comunidade é frequentemente surpreendida por um novo texto redigido e aprovado na última hora".

leyes municipales dependiendo de lo que haya establecido cada Administración municipal, la definición de su contenido también queda a cargo de cada una de estas Administraciones. Así que, en la actual situación tenemos en Brasil más de 5 mil regímenes jurídicos de la propiedad urbana distintos unos de los otros, ya que cada municipio por medio de sus leyes del uso y la ocupación del suelo o zonificación o incluso en el ámbito del Plan Director, emplea sus criterios para ello.

Situación que desde nuestro punto de vista, conforme ya se ha puesto de manifiesto en apartados anteriores, vulnera el principio constitucional de la igualdad de trato ante la ley determinado en el art. 5 de la Constitución Federal brasileña, afectando directamente la conformación del contenido de los derechos de propiedad en Brasil. La problemática no está en admitir la legitimidad del municipio para aplicar en sus territorios la forma del uso y la ocupación del suelo urbano más idóneo con relación al planeamiento urbanístico que se desea materializar, sino en la conveniencia de que se elabore una legislación a nivel federal que garantice la aplicación de parámetros de manera uniforme con relación al régimen jurídico de la propiedad privada urbana en todo el país.

Entendemos que la definición del contenido del régimen jurídico de la propiedad urbana en Brasil encierra una cuestión de ejercicio de competencias: de un lado la Unión, a quien la Constitución atribuye competencias para legislar sobre normas generales de derecho urbanístico y de manera específica sobre derecho de propiedad privada, en cuanto materia de derecho civil, que no las está ejerciendo cuando se exime de determinar parámetros y directrices básicas sobre el uso y la ocupación del suelo, considerando que tal disciplina, de aplicación en ámbito municipal, termina por regular posibles facultades obligaciones y cargas que al final conforman el régimen jurídico de la propiedad; y por el otro, los municipios, que por medio de sus leyes del uso y la ocupación, o zonificación, o incluso por medio del propio Plan Director, viene legislando de manera heterogénea sobre las bases que conforman el régimen jurídico de la propiedad urbana conforme a sus propios criterios.

Además de eso, está la anteriormente expuesta cuestión instrumental, que se remite a la insuficiencia de la normativa que disciplina el régimen del Plan Director municipal, la cual no despeja suficientemente las dudas sobre su contenido, situación que deja margen para la elaboración de leyes municipales sobre uso y zonificación del suelo desconectadas de los objetivos del planeamiento urbano y presa fácil de los intereses particulares y privados que se pueden colar por medio de alteraciones injustificadas desde el punto de vista técnico y del interés general de la colectividad.

Por todo lo expuesto en este apartado, entendemos que en hipótesis alguna se puede considerar que la legislación heterogénea y disforme que resulta del actual proceso decisorio municipal en el ámbito del establecimiento del régimen jurídico de la propiedad urbana en Brasil es capaz de realizar una ordenación urbanística y un planeamiento urbano satisfactorio y principalmente, de aplicación igualitaria.

Con relación a la cuestión del posible control legislativo de las decisiones municipales en el ámbito específico de las leyes de uso, ocupación y zonificación, que se suscita de interés específico ante la práctica de constantes alteraciones puntuales en sus determinaciones por parte de los poderes ejecutivo y legislativo municipales, creemos oportuno avanzar que su análisis se realizará en siguiente capítulo del presente estudio, en el cual también propondremos alternativas para la mejora del estado actual de la cuestión en base a la experiencia que se ha venido desarrollando en España en el ámbito del control de la discrecionalidad del planeamiento.

En orden a seguir avanzando en el análisis del régimen jurídico de la propiedad, con respecto a las normativas conformadoras de él en el ámbito urbanístico municipal, concluimos recalcando que, en el panorama actual, cada municipio es libre para conformar el régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana, en base a criterios propios.

En ámbito federal, señalar que además de las disposiciones del Estatuto de la Ciudad, que recogen de manera general, con incidencia en el régimen de la propiedad urbana: la regulación de las sanciones y obligaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, la usucapión de inmueble urbano, el derecho de superficie, el derecho de preferencia e instrumentos de negociabilidad del derecho de construir; cumple indicar la existencia de algunos preceptos con especial incidencia sobre el derecho de la propiedad inmobiliaria urbana: El Código Civil brasileño, en lo relacionado con los límites de la propiedad del suelo y con la previsión general del derecho de construir y, la Ley de Parcelación del Suelo para fines urbanos.

### **III.2.3.2. Los límites de la propiedad urbana y el derecho de construir en el Código Civil**

El art. 1.229 del Código Civil determina que la propiedad del suelo engloba el espacio aéreo y el subsuelo correspondientes, en altura y profundidad útiles a su ejercicio, no pudiendo el propietario oponerse al desarrollo de actividades por un

tercero, a una altura o profundidad tales, que el propietario no presente interés legítimo en impedir las<sup>705</sup>.

Conforme a lo dispuesto en este precepto, se confieren al propietario del inmueble derechos relativos a la superficie y al espacio aéreo, así como al subsuelo correspondiente. Y siendo la propiedad un hecho económico, el legislador ha decidido delimitar la extensión del espacio aéreo y del subsuelo de la propiedad en razón de la utilidad que al propietario puedan proporcionar<sup>706</sup>.

La facultad de edificar viene determinada en el art. 1.299 del Código Civil, cuyo contenido confiere al propietario el derecho de levantar en su terreno las construcciones que le plazca, salvo los derechos de vecindad y los reglamentos administrativos. Ésta última expresión hace referencia a las leyes urbanísticas que implican un control público incidente sobre la actividad edificatoria.

### **III.2.3.3. La incidencia de la Ley 6.766/1979, sobre parcelación del suelo para fines urbanos**

En el presente apartado se expondrán los rasgos generales de la Ley de Parcelación y los preceptos en ella previstos con especial incidencia en la conformación del régimen jurídico de la propiedad urbana. No obstante, con anterioridad a eso, procede acotar el objeto de la presente ley: la parcelación urbana.

En Brasil, la actividad de parcelación del suelo engloba dos modalidades distintas de acciones: lotificar y desmembrar<sup>707</sup>. La lotificación urbana implica la división voluntaria de un terreno en unidades edificables (lotes o solares), así como la apertura de viales y calles públicas conforme a las determinaciones contenidas en la ley pertinente<sup>708</sup>. Distinguiéndose del desmembramiento, que es la división de un

---

<sup>705</sup> Tenor literal del art. 1.229 del Código Civil de Brasil: “La propiedad del suelo engloba la del espacio aéreo y del subsuelo correspondientes, en altura y profundidad útiles a su ejercicio, no pudiendo el propietario oponerse a actividades que se realicen, por terceros, a una altura o profundidad tales, que no tenga él interés legítimo en impedir las” (traducción propia). Originalmente se indica: “Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las”.

<sup>706</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil...op. cit.*, p. 183.

<sup>707</sup> Así dispone el art. 2 de la Ley de Parcelación del Suelo: “La parcelación del suelo urbano podrá realizarse mediante lotificación o desmembramiento, observadas las disposiciones de esta Ley y las legislaciones regionales y municipales pertinentes” (traducción propia). Originalmente: “Art. 2. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes”.

<sup>708</sup> Art. 2 párrafo 1 de la Ley de Parcelación: “Considerase lotificación la subdivisión de gleba en lotes destinados a la edificación, con la apertura de nuevas vías de circulación, de calles públicas o

terreno urbano o urbanizable, con el aprovechamiento de las vías públicas existentes<sup>709</sup>.

La lotificación es un instrumento de urbanización que gana efectividad, solamente, mediante la realización de procedimiento voluntario y formal por parte del propietario de la gleba, que planifica su división y la somete a la aprobación del Ayuntamiento<sup>710</sup>. Concedida la autorización municipal, se promueve su inscripción en el registro inmobiliario<sup>711</sup>, momento en el cual se realiza la transferencia gratuita de las áreas destinadas a vías públicas y espacios libres a los Municipios<sup>712</sup>. Cumplidos estos requisitos, los lotes (o solares) pueden ser objeto de venta a posibles compradores.

---

prolongamiento, modificación o ampliación de las vías existentes” (traducción propia). Originalmente: “Parágrafo 1. Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”.

<sup>709</sup> Art. 2 párrafo 2 de la Ley de Parcelación: “Considerase desmembramiento la subdivisión de gleba en lotes destinados a la edificación, con el aprovechamiento del sistema viario existente, siempre que no implique la apertura de nuevas vías o calles públicas, y tampoco el prolongamiento, modificación o ampliación de las ya existentes” (traducción propia). Originalmente: “Parágrafo 2. Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

<sup>710</sup> El art. 6 de la Ley de Parcelación del Suelo determina los requisitos del proyecto de lotificación en los siguientes términos: “Con anterioridad al proyecto de lotificación, el interesado deberá solicitar al Ayuntamiento municipal, o al Distrito Federal cuando sea el caso, que defina las directrices para el uso del suelo, trazado de los lotes, del sistema viario, de los espacios libres y de las áreas reservadas para equipamiento urbano y comunitario, presentando, para estos fines, requerimiento y plan del inmueble conteniendo, como mínimo: 1. Los lindes de la gleba a ser lotificada; 2. Las curvas de nivel a distancia adecuada, cuando exigidas por ley regional o municipal; 3. La localización de los cursos de agua, bosques y edificaciones existentes; 4. Las indicaciones de las calles contiguas a todo el perímetro, la localización de las vías de comunicación, de las áreas libres, de los equipamientos urbanos y comunitarios, existentes en el local o en sus alrededores, con las respectivas distancias del área que será lotificada; 5. El tipo de uso predominante a que la lotificación se destina; 6. Las características, dimensiones y la localización de las zonas contiguas” (traducción propia). Originalmente: “Art. 6. Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal quando for o caso, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos: I - as divisas da gleba a ser loteada; II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal; III - a localização dos cursos d’água, bosques e construções existentes; IV - a indicação dos arruamentos contíguos a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada; V - o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina; VI - as características, dimensões e localização das zonas de uso contiguas”.

<sup>711</sup> El art. 18 de la Ley de Parcelación trata del registro de lotificación y desmembramiento, y dispone que: “Aprobado el proyecto de lotificación o desmembramiento, el lotificador deberá someterlo al Registro Inmobiliario dentro de 180 días, so pena de caducidad de la aprobación (...)”.

<sup>712</sup> Así queda recogido en el art. 22 de la Ley de Parcelación: “Desde la fecha de registro de la lotificación, pasan a integrar el dominio municipal las vías y plazas, los espacios libres y áreas destinadas a edificios públicos y otros equipamientos urbanos, constantes del proyecto y del memorial descriptivo” (traducción propia). Originalmente: “Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

Aclarados estos conceptos, señalar que la Ley en cuestión tiene como objetivo fundamental establecer reglas orientadas a la organización de la ocupación del suelo urbano y asegurar una distribución adecuada de parcelas, viales y equipamientos públicos. Dicha ley además de abordar materia urbanística, también trata de establecer reglas de derecho contractual para los adquirentes y vendedores de solares y reglas específicas de derecho penal en caso de incumplimiento de sus determinaciones<sup>713</sup>.

De manera específica, con respecto al régimen urbanístico del suelo urbano, recalcar que dicha legislación confiere al propietario la iniciativa para proponer la urbanización de una parcela, o sea, para dotar un terreno de los servicios e infraestructuras fijados en la legislación urbanística municipal, para que adquiera la condición de 'lote'.

Sobre el derecho al aprovechamiento urbanístico, el art. 4 párrafo 1 de la Ley de Parcelación declara la competencia del municipio para definir en cada zona urbana determinada por el Plan Director, los usos permitidos y los índices urbanísticos de parcelación y de ocupación del suelo, que incluirán, obligatoriamente, las áreas mínimas y máximas de los lotes y los coeficientes máximos de aprovechamiento<sup>714</sup>. Así, el aprovechamiento urbanístico de los solares queda vinculado a las determinaciones del Plan Director municipal para el área, sector o zona en que se encuentre el terreno objeto de parcelación.

El art. 18, apartado 5 determina el deber del propietario o 'loteador' de costear y ejecutar todas las obras exigidas por la ley municipal de parcelación del suelo urbano, que determinará, como mínimo, la ejecución de viales, demarcación de solares y manzanas, de las obras de saneamiento básico y abastecimiento de agua potable.

Así mismo, el art. 22 establece el deber del propietario de transferir a la Administración municipal áreas reservadas para viales, plazas, espacios libres y las áreas destinadas a edificios públicos y otros equipamientos urbanos, constantes del

---

<sup>713</sup> Las reglas sobre contratación vienen establecidas en el Capítulo VII de esta ley y las de derecho penal se establecen bajo la rúbrica "Disposiciones generales".

<sup>714</sup> Tenor literal art. 4 párrafo 1: "La legislación municipal definirá, para cada zona en que se divide el territorio del Municipio, los usos permitidos y los índices urbanísticos de parcelación y ocupación del suelo, que incluirán, obligatoriamente, las áreas mínimas y máximas de lotes y los coeficientes máximos de aprovechamiento" (traducción propia). Originalmente: "A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento".

proyecto de parcelación propuesto por el propietario y aprobado por el poder público municipal.

#### **III.2.4. Alternativas desde el ordenamiento jurídico español para la instrumentalización de la función social de la propiedad urbana y la organización de las bases del régimen jurídico de la propiedad del suelo en Brasil: la dinámica adoptada en las Leyes del Suelo españolas**

De acuerdo con todo lo expuesto en los apartados anteriores, se puede afirmar que la estructura general de la legislación urbanística en Brasil aún presenta muchas deficiencias y principalmente, centrándonos en su contenido, materias de derecho urbanístico de fundamental importancia no han sido objeto de disciplina normativa en suficiente grado o tales previsiones sencillamente no existen en el ámbito del ordenamiento jurídico.

Desde el punto de vista instrumental, conforme ya se ha puesto de manifiesto, las legislaciones de los distintos niveles, e incluso legislaciones urbanísticas elaboradas por un mismo ente federativo, no presentan terminología común y raramente son interpretadas en conjunto<sup>715</sup>. De ahí los vacíos legislativos y las superposiciones, cuya armonización, en muchos casos, no se puede realizar de manera inmediata.

El Estatuto de la Ciudad ha tratado en sus preceptos de algunos instrumentos de la política urbana, ha introducido algunos nuevos y ha reconocido otros ya consagrados en la práctica jurídica brasileña, como por ejemplo el Plan Director y la disciplina del uso y de la ocupación del suelo. No obstante, conforme lo anteriormente señalado, la disciplina de tales instrumentos ha sido superficial, principalmente con relación al planeamiento urbano. No hay una descripción clara y detallada del contenido del Plan Director y de los demás instrumentos, tampoco se determina la manera con que estos instrumentos de política urbana deben articularse con el plan.

Tal problemática se suma a la inercia en el ejercicio de competencias urbanísticas por parte de la Unión, que poco ha puesto de su parte con relación a la presentación de directrices generales de derecho urbanístico que traten de cuestiones como las suscitadas en los anteriores apartados, principalmente con relación al

---

<sup>715</sup> PINTO, Victor Carvalho. "Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo". En MANEGUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa para o desenvolvimento nacional*. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2013, p. 146.

desarrollo y previsión de instrumentos jurídicos capaces de dotar la función social de operatividad o la regulación de normas básicas que disciplinen el uso y la ocupación del suelo en todo el territorio nacional, aclarando y definiendo la cuestión de la conformación del régimen jurídico de la propiedad urbana en Brasil.

Centrándonos en las problemáticas identificadas a lo largo del presente capítulo, las mismas pueden ser organizadas básicamente en tres categorías:

1. Estructurales: Tratan respecto al régimen jurídico de la propiedad urbana atomizado, desarticulado, y no uniforme, actualmente conformado en los Planes Directores y en las leyes de zonificación o del uso y la ocupación de los municipios, sobre el cual no es posible extraer datos concretos con relación a su contenido, ya que son más de cinco mil municipios, cada uno desarrollando conforme a sus criterios propios el ordenamiento territorial con incidencia en la propiedad urbana;

2. Competenciales: Se centran en la inercia de la Unión para legislar sobre la disciplina del uso y la ocupación del suelo de manera que se apliquen criterios uniformes y estandarizados en todo el territorio nacional, determinando las bases del régimen jurídico de la propiedad urbana.

3. Instrumental: Se corresponde con el insuficiente desarrollo legislativo del régimen del Plan Director, principalmente con relación a la definición de las materias que necesariamente deben integrar su contenido, que termina por generar brechas para el mantenimiento de la disciplina del uso y la ocupación del suelo, principalmente la zonificación, como materia autónoma en leyes municipales desconectadas de los objetivos del planeamiento municipal. Entendemos que al quedar determinado en la Constitución Federal que la función social de la propiedad urbana, que se vincula materialmente con la definición del destino urbanístico de los terrenos, debe ser recogida en los Planes Directores, no tiene sentido que el destino urbanístico de los terrenos quede plasmado en otras leyes municipales y que se decida desvinculado del planeamiento urbanístico y de sus reglas procedimentales.

Con el objetivo de proponer o presentar alternativas al estado de la cuestión en Brasil nos hemos fijado en algunos aspectos específicos del ordenamiento jurídico español. En este país, tradicionalmente la diferenciación entre propiedad rural y propiedad urbana viene determinada en legislación de ámbito nacional – la Ley del Suelo, en la cual se recoge el concepto y el contenido jurídico que conforma cada una de estas clases de suelo.

Alternativa totalmente pertinente para la actual situación de la propiedad urbana en Brasil, donde el contenido del derecho de propiedad también se conforma en razón de lo dispuesto en los planes urbanísticos que, no obstante, imponen un régimen de clasificación de propiedades en zonas en base a parámetros y criterios elaborados y adoptados por cada uno de los municipios brasileños, que no llevan en consideración su repercusión en el contenido del derecho de propiedad, conforme se ha puesto de manifiesto en el apartado que trata del concepto y contenido de la propiedad urbana en Brasil.

Profundizando en la dinámica de las Leyes del Suelo en España, la diferenciación entre la propiedad rústica/rural y la propiedad urbana ha sido el punto de partida para la fijación del régimen jurídico de la propiedad del suelo en este país. La Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 fue la primera de su estilo en reclamar para los poderes públicos españoles la responsabilidad respecto a la ordenación urbanística de todo el territorio español, tanto a nivel de planificación como en lo que se refiere a la determinación del régimen jurídico del suelo, la ejecución de las urbanizaciones y el fomento e intervención de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y su edificación<sup>716</sup>.

Comparando el contenido básico de la Ley del Suelo española con el actual estado del sistema urbanístico brasileño, la fragmentación del mismo se pone de manifiesto: la parcelación urbana viene disciplinada en ley federal, que impone directrices básicas para la ejecución de la transformación de terrenos privados por medio de la urbanización en ámbito municipal, que deben ser seguidas en la elaboración de las leyes municipales de parcelación. El planeamiento municipal, aunque de manera criticable, cuenta con algún nivel de disciplina a través de los preceptos contenidos en el Estatuto de la Ciudad. Nótese que hay una desconexión legislativa entre las materias, lo que dificulta la integración de la disciplina parcelaria con los objetivos del planeamiento, pese a la existencia de precepto que así lo determine en la Ley federal de parcelación del suelo urbano<sup>717</sup>.

Hemos identificado que el eslabón ausente en el sistema brasileño habla respecto exactamente de la disciplina del régimen jurídico de la propiedad urbana, que en la actualidad, se identifica con mucho esfuerzo, ya que son más de cinco mil

---

<sup>716</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 22.

<sup>717</sup> El art. 3 de la Ley de Parcelación del Suelo de 1979 determina que solamente será admitida la parcelación del suelo para fines urbanos en zonas urbanas, de expansión urbana o de urbanización específica, así definidas por el Plan Director o aprobadas por ley municipal.

municipios reconocidos legalmente en Brasil, fragmentado en las determinaciones conformadoras de sus Planes Directores y de las leyes del uso y la ocupación del suelo urbano. De ahí la oportunidad y el interés en analizar el sistema desarrollado en España, como posible alternativa de aplicación en Brasil.

El sistema desarrollado por la Ley del Suelo española de 1956, “por sí sola el verdadero acta de nacimiento de un Derecho Urbanístico Español”<sup>718</sup>, fue innovador al determinar la configuración de las facultades dominicales sobre los terrenos, según su clasificación urbanística, constituyendo un estatuto jurídico del suelo, en el cual las limitaciones y deberes definen el contenido normal de la propiedad según su naturaleza urbana y, consecuentemente, no dando lugar a indemnización<sup>719</sup>.

En España, por lo tanto, era la Ley del Suelo y los planes adoptados conforme a ella los que determinaban las utilizaciones posibles del suelo y en concreto, el contenido de todas las construcciones y usos de transformación no constructivos, que sobre dicho suelo se podrían realizar. La técnica utilizada, conforme ya se ha avanzado, partía de la clasificación del suelo, definida en el ámbito de la Ley del Suelo; y la calificación urbanística, indicada en los planes urbanísticos. A través de ambas operaciones se definía el destino urbanístico de la propiedad. A cada clase de suelo – urbano, urbanizable y no urbanizable –, se atribuían limitaciones y deberes, que conjuntamente con las facultades atribuidas al dominio, conformaban el régimen o estatuto de la propiedad.

Entendemos que sistemática similar a la desarrollada en España podría ser de aplicación en Brasil ya que la clasificación y la calificación del suelo, conforme se verá en el próximo apartado, son técnicas urbanísticas empleadas en el ámbito municipal, justamente lo que les falta es contar con una base teórica dispuesta desde el ámbito federal que uniformice conceptos y los articule en relación con los posibles destinos urbanísticos de la propiedad urbana. Es necesario recordar que en Brasil, la Unión cuenta con competencia para legislar de manera general sobre derecho urbanístico y

---

<sup>718</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...* op. cit., p. 94

<sup>719</sup> Véase la Exposición de Motivos de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana. Publicada en el Boletín Oficial núm. 135, de 14 de mayo de 1956, páginas 3106 a 3134 (29 págs.). En este sentido, AGOUES MENDIZABAL explica que desde la primera Ley del Suelo de 1956, la legislación urbanística ha configurado a la propiedad urbanística con un estatuto jurídico específico. Dicho carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria, sigue la autora, significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, sin que por tanto tal ordenación confiera derecho a los propietarios a exigir indemnización. AGOUES MENDIZABAL, Carmen. “La función social de los derechos, en especial, el derecho de propiedad”. En SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2010, p. 525.

de manera privativa sobre derecho de propiedad privada, en razón de eso, desde nuestro punto de vista, tal atribución competencial le torna legítima para normativizar el sistema general de clasificación del suelo y también para tratar de las bases del sistema de calificación del suelo. Esta posibilidad se confirma considerando la existencia de Ley Federal de 1980, reconocida en su constitucionalidad por la Constitución Federal de 1988, que determina las directrices básicas para la zonificación industrial en áreas críticas de contaminación del territorio urbano<sup>720</sup>.

En este contexto jurídico, la propiedad urbana se caracterizaría como una situación jurídica que se conformaría a través de un procedimiento sucesivo de actuaciones públicas y privadas que tendrían su origen en los Planes Directores. Conforme a eso, el ejercicio del derecho de la propiedad urbana quedaría inmerso en un procedimiento que sucesivamente determinaría el conjunto de facultades de su titular, de tal manera que la actividad del propietario, hasta que pudiera ejercitar el *ius aedificandi*, transcurriese de manera controlada, sometida a una serie de reglas que le serían impuestas con base en una normativa previa federal y que, en principio, no se relacionaría con su interés de construir<sup>721</sup>.

Señalar que, no obstante los cambios legislativos y la promulgación de distintas leyes de suelo a lo largo de los años en España, las ideas-fuerza desarrolladas en la primera ley de suelo se mantienen firmes en el ordenamiento urbanístico español: el carácter estatutario del contenido del derecho de propiedad del suelo y la referencia a la destinación urbanística. Lo que, desde nuestro punto de vista, confirma la versatilidad de este sistema, capaz de adaptarse a distintos ciclos económicos y diferentes contextos sociales, dando coherencia a todo el sistema urbanístico implementado en este país<sup>722</sup>.

---

<sup>720</sup> BRASIL. Lei 6.803 de 2 de julho de 1980, dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm) (última consulta en marzo de 2015). Para profundizar en el tema véase MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, pp. 160 y ss.

<sup>721</sup> ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana...op. cit.*, pp. 160 y 161.

<sup>722</sup> El estatuto jurídico del suelo fue recogido por el Texto Refundido de 1976 que en su art. 76 estableció como principio que "Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios". El Texto Refundido de 1992, en su art. 5º, y la Ley del Suelo de 1998, en el art. 1º, recogieron principios similares. En este último precepto, al determinar el objeto de la Ley, proclamó que "Es objeto de la presente Ley definir el contenido básico del derecho de propiedad de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional". La actual Ley del Suelo, el Texto Refundido de 2008, pese a algunos cambios conceptuales con respecto al sistema de clasificación empleado en las anteriores Leyes del Suelo, ha mantenido los elementos claves que conforman la estructura del régimen jurídico de la propiedad. Bajo el Título I que trata de las condiciones básicas de igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos, dispone sobre el Régimen urbanístico de la propiedad del suelo, que es, conforme a lo dispuesto en el art. 7 apartado 1, estatutario y

Sobre el significado del carácter estatutario del contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo, enseña PAREJO ALFONSO que viene de la situación compleja que conforma la propiedad: una mezcla de facultades y deberes, cuyo contenido y alcance no son potencialmente ilimitados, sino que vienen configurados por la ordenación aplicable, en este caso la urbanística<sup>723</sup>.

Conforme a este esquema, las limitaciones y deberes que implica el destino urbanístico del suelo definen el contenido normal de la propiedad según su naturaleza urbana. En este contexto, el destino urbanístico se presenta como elemento fundamental para la conformación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, porque el crear una utilidad legal que puede aprovechar el propietario y que se contrapone a la utilidad natural de los terrenos – identificada con su naturaleza de rústicos –, implica un valor añadido que existe por obra del plan de urbanismo, determinando las facultades que ostenta el propietario sobre los terrenos de su propiedad<sup>724</sup>.

La función social de la propiedad privada del suelo, en este contexto, opera de manera bastante concreta: la aplicación del sistema de clasificación del suelo parte de la concreción de la función social de la propiedad a través de la decisión de inclusión o exclusión de determinado suelo del proceso de desarrollo urbano, definiéndose así el destino concreto del bien inmueble y su régimen jurídico, que determinará las facultades y deberes del propietario conforme a la clase de suelo en la cual su propiedad esté inserta.

Al contrario del actual tratamiento dispensado a la función social por la mayor parte de las Administraciones locales de Brasil, conforme a esta propuesta de conformación del régimen jurídico de la propiedad urbana, la función social poseería un vehículo definido para su operatividad: el conjunto de deberes y limitaciones que se impondrían a la propiedad privada urbana, establecidos en función de la clasificación del suelo. La regulación de estos dos aspectos – deberes y limitaciones de la

---

resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

<sup>723</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo...op. cit.*, p. 168. Así mismo, SANTOS ha afirmado que el carácter estatutario del derecho de propiedad del suelo se relaciona con un conjunto de derechos y deberes del propietario del suelo cuyo contenido y alcance viene definido en la ley, el reglamento o el instrumento de planeamiento vigentes aplicables, "Más en concreto, el instrumento de planeamiento urbanístico establece el estatuto objetivo aplicable a los correspondientes terrenos (es decir, 'lo que va a resultar tras la ejecución del plan'); y, al mismo tiempo, incide directamente sobre el contenido del derecho de propiedad del suelo, a través de fijar 'concretos destinos'. SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 216.

<sup>724</sup> ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana...op. cit.*, p. 183.

propiedad y el sistema de clasificación del suelo –, se realizarían por medio de ley federal, que determinaría las bases y parámetros generales para que los municipios pudiesen establecer en sus ámbitos territoriales el régimen urbanístico de la propiedad, garantizándose, así, condiciones iguales para el ejercicio del derecho de propiedad en todo el territorio brasileño.

Conforme a este esquema, el sistema de clasificación del suelo o la situación de base del suelo, influiría en el estatuto jurídico-económico de la propiedad, determinando el respectivo contenido del derecho: las facultades y deberes correspondientes a cada propietario, o sea, el régimen jurídico de la propiedad del suelo.

Así, tendríamos el régimen jurídico básico de la propiedad del suelo definido, en primer lugar, en la legislación federal y, en su virtud, en el planeamiento urbanístico, y en todo caso con arreglo a la clasificación y calificación urbanística de los terrenos. Situación que vendría a disciplinar el uso y la ocupación del suelo como materia integrante del contenido del Plan Director, poniendo fin de esa manera a la situación de autonomía de las leyes municipales del uso y la ocupación del suelo o las leyes de zonificación con relación al planeamiento urbanístico.

Otra consecuencia que podría producirse con la adopción en Brasil de un modelo de régimen jurídico de la propiedad similar al que aquí se propone, es que en él el propietario tendría, en principio, solamente una aptitud inicial para edificar los terrenos en la forma que el plan estableciese. El planeamiento no otorgaría, por sí solo, el derecho a edificar, éste quedaría condicionado al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se impusiesen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio plan.

Por último, entendemos que la adopción en Brasil de un modelo de conformación del régimen jurídico de la propiedad similar al que se ha desarrollado en España es oportuna porque este esquema, pese a la rigidez de sus elementos conformadores – clasificación del suelo y conjunto de derechos y deberes impuesto a los propietarios de suelo –, es al mismo tiempo flexible ya que los conceptos que definen cada clase de suelo y los deberes y derechos imputados a los propietarios en razón de la clase de suelo que pertenezcan pueden ser adaptados a distintas realidades sociales y económicas, lo que no perjudicaría la consideración, en sede local, de las especificidades de cada municipio brasileño, observada así la

competencia municipal para tratar de asuntos de interés local y para ejecutar la política urbana, determinadas en sede constitucional.

## CAPÍTULO IV. LA REGULACIÓN DEL CONTENIDO URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD PRIVADA URBANA

La ciudad, como espacio donde la vida moderna se desarrolla, tiene sus funciones sociales: ofrecer a las personas un local para vivir, donde trabajar en condiciones salubres, tener acceso a educación, sanidad, cultura, ocio, transporte, etc. En este contexto, el área territorial de la ciudad está fraccionado, es objeto de apropiación, tanto privada (terrenos y edificaciones) como pública (calles, plazas, equipamientos urbanos, etc.), y sus funciones deben ser cumplidas por las partes, esto es, por las propiedades urbanas<sup>725</sup>.

En Brasil, la política urbana tiene, recordando lo ya expuesto, la misión de viabilizar el pleno desarrollo de las funciones sociales del todo (la ciudad) y de las partes (cada propietario en particular). Estos objetivos encuentran su expresión operativa en la ordenación urbanística, que es un conjunto orgánico de imposiciones vinculantes - normas de orden pública, que condicionan positiva o negativamente y disciplinan la acción individual de los propietarios urbanos en las ciudades –, incidiendo en la conformación y ejercicio de su derecho de propiedad.

Considerando lo arriba expuesto, en el presente apartado se desarrollará el estudio de los contenidos materiales de estas normas de orden pública que inciden y regulan la propiedad inmobiliaria urbana, imponiéndole conductas, deberes, obligaciones y cargas en orden al cumplimiento de su función social. Nos centraremos, también, en exponer los instrumentos urbanísticos que en ella inciden conformando su régimen del uso y la ocupación.

Así mismo, trataremos de analizar las cuestión siguientes: ¿Qué contenido aproximado tiene el régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana en el ordenamiento brasileño? ¿Cómo se realiza la clasificación y calificación del suelo en el ámbito local? ¿De qué manera y conforme a qué fundamentos jurídicos se promueve la regulación de la facultad de construir, o el derecho de construir, utilizando la terminología consagrada en el ámbito jurídico brasileño, en el actual marco jurídico-urbanístico brasileño? En orden a la consecución de dicho objetivo, trataremos de identificar su definición conceptual, naturaleza y contenido, así como su regulación específica en la normativa urbanística y en los planes de urbanismo llevados a cabo en Brasil.

---

<sup>725</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 55.

También son objeto de análisis en el presente capítulo los instrumentos de negociabilidad y de transferencia del derecho de construir previsto en el Estatuto de la Ciudad y la cuestión de la urbanización como requisito para la edificación, abordando la problemática que conlleva la concesión de la iniciativa de urbanizar a los propietarios de parcelas.

A lo largo del análisis que aquí se propone, nos valdremos de la legislación, jurisprudencia y doctrina conformadas en la experiencia urbanística española como fundamento para nuestras reflexiones críticas y para la formulación de aportaciones al modelo urbanístico que se viene desarrollando en Brasil. Siguiendo así la metodología puesta en práctica en los apartados anteriores y propuesta como uno de los ejes de desarrollo del presente estudio.

#### **IV.1. El régimen del uso y la ocupación de la propiedad urbana: contenido y aplicación**

El régimen del uso del suelo en el ámbito territorial municipal brasileño está constituido por un conjunto de normas, instituciones e institutos que disciplinan su utilización en el ejercicio de las funciones básicas de la ciudad: habitar, trabajar, circular y proporcionar actividades de ocio a los habitantes de las ciudades<sup>726</sup>.

En el plan teórico, la finalidad del régimen del uso del suelo consiste en asegurar la utilización de los terrenos conforme a la función social de la propiedad y, apoyándonos en la doctrina española de CARCELLER FERNÁNDEZ, tal actividad englobaría los siguientes fundamentos: a) La utilización del suelo en consonancia con la utilidad pública y la función social de la propiedad; b) Impedir la distribución desigual de las cargas y beneficios del planeamiento entre los propietarios afectados e imponer la justa distribución de los mismos; c) Regulación del mercado de suelos como garantía de subordinación natural de los mismos a los fines de edificación y habitación social; afectar el aumento del valor del suelo originado por la actividad urbanística al pagamiento de los gastos de urbanización; y d) La adquisición de terrenos y construcciones para el patrimonio municipal del suelo<sup>727</sup>.

Se puede afirmar que tales principios, de alguna manera, también quedan recogidos en el ordenamiento jurídico brasileño, en razón de lo dispuesto en el

---

<sup>726</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 165.

<sup>727</sup> CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 318.

Estatuto de la Ciudad, donde se indica que la política urbana tiene por objetivo “ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad” en su art. 2, de modo que se garantice el “derecho a ciudades sostenibles”, relacionando tal concepto con el derecho de acceso al suelo urbano, a la vivienda, al saneamiento ambiental, a la infraestructura urbana, al transporte y a los servicios públicos, al trabajo y al ocio, para las presentes y futuras generaciones, conforme se recoge en el apartado 1 del mismo precepto anteriormente referido<sup>728</sup>.

Centrándonos en aquellos principios de la política urbana que más claramente se vinculan con el régimen del uso y la ocupación del suelo urbano, tenemos que éste debería conformarse de manera a: a) Evitar la utilización inadecuada de los inmuebles urbanos; la proximidad de usos incompatibles o inconvenientes; la parcelación del suelo, la edificación o el uso excesivo o inadecuados en relación con la infraestructura urbana; la instalación de emprendimientos o actividades que puedan funcionar como polos generadores de tráfico, sin previsión de la infraestructura correspondiente; b) Evitar la retención especulativa de inmueble urbano, que resulte en su infrautilización o no utilización; c) Evitar el deterioro de las áreas urbanizadas; y la contaminación y degradación ambiental; d) Evitar la exposición de la población a riesgos ocasionados por situaciones de desastre natural; e) Adopción de estándares de producción y consumo de bienes y servicios urbanos y de expansión urbana compatibles con los límites de la sostenibilidad ambiental, social y económica de los municipios y de los territorios bajo su área de influencia; f) La justa distribución de las cargas y de los beneficios provenientes del proceso de urbanización; y g) La recuperación de las inversiones por parte de los poderes públicos que resulten en valorización de inmuebles urbanos<sup>729</sup>.

Señalar que en la actualidad no son todas las funciones arriba indicadas las que en Brasil, poseen un grado de desarrollo y definición satisfactorios en los Planes

---

<sup>728</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 166.

<sup>729</sup> En este sentido se recoge en los apartados 6, 8, 9 y 11 del art. 2 del Estatuto de la Ciudad. En los cuales se dispone en los siguientes términos: Art. 2 La política urbana tiene por objetivo ordenar el pleno desarrollo de las funciones de la ciudad y de la propiedad urbana, mediante las siguientes directrices: (...) 6. Ordenación y control del uso del suelo de forma a evitar: a) la utilización inadecuada de los inmuebles urbanos; b) la proximidad de usos incompatibles o inconvenientes; c) la parcelación del suelo, la edificación o el uso excesivo o inadecuados en relación con la infraestructura urbana; d) la instalación de emprendimientos o actividades que puedan funcionar como polos generadores de tráfico, sin previsión de la infraestructura correspondiente; e) la retención especulativa de inmueble urbano, que resulte en su infrautilización o no utilización; f) el deterioro de las áreas urbanizadas; g) la polución y degradación ambiental; h) evitar la exposición de la población a riesgos de desastres naturales. 8. adopción de estándares de producción y consumo de bienes y servicios urbanos y de expansión urbana compatibles con los límites de sostenibilidad ambiental, social y económica de los municipios y del territorio bajo su área de influencia; (...) 9. Justa distribución de cargas y beneficios decurrentes del proceso de urbanización; (...) 11. Recuperación de las inversiones por parte de los poderes públicos que resulten en valorización de inmuebles urbanos.

Directores o en las leyes municipales del uso y la ocupación del suelo, conforme ya se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior.

Afirma SILVA que en la práctica de manera general, en el ámbito municipal, poseen efectividad como objetivos del régimen del uso del suelo recogidas en los conjuntos normativos que regulan ésta materia, las siguientes funciones: asegurar la reserva de espacios necesarios, en localizaciones adecuadas, destinados al desarrollo de las actividades urbanas; asegurar la concentración equilibrada de actividades y de personas en el territorio municipal, mediante el control de usos y del aprovechamiento del suelo; estimular y orientar el desarrollo urbano<sup>730</sup>.

En los próximos apartados nos centraremos en promover el análisis de los instrumentos y mecanismos que conforman y regulan las posibilidades de ejercicio del derecho de propiedad sobre un determinado terreno, destapando el uso específico que deberá cumplir cada propiedad. Señalar que en éste epígrafe, nos limitaremos a analizar los instrumentos y mecanismos urbanísticos estrictamente desde el punto de vista de la regulación del derecho al aprovechamiento urbanístico y el derecho de construir, que constituyen el objetivo principal de su introducción en el ordenamiento urbanístico brasileño.

#### **IV.1.1. La clasificación del suelo y sus efectos en el régimen de la propiedad del suelo**

Conforme ya se ha tenido la oportunidad de señalar anteriormente, la clasificación urbanística de los terrenos, aunque en Brasil tal aspecto no haya sido explorado conscientemente por los legisladores locales/municipales pese a su reconocimiento incipiente por algunos sectores de la doctrina que se viene construyendo con base en los fundamentos generales del derecho urbanístico, se presenta como un elemento fundamentalmente determinante de las posibles facultades que conformarán el derecho de propiedad del suelo<sup>731</sup>.

---

<sup>730</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 166.

<sup>731</sup> Reconoce SILVA la importancia de la clasificación urbanística del suelo en cuanto presupuesto de su régimen. Afirma el autor que con relación al suelo, el instrumento jurídico que configura su clasificación urbanística debería ser el plan urbanístico, según reglas y principios establecidos en la Ley. Sigue explicando que es cierto que en sitios donde el planeamiento urbanístico aún no ha alcanzado un desarrollo más eficaz, como en Brasil, siempre se encuentran en la legislación normas que orienten a la formulación del concepto de "clasificación urbanística del suelo". SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 167. De manera similar, MEIRELLES afirma que la delimitación de la zona urbana y de la zona rural, para fines urbanísticos, es competencia privativa del Municipio, compitiendo a ley urbanística establecer los requisitos que dan a determinada área la condición de urbana o urbanizable; y, atendidos estos requisitos, la ley especial delimitará el límite del suelo urbano, las áreas de expansión

No obstante, previo al análisis en detalle de la cuestión del contenido de las distintas clases de suelo prevista en el ámbito territorial de los municipios brasileños, creemos oportuno recalcar algunos aspectos esenciales del encaje conceptual de la clasificación del suelo, entendida como técnica urbanística empleada por los municipios para la consecución de la ordenación urbanística de su territorio, así mismo, profundizar en la cuestión de su amparo legislativo y fundamentación competencial.

Recordando lo anteriormente expuesto, el texto constitucional brasileño de 1988 ha atribuido al poder municipal competencias para: legislar sobre asuntos de interés local; suplementar la legislación federal en lo que le sea oportuno; promover adecuada ordenación territorial, por medio del planeamiento y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano. De manera específica, con respecto al concepto y el posible contenido conformador de la disciplina del uso y la ocupación del suelo urbano, no se han realizado aclaraciones o determinaciones en el ámbito de la Constitución Federal y tampoco del Estatuto de la Ciudad.

Así, el concepto que se vincula o se relaciona con la disciplina del uso y la ocupación del suelo urbano se ha ido construyendo doctrinariamente con base en las materias tradicionalmente reguladas, de acuerdo con sus propios criterios y conceptos conformadores, por los municipios brasileños bajo este epígrafe o títulos similares y en función de los principios de derecho administrativo de aplicación en el marco jurídico adoptado en Brasil.

Valiéndonos de las enseñanzas de CORRÊA, tenemos que el uso del suelo urbano hace referencia a la destinación de áreas de suelo urbano para el ejercicio de las funciones urbanísticas elementares, lo que se hace, afirma el autor, a través de la técnica de zonificación. La ocupación del suelo urbano se relaciona con la regulación de los asentamientos urbanos, con el control de la densidad edificatoria y poblacional, por medio de la fijación de índices de ocupación, coeficientes y volúmenes de las edificaciones<sup>732</sup>.

Avanzando sobre el análisis de la función legislativa de la regulación del uso y la ocupación del suelo, para MEIRELLES, la ley del uso y la ocupación del suelo urbano se destina a establecer las utilidades convenientes a las diversas partes de

---

urbanas y los núcleos en urbanización, confiriéndole derechos y restricciones urbanísticas distintas para cada área. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 568.

<sup>732</sup> CORRÊA, Antônio Celso di Munno. "Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios". *Revista de Direito Público*. Vol. 24, núm. 98, abril/junio 1991, p. 260.

la ciudad y a localizar en áreas adecuadas las diferentes actividades urbanas que afecten la comunidad. Por tanto, para este autor, tal ley tiene por objetivo fundamental promover la clasificación de los usos y establecer su conformidad con las respectivas zonas en que se divide el ámbito urbano, visando equilibrar y armonizar el interés general de la colectividad con el derecho individual de sus integrantes en el uso de la propiedad particular, en la localización y ejercicio de las actividades urbanas e incluso en la utilización del dominio público.

Sigue el referido autor explicando que, en su opinión, las determinaciones urbanísticas contenidas en esta legislación deben disciplinar la zonificación urbana y su correspondiente ocupación, con especial atención a las lotificaciones o parcelaciones, que constituyen – para nosotros desde un prisma teórico o legalista –, la forma normal de expansión de las ciudades en Brasil<sup>733</sup>.

Cabe recordar que las leyes del uso y la ocupación del suelo urbano pueden constituir un cuerpo normativo integrante del planeamiento urbano, en conexión con los objetivos del Plan Director y sometidos a su disciplina o pueden quedar establecidos en una legislación independiente, descolgados del planeamiento urbano, pudiendo ser objeto de alteraciones en sus previsiones o determinaciones a cualquier momento por medio de proyectos de ley de iniciativa del Alcalde o de cualquier concejal integrante de la Cámara Municipal<sup>734</sup>, sin que sea de aplicación los requisitos impuestos para que se altere el Plan Director, dispuestos en el art. 40 párrafo 4 del Estatuto de la Ciudad, que son: previa promoción de audiencia públicas y debate con participación popular conducido por el Poder Ejecutivo municipal, publicidad de los documentos e informaciones producidos, acceso a documentación, seguido de aprobación por la Cámara Municipal de Concejales.

Aclaradas estas cuestiones iniciales, centrándonos de manera específica en la clasificación de suelo, como materia integrante del conjunto jurídico que disciplina el uso y la ocupación del suelo, cabe señalar que identificar y conceptualizar las categorías de suelo aplicables al territorio o perímetro municipal es una tarea

---

<sup>733</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 575. Entendemos que la realización de dicha afirmación por parte del autor se relaciona con una visión legalista del fenómeno de expansión de las ciudades brasileñas ya que la realidad, conforme hemos puesto de manifiesto anteriormente, se relaciona normalmente con las ocupaciones de terrenos privados o públicos en las periferias urbanas por sectores de la población desprovistos de condiciones económicas para acceder a una propiedad urbana en el mercado formal inmobiliario, y muy poco o casi nada con la parcelación del suelo prevista en la Ley Federal 6.766 de 1979.

<sup>734</sup> Para profundizar en el tema de la elaboración de leyes y demás actos legislativos del Poder Municipal consultar SILVA, José Afonso. *Processo constitucional de formação das Leis*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

compleja, cuyo desarrollo pone en evidencia la deficiencia de la legislación urbanística hasta ahora promulgada, ya que en el actual marco normativo brasileño no hay previsiones legales que definan conceptos y criterios para la clasificación urbanística de los terrenos, pese a que los municipios la vengan empleando en la práctica.

A nivel nacional, solamente hemos identificado normativa urbanística en la cual se hace mención de manera circunstancial a algunas categorías de suelo, ausente en ella una definición específica acerca de las clases de suelo a que hace referencia: La Ley de Parcelación del Suelo – Ley Federal 6.766/1979, de 19 de diciembre, en razón de alteración realizada por la Ley 9.785/1999, de 29 de enero, en su art. 3 ha pasado a disponer que: “Solamente será admitida la parcelación del suelo para fines urbanos en zonas urbanas, zonas de expansión urbana o de urbanización específica, así definidas por el Plan Director o aprobadas por ley municipal”<sup>735</sup>. Así, en tal ley se mencionan tres clases distintas de suelo – urbano, de expansión urbana y de urbanización específica –, sin mayores aclaraciones conceptuales.

Tradicionalmente, la doctrina urbanística brasileña, a falta de legislación específica, viene utilizando como base legal el sistema de clasificación tributaria de inmuebles – definido en la Ley 5.172, promulgada en 25 de octubre de 1966, que reglamenta el Código Tributario Nacional –, para la identificación de las clases urbanísticas del suelo<sup>736</sup>.

El Código Tributario Nacional, para efectos de delimitación del ámbito de incidencia del Impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana (IPTU), en su art. 32 párrafo 1, define como zona urbana aquella delimitada por ley municipal, siempre que se verifique, como mínimo, dos de los siguientes equipamientos mantenidos por el Poder Público: 1. Aceras, con canalización de aguas pluviales; 2. Abastecimiento de agua; 3. Sistema de alcantarillado sanitario; 4. Red de alumbrado público, con y sin sistema de distribución domiciliar; 5. Colegio primario o centro de salud a una distancia máxima de 3 km del inmueble considerado.

---

<sup>735</sup> Traducción propia, originalmente se determina que: “Art. 3. Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”.

<sup>736</sup> PEREIRA, Luís Portella. *A função da propriedade ...op. cit.*, p. 58, afirma que hasta el presente momento, quien se ha encargado de realizar la distinción entre suelo urbano y rural ha sido la disciplina tributaria. Y que el único concepto jurídico existente sobre esta materia, y que ha servido de base para identificar lo que sea urbano y rural, es la finalidad, que es cómo la propiedad está siendo utilizada, sea rural o urbana. Sosteniendo igual posición se han manifestado: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional...op. cit.*, p. 670; MUKAI, Toshio. *Direito urbano...op. cit.*, p. 320; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 77 y 212; SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 170.

Queda determinado en el párrafo 2 del mismo precepto de la referida legislación, que las leyes municipales también podrán considerar para fines tributarios como zona urbana, áreas urbanizables o áreas de expansión urbana constantes de lotificaciones aprobadas por los organismos competentes, destinadas a la vivienda, industria o comercio, aunque localizadas fuera de las zonas definidas como urbanas. Todas las zonas restantes, hasta los límites territoriales del municipio se considerarán, conforme se desprende de dicha ley, zona rural. Así, en el ámbito tributario se reconocen cuatro categorías de suelo: urbano, urbanizable, de expansión urbana y rural.

Los conceptos empleados para la clasificación tributaria de los inmuebles, conforme ya se ha tenido oportunidad de afirmar, han servido de base legal para la identificación de la clasificación urbanística. Entretanto, hay sectores de la doctrina urbanística brasileña bastante críticos con respecto al empleo práctico de estos criterios tributarios en auxilio a la definición de la clasificación urbanística. En este sentido, SILVA nos llama la atención hacia la insuficiencia conceptual presente en el ámbito tributario, cuyo acotamiento interesa para la identificación y diferenciación de un inmueble rural – por el cual se deba Impuesto Rural, cuya competencia recaudatoria del Estado Federal –, de un inmueble urbano – sobre el cual se aplicará Impuesto Predial Territorial Urbano de competencia municipal –<sup>737</sup>.

Tanto es así, que el Código Tributario Nacional admite considerar urbanas las áreas urbanizables, o de expansión urbana, que consten en proyectos de parcelación del suelo aprobados por los órganos competentes, invirtiendo toda la lógica del urbanismo, vinculando la clasificación del suelo a la realización de la actividad urbanística transformadora, cuando el cauce urbanístico pone como requisito a la actividad transformadora la definición de un destino urbanístico compatible. La parcelación debe seguir la configuración urbanística de la zona, de manera que solamente el suelo planeado para las funciones urbanas debe ser objeto de transformación, y no al revés, que se considere suelo urbano aquél sobre el cual se pretenda desarrollar un proyecto de parcelación.

La manifiesta inexactitud del sistema de clasificación del suelo dentro del marco urbanístico brasileño, desde nuestro punto de vista, es uno de los muchos factores que ha contribuido para el desorden urbanístico que impregna la realidad de las ciudades brasileñas, ya que desde el año 1965 (año de promulgación del Código

---

<sup>737</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit, p. 170.

Tributario Nacional) hasta la actualidad, han sido muchos los municipios que han tomado como base en la elaboración de sus leyes del uso y la ocupación, así como en las de zonificación, criterios que no se armonizan con la propia lógica del urbanismo: primero planificar el espacio para después realizar su transformación, todo ello en razón de la ausencia de una legislación específica que determine criterios uniformes sobre el uso y la ocupación del suelo, como por ejemplo las categorías de suelo.

Además de eso, está la situación del tradicional no sometimiento de la materia 'del uso y la ocupación del suelo' a las directrices y objetivos del planeamiento urbano, determinados en los Planes Directores, que termina contribuyendo al desorden urbano en la medida en que pueden ser alteradas sin contar con criterios técnicos y en desacuerdo con los planes de futuro para el desarrollo urbano de la ciudad, decididos con la participación de la población local.

No obstante, por ahora el Código Tributario Nacional sigue ofreciendo la base legal más comúnmente utilizada para el establecimiento de la clasificación urbanística del suelo en Brasil. En la doctrina la cuestión se presenta de la siguiente manera :

1. Suelo urbano o zona urbana: Engloba el área de edificación continua así como las áreas adyacentes que presenten, como mínimo, dos de los equipamientos indicados en el art. 32, párrafo 1 del Código Tributario Nacional: aceras, con canalización de aguas pluviales; abastecimiento de agua; sistema de alcantarillado sanitario; red de alumbrado público, con y sin sistema de distribución domiciliar; colegio primario o centro de salud a una distancia máxima de 3 km del inmueble considerado<sup>738</sup>. Compete a la ley municipal delimitar el perímetro de la zona o suelo urbano.

2. Suelo de expansión urbana o zona de expansión urbana: Es el suelo destinado al crecimiento ordenado de las ciudades, villas y pueblos, contiguo o no al suelo urbano, englobando las áreas previstas para la ocupación urbana en un periodo determinado en base a los indicadores de crecimiento poblacional, en los programas de urbanización o inversiones; u otros proyectos de naturaleza especial. Dichas zonas quedan sometidas a restricciones urbanísticas establecidas en el Plan Director y a las normas del Código de Obras para edificaciones y trazado urbano<sup>739</sup>. La delimitación de estas zonas también se realiza por medio de ley municipal.

---

<sup>738</sup> *Ibidem*, pp. 171 y 172.

<sup>739</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, pp. 79 y 80. Complementariamente, relacionado con la crítica que se hace sobre la utilización de los conceptos tributarios como base para el establecimiento de las clases de suelo para fines urbanísticos, explica que sería inútil aguardar la conversión de estas zonas en áreas urbanizadas para, después, sujetarlas a los reglamentos edilicios y a

3. Suelo urbanizable o zona urbanizable: Se corresponde con cualquier área programada para el ejercicio de una o más funciones urbanas elementales, fuera de la zona urbana o de expansión urbana como, por ejemplo, los núcleos residenciales de vacaciones u ocio, el sistema viario extraurbano (fuera del perímetro urbano o de expansión urbana), núcleos residenciales de apoyo a grandes obras de infraestructura o núcleos de colonización para vivienda. La competencia para el establecimiento de zonas urbanizables se comparte entre gobierno municipal, gobierno regional y gobierno central, que deberán actuar por medio de planos, programas o proyectos especiales de reparto de área para los fines arriba indicados, utilizándose normalmente el procedimiento expropiatorio del área para la ejecución del emprendimiento<sup>740</sup>.

4. Suelo de interés urbanístico especial o zona de interés urbanístico especial: son aquellas que, por sus características peculiares, requieren de tratamiento urbanístico específico, bien por medio de modificación de la situación urbanística existente, o por la creación de clasificación urbanística originaria. Como ejemplo, se puede indicar las áreas de protección cultural (histórica, artística y arqueológica), las destinadas a la tutela de manantiales, áreas de ocio y recreo o turísticas en general. En todas estas áreas en suelo recibe una clasificación urbanística especial por la cual resultan consecuencias jurídicas especiales<sup>741</sup>.

Expuesto el estado actual del sistema de clasificación urbanística del suelo propuesto por la doctrina urbanística, creemos oportuno traer a colación un ejemplo concreto de aplicación y conformación de criterios para la clasificación del suelo recogidos en el Plan Director de un municipio brasileño. Bajo el epígrafe “Organización Territorial” queda dispuesto en el Plan Director de la ciudad de São José dos Campos, lo siguiente:

“Sección I – De la macro zonificación territorial

Art. 8. Para la ordenación del uso y la ocupación del suelo, el territorio del municipio se divide en Zona Rural, Zonas Urbanas de los distritos de São José dos Campos, Eugenio de

---

las reglas urbanísticas que condicionan la formación de la ciudad. Recomienda el autor que los municipios deben orientar y preservar el desarrollo de sus aglomerados urbanos a fin de obtener, en el futuro, ciudades, villas y barrios funcionales y humanizados, con todos los requisitos que propician la seguridad, estética y confort de sus habitantes. Y que esto, en su opinión se consigue adelantándose a las exigencias urbanísticas para las zonas de expansión urbana, que son las matrices de las futuras ciudades. PAULA propone un concepto bastante escueto de zona de expansión urbana, pero que se coaduna con éste que aquí se describe: “zona de expansión urbana es aquella externa a la zona urbana en la cual se prevé ocupación o implantación de equipamientos y emprendimientos considerados especiales necesarios a la estructura urbana”. PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade e o Plano Diretor Municipal. Teoria e modelos de legislação*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, p. 271.

<sup>740</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit., p. 170.

<sup>741</sup> *Ibidem*, p. 174.

Melo y São Francisco Xavier, y Zona de Expansión Urbana de São Francisco Xavier, delimitadas en el Mapa 01 – Macro zonificación Territorial, para integrante de esta Ley Complementar.

Art. 9. Se considera Zona Rural toda la porción del territorio del municipio destinado predominantemente a las actividades económicas no urbanas, a la protección ambiental de las cuencas hidrográficas existentes y de las nacientes de drenaje, indicadas a las actividades agrícolas, pecuarias, forestales y agroindustriales.

Párrafo único. Las parcelaciones clandestinas o asentamientos informales con características urbanas, localizadas en zonas rurales del municipio, podrán ser transformadas en bolsones urbanos para fines de regularización de tierras y [regularización] urbanística, a través de legislación específica, siempre que esté justificado el interés público y social junto a los organismos competentes.

Art. 10. Se considera Zona Urbana toda la porción del territorio del municipio, apropiada predominantemente para las funciones urbanas.

Art. 11. Se considera Zona de Expansión Urbana de São Francisco Xavier la porción de territorio del Distrito de São Francisco Xavier apropiada para las actividades urbanas de bajo impacto, en especial, turismo y ocio<sup>742</sup>.

Sobre los criterios empleados en el Plan Director de la ciudad de São José do Norte, aunque no se reconozca expresamente la influencia de la clasificación de suelo en distintas zonas sobre el contenido del derecho de propiedad del suelo, entendemos que la misma a efectos prácticos, sí que incide sobre el régimen jurídico de la propiedad del suelo, en la medida en que se indican determinados derechos y determinadas restricciones al ejercicio de este derecho en razón de los objetivos y de la destinación determinada para cada clase de suelo.

También cabe señalar que la adopción del criterio de la localización como factor clave para el sistema de clasificación urbanística del suelo le confiere un carácter totalmente abstracto, en el sentido de que en el interior de la zona urbana, todo y cualquier suelo se clasifica como urbano, independientemente de su grado de

---

<sup>742</sup> Originalmente: “CAPÍTULO II - DA ORGANIZAÇÃO TERRITORIAL. Seção I - Do Macrozoneamento Territorial: Art. 8º Para a ordenação do uso e ocupação do solo, o território do Município fica dividido em Zona Rural, Zona Urbana dos Distritos de São José dos Campos, Eugênio de Melo e São Francisco Xavier, e Zona de Expansão Urbana de São Francisco Xavier, delimitadas no Mapa 01 - Macrozoneamento Territorial, parte integrante desta Lei Complementar. Art. 9º Considera-se Zona Rural toda a porção de território do Município destinada predominantemente a atividades econômicas não urbanas, à proteção ambiental dos mananciais existentes e das cabeceiras de drenagem, indicada às atividades agrícolas, pecuárias, florestais e agroindustriais. Parágrafo único. Os parcelamentos clandestinos ou assentamentos informais com características urbanas, localizados em zona rural do Município, poderão ser transformados em bolsões urbanos para fins de regularização fundiária e urbanística, através de legislação específica, desde que justificado o interesse público e social junto aos órgãos competentes.

Art. 10. Considera-se Zona Urbana toda a porção do território do Município, apropriada predominantemente às funções urbanas.

Art. 11. Considera-se Zona de Expansão Urbana de São Francisco Xavier a porção do território do Distrito de São Francisco Xavier apropriada às atividades urbanas de baixo impacto, em especial de turismo e lazer”.

conexión efectiva con el tejido urbano o las actividades económicas a que sirve de soporte. La fijación abstracta de la zona urbana ya confiere al respectivo suelo su clasificación urbanística, de manera que se supone que todo él está destinado a cumplir las funciones urbanas, observadas las directrices del Plan Director y las limitaciones del derecho de construir<sup>743</sup>.

Situación cuya repercusión es evidente en el ámbito de la valoración de suelos y la conformación de su precio en el mercado inmobiliario formal, ya que en muchos casos se realizará la valoración de determinado terreno tomando como base su clasificación urbanística como suelo urbano, listo para ejercer todas las funciones urbanas destacadas en el plan urbanístico, cuando en realidad puede que el terreno en cuestión no presente grado suficiente de urbanización para ello, lo que conllevará la percepción indebida de plusvalías urbanísticas por parte de su propietario.

Profundizando en los efectos de este tipo de medida de ordenación del suelo urbano, MORALES-SCHECHINGER ha llegado a conclusiones totalmente pertinentes a la situación que se viene conformando en Brasil a la vista de la aplicación de la clasificación del suelo urbano en base al criterio de localización. Según este autor, la generalización de usos y eliminación de restricciones clasificatorias del suelo, sea en el interior de la ciudad como en su periferia, parte del supuesto de que con estas medidas se generará una mayor oferta de suelo y por consiguiente una reducción de los precios. No obstante, con eso se está ignorando que la expectativa de los propietarios de los terrenos liberados tenderá a igualarse con el resto de los terrenos y que ellos no los venderán hasta que dicha expectativa se cumpla. La liberación de suelo urbano es visualizada como una oportunidad para poder vender a un nicho de mercado que paga mejores precios que aquel al que solo podía ofrecer antes de la liberalización. Buscando señalar el cerne de esta cuestión, que se corresponde exactamente con el actual panorama vivido en las ciudades brasileñas, el referido autor afirma:

“De lo que estamos hablando es de que si bien se ha eliminado la escasez artificial de tipo jurídico, ésta es sustituida por una escasez artificial de tipo especulativo dando como resultado que los precios del suelo no se reduzcan. Adicionalmente, esta escasez artificial provoca una dispersión del asentamiento pues empuja a la demanda a que busque terrenos de un anillo más lejano. Esto desencadena un aumento de expectativas de propietarios sucesivos que a su vez sigue empujando la demanda a lugares cada vez más lejanos. Si a esta política se acompaña la de subsidiar la construcción de extensiones de infraestructuras

---

<sup>743</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit., p. 172.

para alcanzar cada vez localizaciones más lejanas, el círculo de aumento de expectativas simplemente se retroalimenta”<sup>744</sup>.

Considerando el reciente desarrollo legislativo en el ámbito del Urbanismo en Brasil, en concordancia con la posición que hemos venido desarrollando en los apartados anteriores, entendemos oportuna la edición de conceptos y parámetros específicamente urbanísticos para la implementación de un mecanismo de clasificación del suelo que realmente se ocupe y preocupe de cuestiones que en España, por ejemplo, se presentan como de fundamental importancia: el control de los efectos de la clasificación del suelo en el estatuto de la propiedad, que en Brasil ocurre sin orientación y por obra del acaso; y el impacto y reflejo que puede alcanzar el mecanismo de clasificación del suelo en el precio de los terrenos, de las viviendas en ellos ubicadas y en el control a la especulación inmobiliaria.

Por todo ello, entendemos de interés exponer el estado de la cuestión de la clasificación del suelo conforme al ordenamiento jurídico español como una alternativa al modelo brasileño, no obstante, nos limitaremos a realizar una exposición de las clases de suelo dispuestas en la actual ley de suelo española, que sirve de criterio para el establecimiento de los distintos regímenes urbanísticos del suelo, ya que proponer una alternativa concreta de categorías de suelo para el caso brasileño conllevaría el análisis de elementos y aspectos complejos con distintos orígenes que extrapolan el marco investigativo propuesto en el presente estudio.

#### **IV.1.1.1. El estado actual del suelo como criterio para la definición del sistema de clasificación de suelos: aportación desde la actual Ley de Suelo española**

En España, conforme a lo establecido en el art. 12 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se ha aprobado el texto refundido de la actual Ley de Suelo, la clasificación urbanística del suelo se realiza en función de la realidad física de los terrenos, eso significa que la Administración está obligada a contrastar la situación física real del terreno a la hora de clasificarlo urbanísticamente. Este sistema,

---

<sup>744</sup> MORALES SCHECHINGER, Carlos. “Políticas de suelo urbano, accesibilidad de los pobres y recuperación de plusvalías”. En CARMONA, Marisa y ARRESE, Álvaro. *Globalización y grandes proyectos urbanos: La respuesta de 25 ciudades*. Buenos Aires: Infinito, 2005, p. 96.

toma como referencia lo que concretamente existe, o sea, la situación efectiva del suelo<sup>745</sup>.

La actual Ley de Suelo ha innovado con respecto a sus predecesoras al prescindir del tradicional modelo de clasificación del suelo como suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, y se ha limitado a distinguir las dos situaciones en las que todo suelo puede encontrarse, conforme haya sido o no transformado: la situación de suelo rural y la situación de suelo urbanizado.

Tal medida, conforme queda recogido en la exposición de motivos de esta ley, se estipula con la intención de frenar la especulación y disuadir de la corrupción<sup>746</sup>. La clasificación por situación, tendría como ventaja con relación a la anteriormente implementada considerar solamente la realidad del terreno y no las expectativas generadas por la acción de los poderes públicos plasmadas en los planes

---

<sup>745</sup> Para conocer otras medidas antiespeculativas recogidas en la Ley de Suelo de 2008, consultar los comentarios de GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio. "Principio inspirador indirecto: la lucha contra la especulación". En GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Dir.). *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 106-114.

<sup>746</sup> Para una valoración crítica de los efectos del régimen jurídico del suelo conforme a la Ley de Suelo de 2008 experimentados en la práctica, véase entre otros, BAUZÁ MARTORELL, Felio José. "Hacia la creación de un mercado del suelo en España". *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*. Vol. 10, núm. 2, 2013, pp. 265-281 y para una aproximación crítica a la política urbanística llevada a cabo en España véase ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario. "De la política urbanística a la política urbana: Los retos actuales del Derecho Urbanístico". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 46, núm. 277, 2012, pp. 13-28. Donde la autora explica que: "Hacer frente a la especulación viene siendo el objetivo reiterado de la legislación urbanística española. Legislación que dice expresamente querer intervenir para evitar la especulación, y para ello dispone de las más depuradas y sofisticadas técnicas urbanísticas. Lo que ocurre es que la intervención se ha canalizado para incidir sobre el precio del producto inmobiliario, el suelo urbanizado, a base de ampliar la oferta, a la par que haciendo económicamente la urbanización, a través de la equidistribución. En esta manera de intervenir el legislador ha sido tenaz, cualquiera que fuera el signo político del gobierno de turno", lo que no ha resultado necesariamente en el control de la especulación y de la corrupción ya que "(...) en la base del proceso urbanístico y edificatorio que nuestras leyes reglamentan, está un determinado modelo de negocio inmobiliario que, como ha estudiado NAREDO, rentabiliza las inversiones preferentemente a través de las plusvalías derivadas de la promoción y venta de vivienda nueva, en detrimento del alquiler; un modelo, por lo que se acaba de decir, que incita las Administraciones Públicas a financiarse compartiendo las plusvalías e ingresos asociados al desarrollo del proceso urbanizador, abriendo la puerta a los ingresos irregulares y a las prácticas corruptas; un modelo que tiende, por lo dicho, a forzar la construcción de vivienda nueva, ocupando nuevos suelos o demoliendo edificaciones antiguas, en detrimento de la conservación y rehabilitación del patrimonio arquitectónico existente; un modelo que vincula el negocio, por un lado, a las perspectivas de alza de los precios de la vivienda, que de esa manera hace atractiva su compra, y por otro, el ahorro y la capacidad de endeudamiento privado, que de esa manera posibilita la compra. Este modelo ha alimentado el comportamiento cíclico del sector, siempre expuesto a los avatares de la coyuntura económica, provocando así, dado su peso en el conjunto de la economía, inestabilidad económica. (...) En este contexto, la especulación, que el legislador quería combatir con mecanismos planificatorios, siempre se ha podido imponer sobre los procesos urbanísticos y edificatorios planificados. Da igual que fueran los años del ensanche decimonónico, del planeamiento desarrollado en la primera mitad del siglo pasado, del planeamiento de los 'años del desarrollismo' o del planeamiento de la etapa democrática. El análisis histórico lo evidencia. Y en estas condiciones, el desarrollo urbano de la reciente década no puede considerarse un vicio asociado en exclusividad a las medidas liberalizadoras de la economía que se pusieron en marcha en España a partir de 1996, por mucho que éstas potenciaran la discrecionalidad en todo tipo de instrumentos urbanísticos, y por mucho también que sus efectos hayan sido perversos" lo que pone de manifiesto una problemática estructural que sobrepasa la cuestión del abandono formal del tradicional modelo de clasificación del suelo empleado en el país.

urbanísticos, lo que descartaría el valor inflado con intención especulativa, valorando lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto<sup>747</sup>.

En un contexto similar al establecido en España, podría tender la consideración de suelo en situación rural aquél preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, incluidos, como mínimo los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural. Así mismo, se clasificarían conforme a esta situación los terrenos con valor ecológico, agrícola, ganadero, forestal y paisajístico; también aquellos susceptibles de riesgos naturales o tecnológicos, incluyendo inundaciones u otros accidentes graves. El suelo susceptible de transformación, de rural a urbanizado, hasta que se termine la actuación de urbanización, también entraría en esta categoría<sup>748</sup>.

En situación de suelo urbanizado estarían aquellos terrenos legalmente integrados en la malla urbana, conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propias del núcleo o asentamiento de población del que formen parte, cumplida alguna de las siguientes condiciones: haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación; tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes<sup>749</sup>.

---

<sup>747</sup> Sobre esta nueva situación de clasificación de suelos en España, ESTÉVEZ GOYTRE la resume y justifica explicando lo que sigue: “La Ley 8/2007 –como el TR/08 –, a diferencia de su antecesora LS/98 y bajo el argumento de que se trata no de una Ley del Suelo sino de una Ley de Suelo, prescindió por primera vez, dice su Exposición de Motivos, de regular técnicas específicamente urbanísticas como lo son los tipos de Planes o las clases de suelo y evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico y para facilitar a los ciudadanos la comprensión de este marco común. Los criterios de clasificación serán, por lo tanto, los que se establezcan en cada Ley urbanística que, en general, responden a los criterios contenidos en la anterior Ley estatal (LS/98). La Ley 8/2007 –hoy TR/08 –, se limitó a distinguir a este respecto y a los efectos de esta Ley – esencialmente a los efectos del establecimiento de los derechos y deberes que integran el estatuto de la propiedad del suelo y a los de su valoración – dos situaciones: la situación de suelo rural y la de suelo urbanizado. Ambas situaciones responden, dice la Exposición de Motivos en relación con las valoraciones del suelo, a lo que hay y no a lo que el Plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto”. ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual de derecho urbanístico...op. cit.*, p. 39. Sobre los cambios en el criterio de clasificación del suelo véase también FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 125 y siguientes.

<sup>748</sup> En este sentido dispone el art. 12 apartado 2 del Texto Refundido de la actual Ley de Suelo española.

<sup>749</sup> Así queda recogido en el art. 12 apartado 3 del Texto Refundido de la actual Ley de Suelo española.

La referida distinción de situaciones importaría desde luego en un régimen de utilización para cada tipo de terreno, que conllevaría la imposición de obligaciones y deberes a los propietarios conforme a la categoría de suelo en el cual su terreno se encuadre y, consecuentemente, la aplicación de reglas específicas para la evaluación y valoración de cada uno de ellos.

Criterios de especial interés como alternativa al actual panorama en Brasil donde, conforme se ha expuesto anteriormente, tradicionalmente los municipios definen las clases de suelo de forma abstracta, como si tal clasificación no tuviera repercusión sobre el valor del suelo en cuanto actividad administrativa determinante de los terrenos que podrán integrar el desarrollo urbano y orientarse a la edificación; de aquellos otros que deben permanecer vinculados al desarrollo de actividades de explotación rural o natural.

El empleo por los municipios brasileños de una definición abstracta de lo que deba conformar la zona urbana, termina por conferir a cualquier terreno ubicado en dicho ámbito territorial aptitud para ser edificado, independientemente del estado real de las infraestructuras urbanas o de la urbanización que le sirve, lo que termina generando un estado permanente de especulación y aumento constante del valor de los terrenos considerados urbanos; y al mismo tiempo provoca la constante expansión de la ciudad motivada por nuevas parcelaciones de suelo en terrenos aún calificados como de expansión urbana o incluso rural, lo que constituye una irregularidad o ilegalidad urbanística, pero desde el punto de vista económico se justifica, ya que la presión sobre las Administraciones locales para la consideración de estas áreas como urbanas es bastante efectiva cuando una nueva urbanización ya se ha materializado<sup>750</sup>.

Ante tal panorama tiene sentido la introducción de un modelo orientado al control de la especulación y de la valoración de los terrenos en las ciudades. No obstante, desde el punto de vista urbanístico, creemos de interés con relación a Brasil, el desarrollo de un sistema más amplio de clases de suelo, que sea capaz de contemplar de forma satisfactoria la cuestión del crecimiento desordenado de las periferias urbanas, entre otras cuestiones urbanísticas que se imponen como retos a las Administraciones locales brasileñas, y sirva de base para la fijación de facultades y deberes urbanísticos en función del nivel de transformación urbana de los terrenos.

---

<sup>750</sup> En este sentido, véase la exposición de un caso práctica que confirma esta situación en RIGATTI, Décio. "Loteamentos, expansão e estrutura urbana". *Revista Paisagem Ambiente*. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. Núm. 15, 2002, pp. 35-69.

No obstante las aportaciones arriba indicadas, la proposición de distintas clases de suelo debe considerar las peculiaridades de las ciudades brasileñas y ser compatible con las tipologías actualmente empleadas para no comprometer los derechos ya adquiridos, así como llevar en consideración indicadores económicos y sociales, situación cuyo análisis sobrepasa el marco propositivo del presente estudio; teniendo mejor cabida en un estudio multidisciplinar específico.

#### **IV.1.2. La zonificación y la calificación de los usos del suelo urbano**

En Brasil la calificación del suelo es un mecanismo jurídico relativo a la ordenación y la ocupación del suelo que, en general, se viene englobando bajo el concepto de “zonificación del suelo”, expresión empleada en sentido amplio, como la división del territorio municipal en razón de la destinación del suelo, de sus usos o de las características arquitectónicas.

Conforme a la definición empleada por MELLO, la zonificación es la disciplina condicionante del uso de la propiedad inmobiliaria que se desarrolla mediante la delimitación de áreas categorizadas en vista de las utilidades urbanas en ella admitidas. En la zonificación son contempladas de manera entrelazada las naturalezas de uso, los coeficientes de edificación, las tasas de ocupación, los retranqueos exigidos en las edificaciones, sean frontales, laterales o de fondo, las dimensiones de las parcelas, o alineamiento (lo lejos que la edificación deberá estar con relación a la vía pública) y otros factores para dar completa y real identidad o sentido a la división de la ciudad en zonas<sup>751</sup>.

Así, conforme a este concepto, la destinación del suelo importará en la división del territorio municipal en, generalmente y conforme a criterios definitorios formulados por los Poderes Municipales, zona urbana, zonas urbanizables, zonas de expansión urbana y zona rural, conformando así, la clasificación del suelo; el uso del suelo, determinará la división del territorio municipal en zonas de uso, determinando la zonificación de uso o funcional y; por último, relativamente a las características arquitectónicas, se regularán las características que las edificaciones deberán poseer en cada zona, lo que viene a ser la zonificación arquitectónica<sup>752</sup>.

La zonificación del uso del suelo, concepto que de acuerdo con la casuística puede ser empleado como sinónimo de calificación del suelo, constituye uno de los

---

<sup>751</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Natureza Jurídica do Zoneamento”...*op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>752</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico...**op. cit.*, p. 237.

principales y más populares instrumentos urbanísticos municipales en Brasil y se configura como un plano urbanístico especial que podrá ser aprobado de manera independiente del plan urbanístico municipal o incorporado a él como un apartado más. La problemática que suscita dicha cuestión, así como las razones que fundamentan su *statu quo* como materia legislativa independiente del instrumento básico de planeamiento urbano municipal merecen un análisis más detenido, y a eso nos proponemos en este apartado.

Al contrario que el planeamiento urbano stricto sensu, la zonificación surge en Brasil sin cualquier elaboración teórica, sin la participación de intelectuales y estudiosos del fenómeno urbano y sin la influencia del pensamiento extranjero. Mientras que en Alemania y Estados Unidos dicho instrumento daba sus primeros pasos, a finales del siglo XIX, la zonificación en Brasil ya era una realidad jurídica reglamentada. No obstante, lo que se implanta en el país se corresponde (y continuará correspondiéndose) con una serie de intereses y soluciones específicas de las élites brasileñas al comportamiento urbano<sup>753</sup>.

Su origen histórico reside en las frecuentes leyes de finales del siglo XIX que prohibían la permanencia de viviendas colectivas (cortiços) y villas operarias específicamente en determinadas regiones de la ciudad. Las ordenanzas municipales, elaboradas a finales del siglo XIX, servían de instrumento para la subordinación de determinadas áreas de la ciudad al capital inmobiliario, acarreando la expulsión de la población trabajadora pobre del centro de las ciudades. Esta nueva modalidad normativa contribuye a la ordenación del suelo de una parte de la ciudad, pero, al mismo tiempo, concurre para el establecimiento de un sistema basado en la segregación espacial<sup>754</sup>.

La zonificación, en este contexto, se implementaba como medida garantizadora de la protección de los valores inmobiliarios de determinadas áreas de la ciudad, especialmente aquéllas donde predominaban los intereses de la élite local. Su objetivo era impedir que una brusca alteración en el uso y en la ocupación de un inmueble provocase la reducción del valor de los inmuebles vecinos. Defiende NERY JUNIOR que la zonificación general sirvió para reforzar las características de la exclusión social de las legislaciones urbanísticas, al determinar que solamente algunas tipologías habitacionales serían permitidas, ubicando diversas formas de viviendas populares en

---

<sup>753</sup> VILLAÇA, Flávio. “Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”...*op. cit.*, p. 207.

<sup>754</sup> MARICATO, Ermínia. “Metrópole, legislação e desigualdade”. *Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Vol.17, núm. 48, mayo/agosto, 2003, p. 154.

la ilegalidad: las casas yuxtapuestas, las villas obreras, las edificaciones de usos mixtos, etc.<sup>755</sup>.

A partir de la década de los años 30, la zonificación, ya entendida como instrumento urbanístico, conquista su espacio en las legislaciones urbanísticas de los principales centros urbanos del país, adquiriendo nuevos aspectos en cuanto a su concepción y formulación: pasa a imponer, además de estándares de uso, también aspectos relativos a la ocupación de los terrenos. La imposición de complejos índices, coeficientes, tasas de ocupación, así como un laberíntico conjunto de zonas y subzonas que definen los usos permitidos y no permitidos, se va consolidando como una tradicional característica de este tipo de legislación<sup>756</sup>.

Durante la década de los años 50 hasta mediados de los años 70, se van consolidando otras características fundamentales con respecto a las legislaciones de zonificación urbana: la posibilidad de llevarse a cabo constantes alteraciones de sus preceptos (índices, estándares, etc.), que deriva en la posibilidad de imponerse por medio de alteraciones, excepciones a lo formalmente dispuesto en la ley.

Sobre las constantes modificaciones como parte del modo operativo de las normas de zonificación, FELDMAN presenta importantes consideraciones sobre el desvío de intenciones que se ha realizado en el ámbito de la ciudad de São Paulo con respecto a esa característica:

“(…) es de la posibilidad de variación que depende la supervivencia de la zonificación, conforme afirma el principal formulador de la ley de zonificación de Nueva York, Edward Basset. La elasticidad de la ley constituye uno de los principios de la zonificación americana, que sirvió de modelo para la legislación de São Paulo, y la garantía de su permanencia está en la garantía de su constante proceso de transformación, desde que éstas preserven la lógica de la organización de la ciudad que sostiene. Es este continuo proceso de transformación que ha posibilitado la predominancia de la zonificación como forma de control del uso y la ocupación del suelo como saber técnico siempre exclusivo de un grupo restringido de profesionales de la administración municipal de São Paulo, por casi medio siglo”<sup>757</sup> (traducción propia).

---

<sup>755</sup> NERY JÚNIOR, José Marinho. *Um século de políticas para poucos: o zoneamento paulistano 1886-1986*. Tesis Doctoral. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2002, pp. 287-289.

<sup>756</sup> ROLNIK, Raquel. “Regulação urbanística no Brasil. Conquistas e desafios de um modelo em construção”. *Anais do Seminário internacional Gestão da terra urbana e habitação de interesse social*. PUCAMP, 2000, p. 12.

<sup>757</sup> FELDMAN, Sarah. *Planejamento e zoneamento. São Paulo: 1947-1972*. São Paulo: Edusp, 2005, p. 282. Originalmente: “(…) é das possibilidades de variações que depende a sobrevivência do zoneamento, conforme afirma o principal formulador da lei de zoneamento de Nova York, Edward Basset. A

El carácter de constante excepcionalidad se respalda en el establecimiento de relaciones clientelistas en la definición o alteración de la normativa urbanística del uso y la ocupación del suelo. Tal situación, en algunas municipalidades, se transformó en algo cotidiano, de tal manera que resultó en la organización de secretarías responsables de acompañar las constantes alteraciones de la legislación, denominadas, en muchos casos Comisiones de Zonificación<sup>758</sup>.

Durante las décadas de los años 80 y 90, en general, las características de las legislaciones de zonificación mantuvieron las mismas orientaciones tecnocráticas de la década de los años 70: la preservación de áreas valorizadas a través de rígidos parámetros, que imposibilitaban nuevas edificaciones fuera del estándar deseado; subdivisión demasiado detallada para áreas de interés inmobiliario, donde, cotidianamente, eran negociadas las alteraciones de coeficientes de aprovechamiento y autorizaciones de uso del suelo; descaso con los territorios que acomodaban la población con bajos ingresos económicos, consolidando una urbanización basada en la autoconstrucción y desprovista de infraestructuras urbanas básicas<sup>759</sup>.

En la actualidad, la zonificación continúa caracterizándose como una de las estrategias más difundidas de regulación urbanística en Brasil, junto a la disciplina de control de la parcelación del suelo urbano. No obstante, este último instrumento cuenta con reglamentación federal, por medio de la Ley de Parcelación del Suelo de diciembre de 1979, mientras que la disciplina de la zonificación sigue sin un régimen jurídico específico para su establecimiento, percibiéndose en la jurisprudencia una tendencia predominante en el sentido de aceptar su implementación por medio de ley municipal de iniciativa del Poder Ejecutivo y la individualización de las zonas y áreas específicas de usos concretos para cada local a través de Decreto<sup>760</sup>.

---

elasticidade da lei constitui um dos princípios do zoneamento americano que serviu de modelo à legislação de São Paulo, e a garantia de sua permanência está na garantia do constante processo de transformação, desde que estas preservem a lógica de organização da cidade que a sustenta. É esse contínuo processo de transformação que possibilita a predominância do zoneamento como forma de controle do uso e ocupação do solo e como saber técnico sempre exclusivo de um grupo restrito de profissionais da administração municipal de São Paulo, por quase meio século”

<sup>758</sup> NERY JÚNIOR, José Marinho. *Um século de políticas para poucos...op. cit.*, p. 291.

<sup>759</sup> En este sentido véase ROLNIK, Raquel, *et al.* “Regulação urbanística e solo urbano para habitação de interesse social - a experiência dos municípios do Estado de São Paulo na década de 90”. Fundação de amparo a investigação do Estado de São Paulo - FAPESP 2009/2011. Disponible en [http://www.vivendaconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2011/07/ElisamaraARTIGO\\_REGULACAO\\_URBANISTICA\\_SOLO\\_URBANO.pdf](http://www.vivendaconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2011/07/ElisamaraARTIGO_REGULACAO_URBANISTICA_SOLO_URBANO.pdf) (última consulta marzo de 2015)

<sup>760</sup> Véase, por ejemplo, decisión del Tribunal de Justicia del estado de Paraná en Acción Directa de Inconstitucionalidad, con pedido cautelar de suspensión de la eficacia de ley complementaria reguladora de materia relativa a la zonificación urbana, por entenderse que tal iniciativa se atribuye al Poder Ejecutivo municipal y no a concejal o a la Cámara Municipal de Concejales. BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Paraná. Procedimiento 1905834 PR 1190583-4, juzgado en 7 de julio de 2014. Relator Luiz Osorio

En el discurso teórico-convencional de las últimas décadas, se ha venido consolidando posicionamiento en el sentido de que la zonificación debe ser considerada una parte indispensable del Plan Director. Señala VILLAÇA que en verdad, un poco antes de los años 90 tuvo inicio una tendencia en el sentido de que la zonificación realmente se plasmara en los Planes Directores. Así, un Plan Director, en el discurso convencional, debería incluir un plan de zonificación, pero eso, afirma el autor, en realidad casi nunca pasa, y cuando pasa, en la gran mayoría de estos planes la calificación urbanística del suelo aparece como un conjunto de principios vacíos y no operacionales<sup>761</sup>.

Al contrario que en las leyes específicas de zonificación, que separadas e independientes de los Planes Directores, son totalmente operacionales una vez aprobadas por las Cámaras Legislativas Municipales, englobando bajo sus contenidos esenciales: La delimitación de áreas y categorías de tipos de uso del suelo; la fijación de dimensiones mínimas de las parcelas; la fijación de los coeficientes de edificación admitidos para cada área; la fijación de niveles/parámetros de ocupación de las distintas áreas de uso; la fijación de retranqueos frontales, laterales o de fondo<sup>762</sup>.

Aún en la actualidad predomina la zonificación como instrumento separado e independiente del plan urbanístico municipal. Sobre el estado de la cuestión, PINTO explica que:

“Si los planes poco han influido en el cotidiano de la gestión municipal, paralelamente, la llamada zonificación, o sea, la división del territorio de las ciudades en zonas, con el establecimiento de usos permitidos e índices urbanísticos para los lotes y las edificaciones, continuó desarrollándose con gran continuidad. Pese a que teóricamente la zonificación debiese ser orientada por la planificación, en la practica eso casi nunca ocurre. La zonificación se ha integrado en la estructura rutinaria de las Administraciones municipales,

---

Moraes Panza, Órgano Especial. Disponible en <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25247147/assistencia-judiciaria-11905834-pr-1190583-4-acordao-tjpr> (última consulta en marzo de 2015); y decisión del Tribunal de Justicia del estado de São Paulo en sede de Apelación, por la cual se confirma que las limitaciones urbanísticas derivadas de la zonificación tienen origen en imposición legal, siendo defeso a la Administración, con el pretexto de reglamentarlas por medio de Decreto altere el concepto expreso en la Ley de zonificación formal. El Decreto solamente puede disciplinar la ejecución exacta de la Ley. BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de São Paulo. Procedimiento APL 994040268608 SP, juzgado en 19 de abril de 2010. Relator Rui Stoco. Cuarta Cámara de Derecho Público. Disponible en <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9061537/apelacao-apl-994040268608-sp> (última consulta en marzo de 2015).

<sup>761</sup> VILLAÇA, Flávio. *“Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”...op. cit.*, p. 178.

<sup>762</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *“Natureza Jurídica do Zoneamento”...op. cit.*, p. 31.

siendo elaborada por técnicos internos y aprobada por la Cámara Municipal<sup>763</sup> (traducción propia).

Por todo lo anteriormente expuesto, nos ocupa ahora tratar de exponer las consecuencias del estado actual de reglamentación de las leyes de zonificación en los municipios brasileños. Nos centraremos en exponer la problemática que conlleva la zonificación como instrumento urbanístico: su operatividad por medio de leyes municipales, el control judicial incidente sobre estas leyes, y la forma con que se dispone sobre sus contenidos.

1. Consecuencias de la elaboración de leyes de zonificación independientes, aprobadas fuera del Plan Director municipal:

En la tradición legislativa municipal se ha consolidado la posición en el sentido de que la iniciativa de proposición de leyes complementarias de zonificación es competencia del Poder Ejecutivo Municipal, o sea se atribuye al Alcalde, y el encuadramiento de las diversas actividades en los usos previstos en esta ley se establece por medio de Decreto.

Elaboradas por medio de ese proceso, las leyes de zonificación pueden ser alteradas por medio de proyectos de ley de iniciativa del Alcalde o de los Concejales, sin que se aplique el filtro de la participación popular y tampoco se exige de ellas fundamentación técnica que las relacionen con los objetivos del planeamiento, criterios incidentes en caso de que la zonificación se establezca por medio del Plan Director, conforme se recoge en el art. 40 del Estatuto de la Ciudad<sup>764</sup>. Establecidas en el ámbito del Plan Director, la imposición o alteración de los criterios y parámetros de zonificación exige, así mismo, el cumplimiento de aquellos requisitos previstos para la elaboración del Plan Director.

---

<sup>763</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 85. Originalmente: Se os planos pouco influíram no quotidiano da gestão municipal, paralelamente continuou a desenvolver-se, com grande continuidade o chamado zoneamento, ou seja, a divisão do território da cidade em zonas, com o estabelecimento de usos permitidos e índices urbanísticos para os lotes e as edificações. Embora teoricamente o zoneamento devesse ser orientado pelo planejamento, na prática isso quase nunca aconteceu. O zoneamento integrou-se à estrutura rotineira das administrações municipais, sendo elaborado por técnicos internos e aprovado pela Câmara Municipal”.

<sup>764</sup> Se recoge de manera general en el referido precepto que el Plan Director debe ser aprobado por las Cámaras locales mediante ley municipal y que otros planes económicos y presupuestarios de la Administración Pública deben incorporar sus determinaciones. Así mismo se determina que el Plan Director deberá englobar todo el territorio del municipio, que deberá ser revisado a cada diez años como mínimo y que en su proceso de elaboración y implementación, los poderes legislativo y ejecutivo municipales garantizarán la promoción de audiencias públicas con la población y asociaciones comunitarias, que todos los documentos e informaciones producidos relacionados con el plan deberán ser publicados y concedido el acceso de cualquier interesado a ellos.

Alejadas del contexto de los Planes Directores, las leyes de zonificación se tornan presa fácil de los intereses individuales, relacionados con el mercado inmobiliario (constructoras, promotoras de suelo, etc.) o con el mantenimiento de ventajas urbanísticas en áreas de interés para las élites locales<sup>765</sup>. La crítica que aquí se hace no es con respecto al contenido de las leyes de zonificación, sino con relación al uso que de él se pueda hacer en razón de su flexible proceso de elaboración y alteración por parte de los poderes municipales, tanto ejecutivo como legislativo, en cuanto instrumento descolgado de los objetivos de planeamiento y de sus requisitos de elaboración y alteración. Pero eso no significa generalizar la cuestión y afirmar que todos los municipios utilizan la zonificación con finalidades opacas y en detrimento del interés común.

Claro ejemplo de la utilización del instrumento zonificación para fines diversos de los relacionados con el interés general, encontramos identificado por ROLNIK, de manera específica en el ámbito de ciudad de São Paulo:

“La real implantación de la zonificación en las ciudades brasileñas ha terminado sirviendo para demarcar los territorios de inclusión y exclusión. En el caso de la ciudad de São Paulo, la estrategia de zonificación es clara: en la porción más rica de la ciudad, se alternan los usos más restrictivos (las Z1, estrictamente residenciales, que producen barrios horizontales y muy arborizados) y los más permisivos (las Z3 y Z4, que permiten mayor verticalización). Los dos mercados se complementan y se retroalimentan, pues los barrios de grandes chalés valorizan el vecindario, mientras son servidos por el comercio y los servicios más sofisticados de las regiones más densas. Por otro lado, la mayor parte de la ciudad ha quedado zonificada como Z2, que no garantiza la calidad ambiental de las Z1, pero al mismo tiempo de difícil verticalización o aprovechamiento para comercio y servicios.

---

<sup>765</sup> En este sentido afirma PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico...op. cit.*, pp. 60 y 61, que la influencia excesiva de segmentos que representan intereses concentrados puede explicar muchas de las decisiones e intervenciones de la administración en las ciudades brasileñas. Citando como ejemplo de tal situación las frecuentes alteraciones de reglas urbanísticas destinadas a ampliar las posibilidades de uso de los lotes. Explica el autor que el inmenso impacto de la zonificación sobre el valor de las propiedades genera un fuerte incentivo en el sentido de la organización de propietarios y emprendedores hacia influencias de políticos y burócratas locales. Propietarios de suelos rurales desean transformarlos en lotes urbanos, que una vez ocupados, se utilizarán como instrumento de presión sobre el poder público por parte de la población ocupante para que en ellos se promuevan inversiones en infraestructura urbana y servicios públicos. Así, la provisión de infraestructura a un determinado terreno depende de su conexión con las redes de saneamiento, agua, energía eléctrica, telecomunicaciones, etc. Y son muchas las veces en que, para extender tales redes hasta un área ocupada, es necesario atravesar otras áreas aún desocupadas, acarreado su valorización. Lo que termina por incentivar a los propietarios de estos terrenos a retenerlos sin aprovechamiento a espera de incrementos futuros en su valorización. Con eso, las nuevas lotificaciones se terminan materializando a grandes distancias del área urbana consolidada, mientras que áreas ya urbanizadas se mantienen ociosas, lo que resulta en un modelo de urbanización enrarecido y de altos costes. Ya en determinadas regiones consolidadas por la urbanización, a su vez, se impone una presión sobre las Administraciones locales en el sentido de que se intensifiquen las actividades en ellas permitidas, por medio de la ampliación de índices urbanísticos que permitan la construcción de edificios donde solamente existían viviendas. Se implementan pasillos comerciales donde solamente se permitía el uso residencial. En consecuencia, explica el autor, la densidad poblacional termina superando las posibilidades de la infraestructura urbana exigiendo del poder público nuevas inversiones para su refuerzo.

De esa manera, la zonificación ha conseguido concentrar sobremanera las posibilidades del mercado inmobiliario donde él era más vigoroso, y atrofió aún más las áreas menos calificadas<sup>766</sup> (traducción propia).

En razón del posible establecimiento o alteración de criterios y parámetros de zonificación fundados en intereses particulares o individuales, MEIRELLES ha dispuesto algunas advertencias con respecto a la problemática que suscita y algunas recomendaciones a los poderes municipales:

“La zonificación, pese a ser eficiente instrumento urbanístico de ordenación de la ciudad, debe ser utilizado con prudencia y respeto a los derechos adquiridos, pues es sabido que la simple alteración de la destinación de un barrio o de una calle produce profundas alteraciones económicas y sociales, valorizando o desvalorizando sustancialmente las propiedades afectadas y las de sus adyacencias, de acuerdo con las nuevas cargas o ventajas que acarree para el local. Por eso, las normas de edificación deben evitar lo máximo posible estas súbitas y frecuentes modificaciones de uso, que afectan instantáneamente la propiedad y las actividades particulares, generando inestabilidad en el mercado inmobiliario urbano e intranquilidad en la población urbana. Además de eso, toda vez que la zonificación ofende derechos adquiridos, expone al municipio a demandas y voluptuosas indemnizaciones. El municipio solamente debe imponer o alterar la zonificación cuando esta medida se exija por el interés público, con real ventaja para la ciudad y sus habitantes<sup>767</sup> (traducción propia).

## 2. Con relación al control judicial de las leyes de zonificación:

---

<sup>766</sup> ROLNIK, Raquel. *Regulação urbanística no Brasil...op. cit.*, p. 5. Originalmente: “A real implantação do zoneamento nas cidades brasileiras acabou servindo para demarcar os territórios de inclusão e exclusão. No caso da cidade de São Paulo, a estratégia do zoneamento foi clara: na porção mais rica da cidade, alternam-se os zoneamentos mais restritivos (as Z1, estritamente residenciais, que produzem bairros horizontais e muito arborizados) e os mais permissivos (as Z3 e Z4, que permitem a maior verticalização). Os dois mercados se complementam e se retroalimentam, pois os bairros de mansões valorizam suas vizinhanças, enquanto são servidos pelo comércio e serviços mais sofisticados das regiões mais densas. Por outro lado, a maior parte da cidade foi zoneada como Z2, que não garante a qualidade ambiental da Z1, mas ao mesmo tempo dificulta a verticalização ou o aproveitamento para comércio e serviços. Dessa maneira, o zoneamento concentrou sobremaneira as possibilidades do mercado imobiliário onde ele já era mais vigoroso, e atrofiou ainda mais as áreas menos qualificadas”. Para profundizar en el tema de la segregación espacial en la ciudad de São Paulo véase NERY JÚNIOR, José Marinho. “O zoneamento como instrumento de segregação em São Paulo”. *Cadernos Metrópole*, núm. 13, pp. 171-198, 1º sem. 2005.

<sup>767</sup> MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito municipal...op. cit.*, p. 577. Originalmente: “O zoneamento, embora seja eficiente instrumento urbanístico de ordenação da cidade, há que ser utilizado com prudência e respeito aos direitos adquiridos, pois é sabido que a simples mudança de destinação de um bairro ou de uma rua produz profundas alterações econômicas e sociais, valorizando ou desvalorizando substancialmente as propriedades atingidas e as suas adjacências, consoante os novos ônus ou vantagens que acarrete para o local. Por isso, as normas edilícias devem evitar o quanto possível essas súbitas e frequentes modificações de uso, que afetam instantaneamente a propriedade e as atividades particulares, gerando instabilidade no mercado imobiliário urbano e intranquilidade na população citadina. Além disso, toda vez que o zoneamento ofende direitos adquiridos, expõe o Município a demandas e vultuosas indenizações. O Município só deve impor ou alterar o zoneamento quando essa medida for exigida pelo interesse público, com real vantagem para a cidade e seus habitantes”.

Hemos concluido que el establecimiento de leyes propias e independientes de zonificación restringe el control de constitucionalidad sobre estos casos, resumiéndose al control por medio de Acción Directa de Inconstitucionalidad por vulneración de lo dispuesto en un texto constitucional regional, o sea, de los estados federados<sup>768</sup>. En cuanto que en el ámbito de la ley que establece el Plan Director, la zonificación podría ser objeto de Acción Directa de Inconstitucionalidad por vulneración de lo dispuesto en un texto constitucional regional y también del propio texto federal, ya que hay preceptos específicos en el ámbito de la Constitución Federal que disciplinan el Plan Director.

Además de eso, establecida la zonificación en el ámbito de dicha ley, sus determinaciones podrían ser objeto de: Mandato de Seguridad individual en casos de lesión a derechos subjetivos líquidos y ciertos; Acción Popular tratándose de lesión a los intereses de la comunidad, por medio de la cual se solicita la anulación de actos o contratos administrativos; Mandato de Requerimiento Judicial, cuando la inexistencia de norma conlleva el impedimento del ejercicio de derecho garantizado en la Constitución Federal; y la Reclamación, en los casos en que ocurra el incumplimiento de decisión proferida en sede de control de constitucionalidad o cuando la norma contrariar jurisprudencia consolidada del Superior Tribunal de Justicia<sup>769</sup>.

La previsión de Acción Directa de Inconstitucionalidad por vulneración de lo dispuesto en el texto constitucional regional por ley municipal queda recogida en el art. 125, párrafo 2 de la Constitución Federal:

“Cabe a los estados la institución de representación de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos regionales o municipales frente a la Constitución del estado, se prohíbe la atribución de legitimidad para proponer dicha acción a un único órgano [de la Administración regional]”<sup>770</sup> (traducción propia).

Conforme a este dispositivo, el contenido o forma de las leyes de zonificación deberá conformar una vulneración a preceptos específicos reguladores de dicha

---

<sup>768</sup> DELLA GIUSTINA, Vasco. *Leis municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 83.

<sup>769</sup> COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado...op. cit.*, pp. 292-313.

<sup>770</sup> De ahí se desprende que compete a los estados federados instituir a través de sus constituciones regionales la Acción Directa de Inconstitucionalidad, quedando prohibido, por la Constitución Federal, la atribución de legitimidad para proponer este tipo de acción a un único órgano de la Administración regional. O sea, las constituciones regionales no pueden legitimar solamente un órgano para la utilización de dicho instrumento de control. En este sentido véase MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op. cit.*, p. 607. Originalmente queda dispuesto en el párrafo 2 del art. 125 de la Constitución Federal que: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimização para agir a um único órgão”.

materia establecidos en la Constitución regional para que se justifique su declaración de inconstitucionalidad<sup>771</sup>. En razón de la ausencia de previsiones en ámbito constitucional federal sobre zonificación, el control solamente puede realizarse frente a lo dispuesto en ámbito constitucional regional.

La Acción Directa de Inconstitucionalidad de ley municipal tiene sus requisitos establecidos en el ámbito de las constituciones de los estados miembros de la Federación brasileña. La competencia para juzgar dichas acciones se atribuye a los Tribunales de Justicia de los estados brasileños<sup>772</sup>.

Así, a modo ejemplo, dispone la Constitución del estado de São Paulo, en su art. 90 sobre las partes legítimas para proponer la Acción Directa de Inconstitucionalidad de la ley o acto normativo municipal, determinando su legitimidad como polo activo de la acción: el gobernador del estado y la Mesa de la Asamblea Legislativa del estado; los alcaldes municipales y las Cámaras Municipales; el procurador general de justicia; el Consejo de la Sección Regional del Colegio de Abogados; las entidades sindicales o de clase, de actuación regional o municipal, demostrado su interés jurídico en el caso; los partidos políticos con representación en la Asamblea Legislativa o en las respectivas Cámaras Municipales. En el polo pasivo de la acción figurará el órgano o la autoridad responsable por la promulgación del acto impugnado.

En la jurisprudencia es posible encontrar decisiones bastante reveladoras de la actividad de control judicial desarrollada por los Tribunales de Justicia sobre las leyes de zonificación municipales, como por ejemplo la siguiente:

“Edición y promulgación de ley municipal regulando materia de iniciativa legislativa atribuida exclusivamente al Poder Ejecutivo Municipal [alteración de la legislación de zonificación, del uso y la ocupación del suelo urbano del Municipio de Pinhais], por el Poder Legislativo Municipal, vulnerando dispositivos del texto constitucional regional (arts. 4, 7, 150, 151 y 152), interfiriendo en la esencia de la actividad administrativa del Poder Ejecutivo, motivo

---

<sup>771</sup> Ejemplo jurisprudencial: Acción Directa de Inconstitucionalidad instada por el procurador general de justicia sobre dispositivo legal del municipio de Bauru que alterna el uso del suelo sin participación popular, en total afronta a lo dispuesto en el art. 180 apartado 2 de la Constitución regional del estado de São Paulo. Acción Directa de Inconstitucionalidad nº 2010296-62.2014.8.26.0000. Requirente: El procurador general da justicia. Requeridos: el alcalde del municipio de Bauru y el presidente de la Cámara Municipal de Bauru. “Ley nº 6.075/11, del Municipio de Bauru. Dispositivo legal que altera el uso del suelo sin participación popular. Enmiendas puntuales indicando alteraciones de la naturaleza de numerosos tramos de calles por la ciudad. Materia relativa a la zonificación, al uso y la ocupación del suelo. Afronta al art. 180 apartado 2 de la Constitución regional. Se determina la inconstitucionalidad de la ley municipal. Acción procedente”.

<sup>772</sup> COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.191

por el cual se impone la declaración de inconstitucionalidad de la misma<sup>773</sup> (traducción propia).

3. Con relación a la disposición de los contenidos conformadores de las leyes de zonificación:

Los municipios brasileños, de manera general, suelen calificar urbanísticamente los suelos de la siguiente manera: suelo de uso residencial, suelo de uso industrial, suelo de uso comercial, suelo de uso para servicios, suelo de uso institucional, suelo de uso viario y suelo de uso especial.

Las normas de uso se interrelacionan con las normas de ocupación del suelo en el contexto de los planes de zonificación, conformando el establecimiento de las siguientes categorías: zona estrictamente residencial de baja densidad, zona predominantemente residencial de mediana densidad, zona predominantemente residencial de alta densidad; zona mixta de densidad mediana alta, zona mixta de densidad alta, zona comercial central, zona comercial secundaria, zona predominantemente industrial, zona estrictamente industrial, zona de servicios, zona institucional, zonas de usos especiales<sup>774</sup>.

Para cada zona se establecen también subzonas, parámetros de ocupación, coeficientes y tasas de edificabilidad, entre otros criterios, que conforman un conjunto denso y complejo en su comprensión, situación que termina por distanciar las reglas de producción de la ciudad legal del conocimiento general de la población, quitándole transparencia y posibilidad de control por parte de la población.

Se constituye así, consecuentemente, un campo técnico para especialistas que realizan la intermediación entre la ley y los usuarios, lo que, en las palabras de ROLNIK, “analfabetiza” al ciudadano común con respecto al tema y hace de él un rehén de la tecnocracia. Al mismo tiempo que propicia grandes negocios envolviendo

---

<sup>773</sup> BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Paraná. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 0157892-3, juzgado en 15 de abril de 2005. Relator Mário Rau. Órgano Especial. Disponible en <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5285238/acao-direta-deinconstitucionalidade-adi-1578923-pr-acao-direta-de-inconstitucionalidade-0157892-3/inteiro-teor11657699> (última consulta en febrero de 2015). Originalmente: “Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal, que altera legislação sobre zoneamento, uso e ocupação do solo urbano do município de pinhais - Edição e promulgação pela Câmara Municipal, sem iniciativa do Executivo Municipal - invasão da competência exclusiva do Poder Executivo Municipal - confronto com dispositivos da Carta Estadual - Inconstitucionalidade manifesta - Procedência da ação. Lei Municipal abordando matéria que diz respeito a iniciativa exclusiva do Poder Executivo Municipal, editada e promulgada pelo Poder Legislativo Municipal, confronta com dispositivos da Carta Estadual (arts. 4º, 7º, 150, 151 e 152), interferindo na essência da atividade administrativa do Poder Executivo, motivo pelo qual impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da mesma”.

<sup>774</sup> SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 242.

las alteraciones de los índices y estándares de zonificación, que se realizan sin que la población llegue a darse cuenta ni ser capaz de entender los intereses en juego<sup>775</sup>.

Otra cuestión perversa que se deriva de la inmensa complejidad del contenido de la zonificación es el poder que en razón de eso se le atribuye a los fiscales municipales, que en algunos casos extremos, han llegado a extorsionar a la población con la posibilidad de denuncias y de sanciones en razón de la (casi inevitable) desobediencia de las normas<sup>776</sup>.

#### **IV.1.3. La revisión y alteración del planeamiento: alternativas a la cuestión del control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico desde el ordenamiento español**

En Brasil, tradicionalmente la calificación o zonificación de los usos del suelo urbano viene siendo determinada por las Administraciones locales, que se encargan de elaborar los criterios y de aplicarlos de manera vinculada o no con el planeamiento urbanístico municipal, cuestión que viene suscitando consecuencias al pleno desarrollo de la política urbana en Brasil, conforme ya se ha tenido la oportunidad de indicar anteriormente<sup>777</sup>.

Cabe señalar que, diferentemente de lo que ocurre en España, donde el Estado español no posee competencias para, por medio de las Leyes del Suelo, establecer normativa relativa a la calificación urbanística de los suelos, que en la actualidad se realiza conforme a los criterios adoptados discrecionalmente en cada planeamiento<sup>778</sup>; entendemos que en Brasil, la Unión posee legitimidad competencial

---

<sup>775</sup> ROLNIK, Raquel. *Regulação urbanística no Brasil...op. cit.*, p. 12.

<sup>776</sup> MARICATO, Ermínia. *As ideias fora do lugar...op. cit.*, p. 147.

<sup>777</sup> Según SANZ CEBRIÁN, el mecanismo de calificación es la técnica urbanística por la cual se realiza la división del suelo conforme a la zonificación que para él se prevea, es decir: "(...)la división del suelo en zonas a las que se aplican unas determinadas condiciones urbanísticas homogéneas, esto es, destinadas cada una de ellas a unos usos e intensidades específicas y tipologías edificatorias determinadas. Dicho de otra forma, la calificación del suelo es la fijación del destino urbanístico de futuro que cada metro cuadrado del espacio ordenado ha de tener, conforme a las determinaciones del instrumento de planeamiento (residencial, viario, industrial, zona verde, etc., su intensidad de uso, altura máxima, retranqueos, etc.)". SANZ CEBRIÁN, Ricardo. *Cuaderno de planeamiento urbanístico*. Bilbao: El Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya y la Delegación en Vizcaya del C.O.A.V.N., 2003, p. 49. Véase también GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, p. 452.

<sup>778</sup> Con relación a la posible calificación del suelo, su determinación compete a las comunidades autónomas y, por lo tanto, la Ley de Suelo estatal no interviene expresamente en esta materia. Las calificaciones urbanísticas del suelo serán las que en cada planeamiento se definan, discrecionalmente, conforme se ha reiterado en la jurisprudencia española – Tribunal Supremo, sentencia 1.376/1992 de 14 de octubre –, por la cual se determina que: "Importa, ante todo, recordar que esta Sala viene reiteradamente declarando, de una parte, que la «clasificación» y la «calificación» de los terrenos están regidos por criterios distintos, y así mientras la primera es una operación que aparece sujeta a una técnica

para establecer reglas básicas para la calificación o zonificación de los terrenos urbanos, en razón de que a ella se atribuye competencia para elaborar normas generales de derecho urbanístico y además de eso, conforme se ha indicado anteriormente, tal competencia ya ha sido ejercitada mediante la promulgación de ley federal que determina las directrices básicas de la zonificación industrial en áreas urbanas<sup>779</sup>.

Con respecto al análisis del sistema de calificación urbanística del suelo implementado en España<sup>780</sup>, nos interesa profundizar en los instrumentos de control sobre las decisiones que se toman desde las Administraciones locales españolas en el ámbito de los planes urbanísticos sobre la aplicación y revisión de la calificación urbanística de los terrenos incluidos en el territorio municipal, ya que, con respecto a Brasil, este es un tema sensible y bastante problemático, conforme se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior.

Así como en Brasil, en España la cuestión de las decisiones acerca de la clasificación y de la calificación urbanística de los terrenos también encierra una problemática que se relaciona con la corrupción urbanística, el intercambio de favores y la prevalencia de intereses particulares o individuales sobre los intereses colectivos o generales<sup>781</sup>. En gran parte dicha situación se puede explicar en razón del gran

---

de *numerus clausus*, la segunda se inspira, por el contrario, en un sistema de *numerus apertus* sin tipificación legal de categorías, y de otra, que aún cuando la potestad administrativa del planeamiento se extiende a la reforma de éste *-ius variandi-* y las determinaciones que aquí se discuten son fruto de una decisión discrecional, ello no excluye en modo alguno la posibilidad de un control jurisdiccional (sentencias de 11 de febrero de 1991 y 21 de enero de 1992)". ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1.376/1992 de 14 de octubre (FJ 2). Recurso 772/1989. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=4372601&links=%22772%2F1989%22&optimize=19960107&publicinterface=true> (última consulta marzo de 2015).

<sup>779</sup> BRASIL. Ley Ordinaria 6.803/1980, de 2 de julio, que determina las directrices básicas para la zonificación industrial en áreas críticas de contaminación y trata de otros temas. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm) (última consulta marzo de 2015).

<sup>780</sup> En orden a facilitar el estudio de las calificaciones urbanísticas del suelo de forma conjunta, MERELO ABELA propone su clasificación en tres grandes categorías: Usos dotacionales públicos, usos dotacionales privados (lucrativos) y usos lucrativos no dotacionales (residencial, industrial y terciario). Los usos dotacionales públicos, entendidos éstos en un sentido amplio comprensivo del viario y de los espacios libres, pueden tener carácter local o general, según el ámbito territorial a cuyo servicio estén. Afirma el autor que será de carácter local las dotaciones públicas previstas en el Plan para el servicio de un grupo más reducido de ciudadanos, en comparación con el número de habitantes del término municipal, es decir, de un polígono o unidad de actuación. El concepto de sistemas generales se deduce justamente en contraposición con el de sistemas locales. Respecto a los usos lucrativos, la legislación autonómica prevé su definición y regulación distinguiendo según la clase y categoría de suelo de que se trata, como se prescribe en diversas leyes autonómicas. MERELO ABELA, José Manuel. *Régimen Jurídico y Gestión del suelo urbano y urbanizable*. Madrid: CissPraxis, 2000, pp. 27 y 28.

<sup>781</sup> Para profundizar en la problemática general de la corrupción en el ámbito urbanístico, véase MORILLAS CUEVA, Lorenzo; SUÁREZ LÓPEZ, José María; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Urbanismo y Corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*. Madrid: Dykinson, 2013; y REXACH MENÉNDEZ, Ángel. *Urbanismo y corrupción*. Anuario de la Facultad de Derecho de la

poder de decisión concentrado en las Administraciones locales con respecto a la concreción del contenido del derecho de propiedad, que se completa con la calificación urbanística de los terrenos, es decir, la definición del aprovechamiento urbanístico real que corresponde a cada porción de terreno<sup>782</sup>. No obstante, de manera distinta de la que se lleva a cabo en Brasil, en España la calificación de los suelos es materia de necesario tratamiento por los planes urbanísticos, en cuanto técnica de planeamiento que debe concretizarse solamente por medio de los planes urbanísticos, tratamiento igual es el que entendemos oportuno y conveniente para Brasil de acuerdo con lo dispuesto en el marco constitucional.

En el ordenamiento jurídico español, la discrecionalidad de que dispone la Administración para la calificación del suelo es más amplia que aquella de la que dispone para la clasificación de los terrenos, y eso es así porque las diferentes categorías en las que puede clasificarse el suelo ya están previstas en la propia legislación y al planificador le incumbe solamente aplicarlas; mientras que las categorías para calificar el suelo no están tipificadas en legislación alguna, compitiendo al propio planificador la función de inventarlas o configurarlas<sup>783</sup>.

No obstante estas consideraciones sobre la discrecionalidad de la Administración para la calificación del suelo, es necesario señalar que tanto ella, como la discrecionalidad para la clasificación del suelo, son elementos integrantes de un poder discrecional más amplio, que se conforma en la potestad de planeamiento urbanístico, entendida ésta como la facultad que la ley atribuye a los poderes públicos competentes para regular el emplazamiento de los centros de producción y residencia del modo más conveniente para mejor distribución de la población española en el territorio nacional; dividir el territorio municipal en áreas de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable; establecer zonas distintas de utilización según la densidad de la población que haya de habitarlas, el porcentaje de terreno que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas, clase y destino de los edificios;

---

Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2008.

<sup>782</sup> MERELO ABELA, José Manuel. *Régimen Jurídico...op. cit.*, p. 80, para quien la técnica de calificación urbanística del suelo consiste en la definición y concreción del aprovechamiento urbanístico real que corresponde a cada porción del terreno.

<sup>783</sup> Afirma DESDENTADO DAROCA que la Administración local en España dispone de una amplia discrecionalidad fuerte para la calificación del suelo, pues “la ley le ha atribuido la potestad de decidir qué distribución de los usos resulta más adecuada para el interés público. Ello supone que en la actividad de calificación del suelo existe un núcleo de elección política que corresponde única y exclusivamente a la Administración y que los tribunales deben necesariamente respetar”. DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 446.

formular el trazado de las vías públicas y medios de comunicación; señalar el emplazamiento y características de los centros y servicios de interés público y social, etc.<sup>784</sup>.

La discrecionalidad de la potestad de planeamiento urbanístico, que se concreta en la facultad que se otorga al planificador para elegir el modelo territorial que ha de presidir el desarrollo urbanístico en su término municipal, es bastante profunda. Las Administraciones locales españolas son titulares de extensos poderes decisorios con respecto a las determinaciones urbanísticas concretas que se recogerán en los planes urbanísticos con el objetivo de dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas<sup>785</sup>.

Ello, evidentemente, no significa que las Administraciones urbanísticas puedan ejercer tal potestad sin cualquier control o limitación, situación similar a la que viene imponiéndose en Brasil, donde las leyes de zonificación, promulgadas de manera independiente del cuerpo normativo de los Planes Directores solamente pueden ser objeto de control por medio de Acción Directa de Inconstitucionalidad, siempre y cuando la Constitución del estado en que se localice el municipio promulgador de la ley en cuestión, contemple entre sus preceptos la disciplina o el régimen de la zonificación<sup>786</sup>. Y aún en los casos en que la zonificación se encuentra incorporada en los Planes Directores, el control de la potestad de planeamiento es un campo aún experimental del ordenamiento jurídico brasileño, que está en construcción y debe ser objeto de perfeccionamiento.

De manera específica, en el ámbito del Estatuto de la Ciudad se ha previsto como instrumentos de control de la discrecionalidad de planeamiento de la Administración local la realización de audiencias públicas y debates con la participación de la población local, la publicidad de los documentos e informaciones

---

<sup>784</sup> Así quedaba recogido en el art. 3 apartado 1, en relación con el 12 y concordantes del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en sentido similar en el art. 3 apartado 2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

<sup>785</sup> En este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5ª Ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 50.

<sup>786</sup> La falta de mecanismos de control específicos a la discrecionalidad de los municipios con relación al planeamiento se pone de manifiesto por DORNELAS al explicar que el gobierno de cualquier municipio debe actuar siempre orientado por una política, o sea, un conjunto de objetivos y directrices capaces de orientar el desarrollo de sus acciones. No obstante, no es siempre que los gobernantes explicitan formalmente sus objetivos y sus prioridades, y las justificativas de sus intervenciones no quedan claramente expuestas a los ciudadanos. También están aquellos gobiernos que expresan una determinada política en los documentos oficiales y en sus discursos, pero en la práctica llevan a cabo por medio de la ejecución concreta de obras, prestación de servicios y otros, una política totalmente distinta. DORNELAS, Henrique Lopes. "Abordagem do instituto jurídico da outorga do direito de construir". En PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, 2007, p. 170.

relativas al planeamiento y el acceso a ellos por parte de cualquier interesado durante el proceso de elaboración, implementación y ejecución del Plan Director<sup>787</sup>.

No obstante eso, en el ámbito de la referida ley no se ha previsto una definición precisa sobre cómo, cuando y cuantas audiencias y debates deberían realizarse para que el requisito de la participación ciudadana fuese considerado observado, además de eso, no se ha definido el valor o la consideración que debe dispensar la Administración local a las propuestas o aportaciones presentadas por la sociedad durante este proceso. Con relación a la incorporación del principio de la publicidad de documentos e informaciones, tampoco se ha definido exactamente qué documentos e informaciones deben ser producidos y de qué manera deben ser puestos a disposición de los posibles interesados. De ahí la necesidad de conformación de posibles alternativas al estado de la cuestión del control de la potestad de planeamiento en el ámbito del ordenamiento brasileño.

Conforme al marco jurídico español, la discrecionalidad de la potestad de planeamiento urbanístico está sometida a determinados límites que se van imponiendo durante el recorrido del plan, desde su elaboración hasta su aprobación final<sup>788</sup>.

---

<sup>787</sup> En este sentido queda recogido en el párrafo 4 del art. 40 del Estatuto de la Ciudad. También es de interés con relación a este aspecto de la materia mencionar la existencia de la Resolución 25, de 18 de marzo de 2005, del Consejo de las Ciudades, conformada por orientaciones y recomendaciones específicas encaminadas a las Administraciones locales con el fin de tornar efectiva la participación de la ciudadanía en la elaboración, implementación y ejecución del Plan Director. El análisis del contenido de la referida resolución no lleva a afirmar la imposibilidad de identificar a lo largo de sus determinaciones la metodología que debe ser empleada por los municipios para efectivamente contar con la participación de la ciudadanía como medida de control de la discrecionalidad de planeamiento. Su redacción es confusa, los hitos (elaboración, implementación y ejecución) y los conceptos empleados no quedan claramente definidos y tampoco se determina de qué manera la participación ciudadana debe conectarse con ellos, generando consecuentemente, otra serie de dudas que se suman a aquellas oriundas del propio texto del Estatuto de la Ciudad. La diferenciación conceptual entre debate y audiencia sigue pendiente, así como cuándo se debe optar por la realización de una u otra. Además de eso, la consideración o valor que las Administraciones locales deben atribuir a las propuestas y consensos presentadas por la comunidad sigue indefinida. BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução 25 do Conselho das Cidades, de 18 de março de 2005. *Diário Oficial da União* de 30 de marzo de 2005, Sección 1, Edición núm. 60, p.102. Disponible en <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-25-2005.pdf> (última consulta mayo de 2015).

<sup>788</sup> Para una aproximación al control de la discrecionalidad del planeamiento por el Tribunal Supremo español y por los Tribunales Superiores de Justicia de España, especialmente en cuanto a la aplicación de los criterios limitativos derivados de la fuerza normativa de lo fáctico y de los estándares urbanísticos y determinaciones legales de directa aplicación, véase ALONSO IBAÑEZ, María Rosario. "Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 41, núm. 234, 2007, pp. 106-134. Para conocer la actuación jurisprudencial en este ámbito, véase también SEGOVIA ARROYO, José Antonio. "Alcance de concretas determinaciones de la potestad urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 37, núm. 201, 2003, pp. 63-88.

Primeramente y con carácter general, el plan urbanístico está sujeto a determinados principios constitucionales, como por ejemplo, el principio de igualdad, el de la seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad, etc. Con carácter especial, está sometido a los principios de la racionalidad; de la razonabilidad; y de la proporcionalidad bajo sus tres prismas: el principio de la adecuación, idoneidad o congruencia; el principio de intervención; y el principio de la proporcionalidad *stricto sensu*<sup>789</sup>.

En segundo lugar, los planes están conformados por un conjunto de documentos en los que se expresan los propósitos y objetivos de la ordenación, la realidad física y jurídica de la que se parte, los medios de los que se dispone para alcanzarlos, el esquema temporal para su ejecución y la representación gráfica de la ordenación que se está proyectando. En este contexto, el contenido de dichos documentos termina actuando como límite a la discrecionalidad del planeamiento.

Cuestión aún no contemplada en el ámbito del ordenamiento urbanístico brasileño y que, por lo tanto, se postula como una alternativa de interés para el perfeccionamiento del régimen del Plan Director y de cualquier otro plan urbanístico, principalmente con relación a la adopción de figura similar a la 'Memoria de los planes urbanísticos' prevista en el ordenamiento urbanístico español. Tal documento cumple función similar a la Exposición de Motivos de una ley pero se distingue de las mismas porque su realización no es facultativa. Su carácter es fundamentalmente explicativo y justificativo, recogiendo la motivación de los planes <sup>790</sup>. Tal documento tiene fundamental importancia para que los administrados puedan conocer con exactitud los motivos justificantes de las decisiones adoptadas en los planes, apoyándose en él para la elaboración de posibles alegaciones a sus contenidos.

En tercer lugar, la discrecionalidad del planificador queda limitada por los estándares urbanísticos que se imponen en la ley, en la medida en que actúan restringiendo la esfera en la que puede moverse el planificador a la hora de establecer determinadas previsiones de uso que se consideran de especial relevancia para lograr una adecuada calidad de vida en el entorno urbano <sup>791</sup>. Dichos estándares se relacionan, entre otros, con la determinación de reservas de porcentaje de terreno,

---

<sup>789</sup> Para profundizar en estos aspectos véase DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa...op. cit.*, pp. 164-181.

<sup>790</sup> *Ibidem*, pp. 361-363.

<sup>791</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. "Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 307.

para la construcción de viales, zonas públicas de recreo, dotaciones de servicio público y viviendas de protección oficial<sup>792</sup>.

Con respecto a esta cuestión en concreto, cabe señalar que la previsión de estándares urbanísticos viene cobrando importancia dentro de la doctrina brasileña, como una necesidad para el efectivo cumplimiento de determinados encargos de la política urbana, principalmente en relación con la previsión de viviendas sociales en el ámbito de nuevas parcelaciones de suelo urbano. Incluso, se ha intentado introducir estándares orientados a la consecución de dicho objetivo en el proyecto de ley 3.057/2000 cuyo objeto es la revisión de la actual Ley de Parcelación del Suelo para fines urbanos, que se viene tramitando en el legislativo brasileño desde el año 2000, pero este contenido ya ha sido excluido del actual texto que conforma el proyecto de ley. Existe en el legislativo federal brasileño, tradicionalmente, una fuerte resistencia a la indicación en ley de parámetros concretos que comprometan o vinculen a las Administraciones municipales, que podría fundamentarse en las posibles resistencias que se presentarían desde las bases políticas locales con relación a la vinculación presupuestaria que eso conllevaría. No obstante, insistir en ello es parte de la labor de la doctrina urbanística comprometida con el pleno desarrollo de las ciudades brasileñas.

En la fase de elaboración y aprobación de los planes urbanísticos en España, el sometimiento al trámite de información pública también funciona como un límite más a la discrecionalidad del planificador. Este requisito de información pública es insoslayable para las Administraciones hasta el punto de que sus resultados deben ser recogidos en la Memoria y su carencia puede conllevar a la anulación del plan<sup>793</sup>. En la actualidad, considerando el desarrollo insuficiente de tal aspecto por el Estatuto de la Ciudad, el nivel de regulación normativa con respecto a la participación ciudadana previsto en el ordenamiento urbanístico español es un modelo de interés, que podría ser replicado en Brasil, conforme detallaremos más adelante.

El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico es un tema clásico y nuclear del derecho administrativo y urbanístico español, sobre el cual se ha

---

<sup>792</sup> Para más detalles sobre los estándares urbanísticos véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, p. 201 y ss.; y CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*. 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 64.

<sup>793</sup> En este sentido el art. 4 de la Ley de Suelo española de 2008 declara como un derecho de todo ciudadano "participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio y ejecución urbanística y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivadora".

escrito extensa doctrina científica<sup>794</sup> y han sido numerosas las manifestaciones de la jurisprudencia sobre este tema, por lo tanto, tras haber realizado una breve aproximación a los principales temas de interés, considerando la problemática que se ha suscitado con respecto al ordenamiento jurídico brasileño, nos centraremos en analizar algunos de los límites específicos impuestos a la discrecionalidad del planeamiento que puedan tener un mayor impacto como posible alternativa al estado de la cuestión en Brasil, organizándoles bajo los siguientes grupos de interés: la obligación de justificar las decisiones durante la elaboración, alteración y revisión del planeamiento como límite a la discrecionalidad; y la participación ciudadana en la elaboración, revisión y alteración de los planes urbanísticos como límite a la discrecionalidad del planeamiento;

#### 1. La obligación de justificar las decisiones de planeamiento:

La arbitrariedad que puede llegar a imponerse en el ejercicio de las potestades administrativas puede ser evitada por medio de la obligación de presentar la motivación de las decisiones discrecionales<sup>795</sup>.

Además de eso, la motivación es “no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio del derecho”<sup>796</sup>, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho

---

<sup>794</sup> Para un análisis en profundidad acerca del control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico véase también SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio español...* op. cit., pp. 332 y ss.; DELGADO BARRIO, Javier. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Madrid: Civitas, 1993; PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso. “La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 30, núm. 146, 1996, pp. 57 - 96; ROMERO REY, Carlos. “Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 38, núm. 210, 2004, pp. 11-48.

<sup>795</sup> Resulta oportuno traer a colación las consideraciones de FERNÁNDEZ, para quien: “El poder de la administración en un Estado de Derecho es siempre, y más todavía el poder discrecional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar también su conformidad a la Ley y al Derecho, Norma Fundamental. (...) la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello porque, si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad...* op. cit., p. 81 y ss.

<sup>796</sup> ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 26/1981, de 17 de julio (FJ 14). Recurso de Amparo 203/1980 216/1980 (acumulados). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1981/26> (última consulta enero 2015). En sentido similar ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 62/1983, de 11 de julio. Recurso de Amparo 218/1982. Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/ca-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1983/62> (última consulta enero 2015).

fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho<sup>797</sup>.

En el ámbito urbanístico, dicho postulado se podría concretar en la necesidad de justificar las decisiones de planeamiento en documentos similares a las Memorias de los planes urbanísticos, que deberán analizar las distintas alternativas posibles y justificar el modelo elegido, las determinaciones de carácter general y las correspondientes al uso y la ocupación del suelo (aspectos relativos a las categorías de suelo y su zonificación). La Memoria de los Planes Directores debería recoger toda la información que contenga los elementos de juicio para el ejercicio de la potestad del planeamiento, y describir el proceso de formulación y selección de alternativas para la adopción de decisiones, el análisis de las alegaciones, sugerencias y reclamaciones formuladas a título de participación ciudadana, y la justificativa de las soluciones asumidas<sup>798</sup>.

En orden a la posible introducción en el ordenamiento urbanístico brasileño de tal mecanismo, entendemos recomendable que se profundice y se detalle el régimen del Plan Director previsto en el Estatuto de la Ciudad, incluyendo en esta revisión previsión específica sobre los documentos que lo deben conformar, entre ellos alguno que cumpla las funciones de la Memoria.

Además de eso, es importante señalar con respecto a las modificaciones introducidas en el texto inicial del plan, que las mismas deberían ser igualmente motivadas pues las alteraciones no estarían justificadas en la correspondiente Memoria<sup>799</sup>. Profundizando en ello, entendemos oportuno que se determine en el

---

<sup>797</sup> Así queda recogido en el art. 5 apartado 35 de la Constitución Federal de Brasil, en el cual se afirma que la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial, lesión o amenaza de derecho. Se entiende que esta norma garantiza a todos los ciudadanos de Brasil una prestación jurisdiccional efectiva.

<sup>798</sup> Así se recoge en el ordenamiento urbanístico español, de manera específica, en el art. 38 apartado 1, en referencia al Plan General de Ordenación Urbana, del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento del Planeamiento Urbanístico, acogido por casi la totalidad de las legislaciones urbanísticas autonómicas.

<sup>799</sup> Sobre la memoria de los planes urbanísticos españoles, es oportuno traer a colación la sentencia 465/1992 de 13 de febrero, del Tribunal Supremo español: "Y esta Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la Ley, como deriva de los ya mencionados preceptos. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa (...) exige como elemento integrante esencial la Memoria: La profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad art. 33.2 de la Constitución (...) explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento (...). Y si esto es así, será también claro que las modificaciones que a lo largo de la tramitación del planeamiento vaya sufriendo su texto habrán de ser asimismo motivadas pues estas nuevas determinaciones no estarán justificadas en la Memoria". ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 465/1992, de 13 de febrero (FJ 3). Recurso de Apelación. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=>

ámbito del Estatuto de la Ciudad la necesidad de comprobación de determinadas razones de interés público para la realización de alteraciones puntuales del texto del Plan Director, como por ejemplo, que la Administración Pública local al planificar, haya incurrido en error, o haya actuado al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debería servir, o sin haber tenido en cuenta el principio de la función social de la propiedad o la estabilidad o seguridad jurídica, o con desviación de poder, o que haya faltado motivación para determinada decisión<sup>800</sup>. La motivación de decisión de alteración se recogería en el propio proyecto de ley que propusiese la alteración de contenido del Plan Director.

Además de eso, la aplicación de principios básicos de derecho urbanístico, de manera específica, el de jerarquía de planes urbanísticos, por el cual los planes inferiores no pueden modificar otro superior, y el de proporcionalidad de las decisiones de planeamiento, también deben ser objeto de verificación ante la realización de cualquier alteración del texto del Plan Director.

Con relación a la revisión del contenido del Plan Director, cuya realización se determina como un deber jurídico en razón de lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 40 del Estatuto de la Ciudad, donde se recoge que “la ley que promulgar el Plan Director deberá ser revisada, por lo menos cada diez años”, entendemos oportuno que también se impongan parámetros en la normativa que justifiquen y motiven su realización anticipada o de conformidad con el plazo estipulado en el Estatuto de la Ciudad, como por ejemplo, la necesaria adopción de nuevos criterios respecto de la estructura general y organización del territorio o de la clasificación del suelo, motivada por la elección de un nuevo modelo territorial más adecuado a la realidad que se contempla, o la aparición de circunstancias sobrevenidas, de carácter demográfico o económico, que incidan sustancialmente sobre la ordenación, o por el agotamiento de las capacidades del plan. En este contexto, la motivación de la decisión de revisión se recogería en el propio proyecto de ley de propuesta de revisión del Plan Director.

2. La participación ciudadana en la elaboración, revisión y alteración de los planes urbanísticos como límite a la discrecionalidad del planeamiento:

---

[TS&reference=4352646&links=ser%E1%20tambi%E9n%20claro%20que%20las%20modificaciones&optimize=19960105&publicinterface=true](#) (última consulta febrero de 2015).

<sup>800</sup> En este sentido véase ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario. “Planeamiento urbanístico: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año núm. 41, núm. 234, 2007, pp. 134-145.

El análisis de tal cuestión resulta de interés máximo con respecto al modelo de planeamiento municipal que se viene desarrollando en Brasil, considerando las previsiones establecidas en el Estatuto de la Ciudad en el apartado 4 del art.40, en el cual se determina la necesidad de promoción de audiencias públicas y debates con participación de la población durante el proceso de elaboración del Plan Director, pero no se llega a desarrollar un cauce concreto para la consecución de dicho objetivo, en que se determinen plazos, instrumentos concretos de participación, necesaria valoración de las aportaciones ciudadanas por parte del poder municipal y justificación de las decisiones tomadas, conforme se ha informado anteriormente.

La democratización del planeamiento urbano se impone por su misma naturaleza de decisión política, que no puede depender por ello exclusivamente de la autoridad a la que corresponde su aprobación, tratándose la participación ciudadana también de un potente instrumento para el control del poder, que puede traducirse en dos aspectos fundamentales: deber para las Administraciones urbanísticas, principalmente las municipales, de promover la participación ciudadana en la elaboración de los planes; y el derecho de los ciudadanos, particulares o agrupaciones en asociaciones, a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos urbanísticos<sup>801</sup>.

Por todo ello, en el presente apartado propondremos alternativas para el avance en la previsión de la necesaria participación ciudadana en la elaboración de los Planes Directores municipales en Brasil, en base a la experiencia conformada en el ordenamiento jurídico urbanístico español en lo relativo a la instrumentalización de la participación de los ciudadanos en la elaboración del planeamiento, para la cual se prevén cauces y trámites con formas y plazos definidos en las leyes urbanísticas<sup>802</sup>.

---

<sup>801</sup> En el ámbito urbanístico español, el derecho a participar en la elaboración del planeamiento ya era reconocido en la normativa preconstitucional, como se puede verificar por el contenido de art.4 apartado 2 de la derogada Ley del Suelo de 1956 y del art. 4 apartado 2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976. Ya en el período constitucional, los cauces participativos se han ido normalizando. La actual Ley de Suelo española de 2008, determina en su art. 4.e que es un derecho de todo ciudadano participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate. En este sentido véase CANO MURCIA, Antonio. "La participación ciudadana en la elaboración del planeamiento. Los avances del planeamiento". *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*. Núm. 23, 2009, pp. 3.498 y ss.

<sup>802</sup> La participación ciudadana en la elaboración del planeamiento en España además de cumplir como instrumento de control de la gestión municipal también es un derecho garantizado en la Constitución del país, conforme se recoge en su art. 9 apartado 2, por el cual se exige de los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, social y económica del país. Para profundizar en el tema de participación ciudadana en los procesos de las Administraciones Públicas municipales españolas

En este contexto, el derecho de participación debe ser incorporado en el ordenamiento jurídico brasileño como un principio propio de la actividad urbanística, que debe necesariamente articularse a través de propuestas, iniciativas, sugerencias y alegaciones, de personas físicas o jurídicas, realizadas en los trámites de información pública a que deban someterse los diversos instrumentos de planeamiento en su elaboración y tramitación. Es recomendable que tal cuestión sea explicitada con mayor rigor en el propio texto del Estatuto de la Ciudad.

La primera oportunidad de participación ciudadana debe darse durante el avance de planeamiento, entendido como primer hito de la elaboración de los instrumentos de ordenación urbanística de un municipio, lo que permitiría al ciudadano participar en las líneas básicas que inspirarán la ordenación urbanística de su municipio. De esa manera, se le estaría permitiendo participar en el modelo urbanístico que se elegirá. No obstante, en este momento, las alegaciones o consideraciones que se hagan del mismo no vincularían la posterior actividad de la Administración municipal. Entendemos que es a este tipo de participación a lo que se refiere el legislador del Estatuto de la Ciudad, pero entendemos oportuno legislativamente avanzar y profundizar mucho más en los momentos y oportunidades de participación ciudadana previstos por él.

Sobre la participación ciudadana en el proceso de planeamiento, entendemos oportuno que se determine expresamente en ley su obligatoriedad además de en la elaboración del Plan Director, también para la realización de alteraciones o para la revisión total o parcial de su contenido, por lo menos a cada diez años, conforme se recoge el párrafo 3 del art. 40 del Estatuto de la Ciudad<sup>803</sup>.

Aprobado el primer borrador de plan, podría ser oportuno, mediante previsión expresa en el Estatuto de la Ciudad, su exposición al público durante un plazo mínimo para que la ciudadanía pueda presentar sugerencias y alternativas. La actual Ley

---

y en especial en el ámbito del planeamiento véase SÁNCHEZ-CERVERA DE LOS SANTOS, Luis. *Ciudadanía participativa y administración municipal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

<sup>803</sup> Es de interés indicar que se ha elaborado una resolución del Consejo de las Ciudades que, de una manera menos detallada, busca efecto similar sobre la actuación de las Administraciones locales brasileñas. De manera específica, en la Resolución recomendada 83, de 8 de diciembre de 2009, se recomienda que el proceso de revisión o de alteración del Plan Director contemple la realización de audiencias públicas o debates públicos, que deben ser divulgados en órganos públicos de amplia circulación de personas, tener el contenido del debate explicitado en la referida acción de divulgación, realizar difusión de estos momentos en diversos medios de comunicación, pudiendo ser convocados por entidad de la sociedad civil o por lo mínimo 50 electores del municipio si la ley municipal no hubiera definido la realización de audiencias y debates ante la realización de alteraciones del contenido del Plan Director. BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução Recomendada 83 do Conselho das Cidades, de 8 de dezembro de 2009. *Diário Oficial da União* de 25 de mayo de 2010. Sección 01, núm. 98, p. 87. Disponible en <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/ResolucaoRecomendada/resolucao-83-2009.pdf> (última consulta mayo de 2015).

Vasca del Suelo, por ejemplo, determina 2 meses de exposición al público, anunciada en boletín del territorio y en los diarios de mayor difusión y circulación de su territorio<sup>804</sup>.

A la vista del resultado de la exposición y participación pública, se adoptarían por el municipio los criterios y objetivos que servirían como base para la redacción del Plan Director. Tal documento podría ser sometido nuevamente a la información pública para que la población pudiera verificar su contenido y los rumbos que se han recogido en él. Así mismo, sería importante en este momento, notificar a las Administraciones Públicas con competencias sectoriales sobre la conformación inicial del Plan Director.

El municipio, considerando los resultados de la información pública, procedería a la aprobación del Plan Director, con las modificaciones pertinentes indicadas por la población y sopesadas técnicamente. También se podría recoger en el Estatuto de la Ciudad que, si las modificaciones significasen un cambio sustancial en la ordenación estructural inicialmente prevista, el municipio acordaría su nueva aprobación inicial y la apertura de un nuevo período de información pública, como medida de buen gobierno, transparencia y participación efectiva de la comunidad en la elaboración del planeamiento de su ciudad.

Recalcamos la importancia de que por medio del Estatuto de la Ciudad se legisle sobre la obligatoriedad de la apertura de trámite informativo público con relación a posibles alteraciones en las materias objeto de disciplina por medio del Plan Director, incluidas entre ellas la disciplina del uso y la ocupación del suelo y la zonificación urbana; además de que se regule expresamente la posibilidad de presentación de alegaciones a los cambios por parte de la población, como medida de control de poder discrecional de los municipios. Entendemos que la simple previsión de alteración del plan teniendo como requisito la promoción de audiencia pública, que no es más que una reunión comunitaria, nos parece insuficiente considerando el alto nivel de discrecionalidad que tales cambios comportan, pudiendo configurar graves arbitrariedades.

---

<sup>804</sup> Así queda recogido en el art. 90 apartado 3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. Publicado en BOPV núm. 138 de 20 de Julio de 2006 y BOE núm. 266 de 04 de Noviembre de 2011. Disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-17400](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-17400) (última consulta mayo de 2015).

#### **IV.1.4. Las obligaciones y los deberes de los propietarios**

Conforme ya se ha tenido la oportunidad de indicar en apartados anteriores, gran parte del régimen jurídico de la propiedad urbana se conforma en el ámbito de la disciplina del uso y la ocupación del suelo determinada en leyes municipales específicas o integrada en el Plan Director, por medio de la cual se atribuyen derechos, obligaciones y cargas a la propiedad urbana en Brasil. No obstante, la identificación de las obligaciones y deberes que se imponen a cada propietario se realiza en base a criterios propios de cada poder municipal, situación que torna el estudio de la materia casi imposible y muy poco efectiva, ya que son más de cinco mil municipios legislando conforme a sus criterios sobre posibles obligaciones, deberes y cargas imputables a los propietarios de suelo en el ámbito municipal.

No obstante la ausencia de legislación a nivel nacional determinante de criterios relativos a la conformación del estatuto jurídico de la propiedad, el proceso de urbanización y producción de nuevas áreas urbanas en los municipios brasileños, que se realiza formalmente por medio de la parcelación del suelo, viene regulado en la Ley Federal de Parcelación del Suelo y Lotificación Urbanística de 1979, en la cual se imponen determinadas obligaciones y deberes a los promotores de estas actividades.

Conforme queda recogido en el art. 3 de la referida ley, la actividad de parcelación del suelo para fines urbanos podrá realizarse en zonas urbanas, de expansión urbana o de urbanización específica, definidas en los Planes Directores o aprobadas por ley municipal. Es necesario recordar que los estados federados y los municipios brasileños están facultados para establecer normas supletorias regulatorias de la parcelación del suelo urbano, que deben observar necesariamente los parámetros mínimos establecidos en la Ley general federal de parcelación del suelo, con el objetivo de adecuar lo previsto en la misma a las peculiaridades regionales y locales, conforme queda recogido en el párrafo único del art. 1 de la referida ley general federal<sup>805</sup>.

Los municipios brasileños, en base a la legislación federal general de referencia, tradicionalmente vienen imponiendo a los propietarios de terrenos las siguientes obligaciones en orden a la promoción de parcelaciones de suelo urbano:

---

<sup>805</sup> Se recoge en este precepto que: “La parcelación del suelo para fines urbanos se regirá por esta Ley. Párrafo único. Los estados, el Distrito Federal y los municipios podrán establecer normas complementarias relativas a la parcelación del suelo municipal para adecuar lo previsto en esta ley a las peculiaridades regionales y locales” (traducción propia). Originalmente: “O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei. Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais”.

1. Deber de costear y ejecutar todas las obras exigidas por la ley municipal, que determinará, como mínimo: la ejecución de viales de circulación; la demarcación de solares, manzanas y calles; y las obras de drenaje de las aguas pluviales (art. 2 párrafos 5 y 6; y art. 18 apartado 5 de la Ley 6.766/79, de parcelación del suelo).

2. Deber de transferir a la Administración áreas reservadas para viales, plazas, espacios verdes y las áreas destinadas a la construcción de edificios públicos y otros equipamientos urbanos constantes del proyecto de parcelación del suelo propuesto por el propietario y aprobado por el poder público municipal (art. 22 de la Ley 6.766/79, de parcelación del suelo).

3. Las áreas destinadas a sistemas de circulación, implementación de equipamientos urbanos (equipos de abastecimiento de agua potable, vertidos domésticos, energía eléctrica, colecta de aguas pluviales, red telefónica y gas canalizado) y comunitarios (equipamientos para fines de educación, cultura, ocio, sanidad y similares) y las áreas destinadas a espacios libres de uso público serán proporcionales a la densidad de ocupación prevista por el Plan Director o aprobada por ley municipal para la zona en que se sitúen (art. 4 párrafo 1 de la Ley 6.766/79, de parcelación del suelo).

Nótese que la referida ley es de aplicación solamente en casos de nuevas urbanizaciones, no realizando distinción entre lotificaciones en suelo urbano o suelo de expansión urbana, cuyas diferencias con respecto a la infraestructura urbana ya establecida o necesaria son totalmente distintas, las necesidades que se imponen corresponden a grados totalmente distintos, lo que conlleva a una situación límite en la cual generalmente hay un desnivel en términos de calidad y cantidad de infraestructura básica y complementaria, reparto de costes y beneficios, entre otros aspectos<sup>806</sup>.

Los deberes que se imponen a los propietarios son bastante genéricos y los municipios no cuentan con referencias o parámetros mínimos a la hora de imponer dichos deberes. Por ejemplo, con respecto a la implantación de los equipamientos públicos y la definición de las áreas destinadas a ellos, MORRETI nos llama la atención hacia el hecho de que la destinación de áreas públicas en un nuevo emprendimiento habitacional debería ser parte de la preocupación en construir un

---

<sup>806</sup> La Ley de Parcelación del Suelo de 1979 está elaborada desde el prisma del lotificador, según el cual la parcelación del suelo urbano debe ser entendida como un acto unilateral del propietario del suelo, que le transforma urbanísticamente independientemente de la función social que debe desarrollar su propiedad y de manera aislada del proceso de construcción colectiva de la ciudad. GOUVÊA, Denise y RIBEIRO, Sandra. "A revisão da Lei Federal no 6766/79 – novas regras no 'jogo' da cidade?". *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, pp. 633-652.

hábitat armonioso; no obstante, es entendido por los promotores o lotificadores como una penalidad. Partiendo de este prisma, ha pasado a ser práctica recurrente la elección de las peores parcelas de terreno para ser objeto de cesión a las Administraciones con el fin de recibir los equipamientos públicos<sup>807</sup>.

La concesión de la iniciativa de urbanizar a los propietarios o al sector privado ha generado en Brasil un patrón de urbanización caracterizado por la continua expansión horizontal de sus ejes, a través de procesos de parcelación del suelo fragmentados y condicionados a los ritmos y delimitaciones territoriales de terrenos privados. Este modelo, conforme ya se ha tenido la oportunidad de afirmar, centrado en la expansión de las periferias y en la búsqueda de nuevas fronteras de valorización, encuentra en el proceso de transformación del suelo rural en urbano una de las más altas fuentes de valorización inmobiliaria que, no obstante, conlleva para la Administración Pública local dificultades de provisión y mantenimiento de infraestructuras urbanas que deben ser extendidas constantemente para atender núcleos poblacionales cada vez más alejados del área urbana consolidada<sup>808</sup>.

Afirma SAULE JUNIOR, a modo de ejemplo, que en municipios del interior del estado de São Paulo, la diferencia entre el valor inicial de una gleba rural y el valor de la misma después de urbanizada puede llegar a 30 o 40 veces; esto es, una gleba rural comprada por 1 euro el metro cuadrado puede ser vendida por 40 euros el metro cuadrado tras su parcelación<sup>809</sup>. Con respecto a dicho aspecto, es necesario señalar que dicha legislación no ha contemplado expresamente medidas de recuperación o captación de plusvalías derivadas de la transformación urbanística de los terrenos, problemática que, considerando su importancia, podría ser objeto de un estudio específico que, no obstante, se aleja de los objetivos que fundamentan la realización del presente estudio.

Por todo lo expuesto y sin perjuicio del análisis de otros aspectos relativos a la ley brasileña de parcelación del suelo que se realizará en los apartados siguientes, se puede afirmar que el marco regulatorio de la parcelación del suelo a nivel nacional - desconectado de las necesidades reales de infraestructura y equipamientos urbanos de cada tipo de suelo y de la situación de cada municipio, en el cual predomina una

---

<sup>807</sup> MORRETI, Ricardo de Sousa. *Crítérios de urbanização para empreendimentos habitacionais*. Tesis Doctoral. São Paulo: Escola Politécnica, Universidad de São Paulo, 1993, p. 193.

<sup>808</sup> *Ibidem*, pp. 193 y 194.

<sup>809</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. "Temas estratégicos da reforma urbana no Projeto de Lei 3057/2000 - Revisão da lei 6766/1979". *Boletim Fórum Nacional da Reforma Urbana*. Rio de Janeiro. Vol. 4, núm. 51, septiembre 2008. Disponible en <http://www.fase.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/26/File/Parcelamento%20do%20Solo%20para%20Boletim.doc> (última consulta febrero de 2015).

visión privatista, viene incidiendo negativamente sobre el proceso de expansión de la ciudades y dificultando el acceso a la propiedad urbana y a la vivienda.

#### **IV.1.4.1. Aproximación a la revisión de la actual Ley de Parcelación del Suelo urbano: deberes y obligaciones de los propietarios o particulares en el proyecto de ley 3.057/2000**

La necesidad de revisión de la actual Ley de Parcelación del Suelo viene discutiéndose seriamente en el ámbito del poder legislativo federal brasileño desde el año 2000, cuando se ha formalizado en la Cámara de Diputados por medio del proyecto de ley 3.057/2000 su revisión o reformulación<sup>810</sup>. Actualmente este proyecto de ley ha sido aprobado por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, a expensas de ser aprobado aún por el pleno de ésta Cámara y por el Senado Federal brasileño.

Inicialmente, el proyecto de ley 3.057/00 trata de las definiciones jurídicas de los temas siguientes<sup>811</sup>: a) área urbana y área urbana consolidada; b) de las modalidades de parcelación del suelo urbano: lotificación, desmembramiento y condominio urbanístico; c) infraestructura básica y complementaria; d) gestión plena del municipio sobre la parcelación del suelo; e) zonas especiales de interés social y asentamientos informales; f) emprendedor de la parcelación del suelo urbano; g) regularización sostenible de suelos en área urbana; h) regularización de suelos de interés social; i) regularización de suelos de interés específico; j) demarcación urbanística y legitimidad de la posesión.

En relación con los requisitos urbanísticos y ambientales de la parcelación del suelo urbano, el proyecto de ley trata de disciplinar las materias siguientes:

1. Deberes y cargas de los emprendedores y responsabilidades del poder público;
2. Los requisitos y criterios sobre el contenido y procedimiento de aprobación del proyecto de parcelación del suelo;
3. Las competencias del municipio y del estado federado sobre la concesión de licencias para la parcelación del suelo, las exigencias para la adopción de las licencias

---

<sup>810</sup> Para acompañar el estado de la tramitación en el ámbito del poder legislativo federal del proyecto de ley 3.057/2000 véase: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19039> (última consulta julio de 2015).

<sup>811</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. "O direito à cidade e a revisão da Lei de parcelamento do solo urbano". En SAULE JUNIOR, Nelson (Org.). *A perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei de parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008, pp. 7-29.

urbanística y ambiental integrada, bien como para la entrega de las obras y de la licencia final integrada;

4. Criterios para el registro de la parcelación del suelo;
5. Normas para los contratos, relaciones de consumo y derechos del consumidor en materia de parcelación del suelo;
6. Regularización sostenible de suelos en área urbana, regularización de suelos de interés social y de interés específico, demarcación urbanística y legitimación de la posesión, registro de la regularización de suelos de interés social;
7. Infracciones penales, administrativas y civiles relacionadas a la parcelación del suelo;
8. Requisitos y criterios para la implantación y regularización de lotificaciones con control de acceso;
9. Criterios sobre los costes del registro de títulos inherentes a la parcelación y regularización de suelos de interés social.

De manera específica, con relación a los deberes y obligaciones de los propietarios o promotores de la parcelación, cabe indicar que el proyecto de ley 3.057/2000 los recoge, bajo el epígrafe “De las responsabilidades del emprendedor y del poder público en la implantación y mantenimiento de la parcelación”, en su art. 22, en los siguientes términos:

“Compete al emprendedor:

1. La demarcación:

- a) de los lotes y áreas destinadas al uso público de las lotificaciones (sistema viario, implantación de equipamientos comunitarios, los espacios libres al uso público, las áreas verdes y otros viales públicos);
- b) de los lotes de los desmembramientos;
- c) de las unidades autónomas, de las áreas destinadas al uso común de los condóminos urbanísticos y, en los términos de la ley municipal, de las áreas destinadas a uso público de los condominios urbanísticos;
- d) de los límites de las áreas de preservación permanentes;

2. La implantación:

- a) del sistema viario;
- b) de la infraestructura básica (equipamientos de abastecimiento de agua tratada, disposición adecuada de aguas residuales, distribución de energía eléctrica y sistema de manejo de aguas pluviales), con excepción de los sistemas individuales de disposición de aguas residuales;
- c) de los elementos de la infraestructura complementaria (alumbrado público, pavimentación, red de telefonía, red de fibra óptica y otras redes de comunicación, red de gas canalizado y otros elementos no contemplados en la infraestructura básica) exigidos por legislación regional o municipal;

- d) de las edificaciones de la parcelación integrada a la edificación;
  - e) de las medidas necesarias para la recuperación de las áreas de preservación permanente definidas en las licencias urbanísticas y ambiental integrada o, en los términos de los párrafos 2 y 3 del art. 35, en la licencia ambiental regional;
3. El mantenimiento de la infraestructura básica y complementaria y de las áreas destinadas al uso público, hasta la expedición de la licencia final integrada, respetado el plazo máximo de 90 días, contado a partir de la fecha en que se realiza la solicitud del respectivo requerimiento, siempre que el emprendedor no haya sido comunicado, a lo largo de este periodo, de la existencia de vicios o de irregularidades que deban por él ser corregidas y respetado lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 39;
4. El mantenimiento, hasta el registro de la institución del condominio en el Registro de Inmuebles, del sistema viario, de las áreas destinadas a uso común de los condóminos, de la infraestructura básica y complementaria interna y, en los términos de la ley municipal, de las áreas destinadas al uso público de los condominios urbanísticos”<sup>812</sup> (traducción propia).

De manera complementaria, en el art. 8 de la sección destinada a determinar los requisitos urbanísticos se establece que el porcentaje de áreas destinadas al uso público en las lotificaciones, excluido el sistema viario, debe ser, como mínimo, del 15%, observada la proporcionalidad vinculada a la densidad de ocupación prevista en el Plan Director o en otra ley municipal.

Nótese que las principales problemáticas indicadas en el apartado anterior con respecto a la actual Ley de Parcelación del Suelo persisten en el actual proyecto de ley: la iniciativa para proponer procesos de urbanización sigue en manos de los propietarios o emprendedores del sector privado; el planeamiento municipal con respecto a las áreas de expansión urbana sigue desconectado del proceso de transformación del suelo rural en urbano; la cuestión de las plusvalías urbanísticas no se contempla de manera específica; y los deberes y obligaciones siguen determinados independientemente del nivel de desarrollo de las infraestructuras existentes en el área o en los alrededores.

---

<sup>812</sup> Originalmente: “Art. 22. Cabe ao empreendedor: I – a demarcação: a) dos lotes e áreas destinadas a uso público dos loteamentos; b) dos lotes dos desmembramentos; c) das unidades autônomas, das áreas destinadas a uso comum dos condôminos e, nos termos da lei municipal, das áreas destinadas a uso público dos condomínios urbanísticos; d) dos limites das APPs; II – a implantação: a) do sistema viário; b) da infraestrutura básica, com exceção dos sistemas individuais de disposição de esgoto sanitário; c) dos elementos da infraestrutura complementar exigidos por legislação estadual ou municipal; d) das edificações do parcelamento integrado à edificação; e) das medidas necessárias à recuperação das APPs definidas na licença urbanística e ambiental integrada ou, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 35, na licença ambiental estadual; III – a manutenção da infraestrutura básica e complementar e das áreas destinadas a uso público até a expedição da licença final integrada, respeitado o prazo máximo de 90 (noventa) dias, contado da data em que for protocolado o respectivo requerimento, desde que o empreendedor não tenha sido comunicado, ao longo desse período, da existência de vícios ou de irregularidades que devam por ele ser sanados ou corrigidos e respeitado o disposto no parágrafo 3º do art. 39; IV – a manutenção, até o registro da instituição do condomínio no Registro de Imóveis, do sistema viário, das áreas destinadas a uso comum dos condôminos, da infraestrutura básica e complementar interna e, nos termos da lei municipal, das áreas destinadas a uso público dos condomínios urbanísticos”.

#### **IV.1.4.2. Aportaciones desde la Ley de Suelo española: deberes y cargas definidos en razón del nivel de transformación urbanística necesaria y la reparcelación**

El actual sistema de parcelación del suelo para fines urbanos en aplicación en Brasil conlleva en su modelo dos importantes limitaciones a la actuación del municipio: La primera trata respecto a que la división de las propiedades puede no favorecer la justa ubicación de las cargas urbanísticas exigibles de los propietarios, principio de derecho urbanístico consagrado en el Estatuto de la Ciudad, en su art. 2 apartado 9<sup>813</sup>. Es posible vislumbrar tal situación perjudicial por ejemplo, en el caso de que la localización ideal de un parque público ocupe la mayor parte de una determinada parcela, y que la ocupación de otro terreno contiguo no demande la construcción de equipamientos públicos, porque estos ya se han implementado en urbanizaciones o barrios vecinos y poseen aun margen de utilización.

La segunda limitación habla sobre la iniciativa de urbanización. El poder público necesita aguardar a que cada propietario de gleba presente su proyecto de parcelación para que el proceso de transformación del correspondiente suelo o área empiece a desarrollarse y la ciudad pueda expandirse de acuerdo con su demanda de crecimiento. De lo contrario, si es el poder público el que decide realizar la parcelación por su propia iniciativa, conforme al actual marco normativo, la única alternativa que se postula es que promueva la expropiación de las glebas privadas que integran el área que se desea urbanizar, lo que en general es prácticamente inviable económicamente y financieramente para la gran mayoría de los municipios brasileños. En esta situación, si la actuación de transformación que se desea llevar a cabo por iniciativa del poder público se resumir a la apertura de nuevos viales, las áreas restantes se valorizarán y los propietarios serán aún indemnizados en razón de las áreas expropiadas necesarias para la consecución de dicho objetivo<sup>814</sup>. Sobre esta problemática, de manera específica, en apartado futuro nos centraremos con detenimiento en su análisis y en la conformación de alternativas desde el

---

<sup>813</sup> En el cual se recoge literalmente: “Art. 2. La política urbana tiene por objetivo ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana, por medio de las siguientes directrices generales: (...) 9. Justa distribución de los beneficios y de las cargas derivadas del proceso de urbanización; (...)” (traducción propia). Originalmente: “Art. 2. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; (...)”.

<sup>814</sup> PINTO, Victor Carvalho. “O reparcelamento do solo: um modelo consorciado de renovação urbana”. *Texto para Discussão 130*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal, 2013, pp. 14 y 15. Disponible en <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-130-reparcelamento-do-solo-urbano-um-modelo-consorciado-de-renovacao-urbana> (última consulta marzo de 2015).

ordenamiento urbanístico español en orden a la presentación de posibles propuestas que alteren beneficiosamente el estado actual de la situación en Brasil.

Centrándonos en la primera cuestión expuesta, que se relaciona con la limitación de la actuación municipal con relación a la justa distribución de las cargas derivadas de la urbanización, desde nuestro punto de vista, la cuestión engloba dos aspectos fundamentales: la imposición de deberes de manera uniforme a las parcelaciones que se realizan en zonas urbanas y en zonas de expansión urbana; y la inexistencia de instrumentos o técnicas urbanísticas orientadas a la promoción de compensaciones entre propietarios de lotes distintos; en estos casos el poder público no tiene otra alternativa que adoptar un proyecto urbanístico que distribuya de manera razonablemente igualitaria las cargas y beneficios de cada lotificación y expropiar la gleba que deba soportar una carga desproporcional a los beneficios que generará.

La imposición de deberes uniformes para la promoción de una nueva parcelación en la zona urbana y en la zona de expansión urbana, se deriva de la replicación prácticamente integral de la Ley general federal de parcelación por la mayoría de los municipios brasileños, que no han tenido condiciones técnicas o no les ha interesado profundizar en los distintos niveles de infraestructuras urbanas necesarias para la urbanización de glebas en zona urbana y en zona de expansión urbana, imponiendo por medio de sus legislaciones de parcelación municipales deberes distintos que contemplen el estado actual de las infraestructuras llamadas a ser servidas<sup>815</sup>.

Con el objetivo de superar tal situación, podría ser de interés promover la alteración del texto de la Ley Federal de Parcelación de Suelo, o incluir tal aspecto en los debates sobre el proyecto de ley que prevé su alteración, en el sentido de que los deberes y las cargas de la urbanización se determinen y se detallen en función del tipo de zona en la cual la futura parcelación estará situada. En este sentido, encontramos referencias en la actual Ley de Suelo española, que nos sirve como base en la elaboración de una alternativa al actual estado de la cuestión.

En la zona urbana, la actividad parcelaria podría realizarse determinándose el cumplimiento de la obligación de completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de lote y edificarlos en las condiciones que pudieran establecerse en la correspondiente ley municipal de parcelación, pero de manera tal

---

<sup>815</sup> MOREIRA, Antônio Cláudio M. L. "Plano Diretor e função social da propriedade urbana". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 152.

que los equipamientos y obras de necesaria ejecución en razón de la nueva parcelación considerasen el entorno y los barrios vecinos, y cuando fuese necesario, la realización de tales cargas pudiese materializarse en la adopción o mejora de las infraestructuras y equipamientos existentes en los barrios vecinos y que pudieran también servir a esta nueva parcelación<sup>816</sup>.

Considerando que esta alternativa conforma una aproximación propositiva, entendemos, por supuesto, que los criterios técnicos tendrían que ser desarrollados de manera pormenorizada y con detenimiento, pero nuestra idea central es que las nuevas parcelaciones en zona urbana aporten mejoras a los barrios como un todo, y que tales operaciones se implanten bajo una perspectiva de planeamiento integrador, que contemple la realidad consolidada y busque su renovación o mejoría.

En las parcelaciones que se realicen en la zona de expansión urbana, donde la infraestructura urbana es escasa o inexistente, los deberes podrían orientarse en el sentido de que la urbanización de las parcelas se realice de manera integral por sus propietarios, imponiéndose los deberes ya contemplados en la actual Ley de Parcelación como requisitos mínimos. Así mismo, entendemos oportuno que las nuevas parcelaciones contemplen temas como la movilidad urbana; a modo de ejemplo, en la actual Ley de Suelo española se prevé como deber de los propietarios costear las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y la ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que se demande en razón de su dimensión o características especiales<sup>817</sup>.

Así mismo, en el ámbito de las nuevas parcelaciones en zona de expansión urbana se podría instrumentalizar un mecanismo específico para captar o recuperar las plusvalías derivadas de la transformación urbanística de los terrenos. Con relación a esto, creemos oportuno indicar que en España tal instrumento se materializa por

---

<sup>816</sup> Para profundizar en las cargas y obligaciones establecidas en el ámbito del ordenamiento jurídico español con relación a los propietarios de suelo urbano véase ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual de derecho urbanístico...* op. cit., p. 41.

<sup>817</sup> En este sentido queda recogido en el art. 16 párrafo 1 letra 'c' de la actual ley del suelo española: "Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos que se estipulen en los convenios que al efecto se suscriban y que deberán ser aprobados por la Administración actuante. En defecto de acuerdo, dicha Administración decidirá lo procedente. Entre las obras e infraestructuras a que se refiere el párrafo anterior, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora, y la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá incluir asimismo las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible".

medio del deber del propietario de entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación<sup>818</sup>.

Es importante recalcar que a diferencia de lo que ocurre en Brasil, conforme al ordenamiento jurídico español, la aprobación del planeamiento según la clase y categoría de suelo de que se trate determina una serie de deberes que deberán ser cumplidos por los propietarios afectados por la incorporación de sus terrenos al proceso urbanizador y edificatorio en las condiciones y en los plazos previstos en la legislación urbanística aplicable. El cumplimiento de dichos deberes conlleva la adquisición gradual de facultades urbanísticas por parte de los propietarios.

En Brasil solamente se ha previsto, desde el punto de vista normativo, la urbanización como una actividad vinculada a las nuevas parcelaciones de suelo; no obstante, las actuaciones de urbanización pueden incluir, además de nuevas urbanizaciones; las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo ya urbanizado, las que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con una mayor edificabilidad o densidad atribuida en este ámbito y que no requieran la reforma o renovación completa de la urbanización ya materializada<sup>819</sup>.

Con relación al segundo aspecto relacionado con la justa distribución de cargas y beneficios derivados de la actividad de parcelación en Brasil, que trata de la inexistencia de instrumentos o técnicas urbanísticas orientadas a la promoción de compensaciones entre propietarios de distintos lotes, el ordenamiento urbanístico español ofrece una alternativa de lo más interesante, tradicionalmente empleada en este país como técnica específica para la promoción equitativa de distribución de cargas y beneficios derivados de la urbanización: la reparcelación.

Actualmente en Brasil, en el ámbito del poder legislativo federal, ya se viene trabajando en una propuesta para la implementación de un instrumento urbanístico similar al instituto español de la reparcelación del suelo, que estaría fundamentalmente orientado a la renovación urbana de las ciudades brasileñas. La propuesta en cuestión ha sido elaborada por PINTO en el año 2013 y en la actualidad conforma el texto para discusión núm. 130 del Núcleo de Estudios e Investigación del Senado Federal, que

---

<sup>818</sup> Así determina el contenido del art. 16 párrafo 1 letra 'b' de la actual Ley de Suelo de España.

<sup>819</sup> En sentido similar se dispone en el art. 14 de la actual Ley de Suelo de España, en el cual se establecen conceptos relativos a las actuaciones de transformación urbanística y actuaciones edificatorias.

tiene por objetivo organizar, apoyar y coordinar proyectos de estudio e investigación orientados a la producción y a la sistematización de conocimiento relevante para la mejora de la actuación del Senado Federal.

El instituto de la reparcelación en Brasil, conforme a la propuesta que se comenta, se fundamentaría en ofrecer, entre otros beneficios, una solución para las situaciones de 'retención de terrenos', muy comunes en la implementación de emprendimientos inmobiliarios que, como previa condición, exigen la adquisición de inmuebles contiguos, pertenecientes a propietarios distintos. Explica el autor de la referida propuesta que en estas situaciones emerge una deficiencia del funcionamiento del mercado inmobiliario, identificada en Brasil como un problema de retención, que se conforma cuando cada propietario busca extraer del comprador un precio superior a aquél por el cual aceptaría vender su inmueble en situaciones normales. El valor adicional se cobra a partir del momento en que el vendedor se encuentra con que su terreno es indispensable para la realización de un emprendimiento de dimensiones considerables. En este contexto, cuanto mayor sea el número de vendedores, mayores los costes de la transacción para el comprador. En situaciones que exigen la compra de un gran número de propiedades contiguas, los emprendimientos se tornan sencillamente inviables conforme al actual marco jurídico urbanístico brasileño<sup>820</sup>.

Explica PINTO que el problema de la retención de terrenos depende de la existencia de instituciones capaces de obligar a los propietarios de inmuebles contiguos a cederlos a un emprendedor único o que provoquen su asociación, con el objetivo de promover la implantación de un emprendimiento considerado de interés público. Siendo así, la reparcelación se postula como un instrumento que estimula a los propietarios de inmuebles a adherirse a actuaciones de transformación situadas en áreas que el poder público pretende ver desarrolladas, permitiendo que los propietarios y el emprendedor de la actuación compartan los beneficios del emprendimiento, reduciendo posibles resistencias de los propietarios, viabilizando la negociación entre las partes y minimizando la necesidad de expropiaciones que demanden adjudicación por un juez, que tienden a ser perjudiciales para los propietarios a corto plazo y para el poder público a largo plazo.

En este contexto, el autor de la propuesta adopta como concepto de reparcelación del suelo, una operación de transformación urbana por la cual los propietarios de inmuebles urbanos los entregan a una entidad encargada de ejecutar

---

<sup>820</sup> PINTO, Victor Carvalho. "O reparcelamento do solo (...)"...*op. cit.*, p. 6.

el emprendimiento, que puede ser pública o privada, y reciben, al final del proceso, nuevas unidades inmobiliarias, sin la realización de compensaciones económicas de parte a parte y sin que se alteren las relaciones de propiedad preexistentes. La existencia de un plan urbanístico general para la ciudad, delimitando las áreas objeto de transformación y de planes urbanísticos específicos que establezcan el diseño urbano detallado de cada emprendimiento se presentan como requisitos a su realización. Del mismo modo que en España, los propietarios de inmuebles incluidos en el perímetro de la actuación urbanística podrían organizarse por cuenta propia para proponer un proyecto de reparcelación al municipio, o él mismo podría proponerlo a los propietarios<sup>821</sup>.

La introducción de la reparcelación como institución o instrumento de derecho urbanístico es de interés en Brasil en razón de su versatilidad, ajustándose su aplicación a situaciones muy variadas, como por ejemplo: redivisión de propiedades rurales, para mejor aprovechamiento de recursos naturales y el aumento de productividad; transformación de áreas rurales para el uso urbano; renovación urbana, para alteración de usos o refuerzo de la infraestructura urbana; implantación de nuevas infraestructuras en áreas densamente pobladas; y recuperación de áreas destruidas o sujetas a riesgos naturales. Con relación a la problemática brasileña, la principal ventaja de este instrumento consiste en la sustitución de la negociación atomizada con cada propietario por un método de toma de decisión colectiva, que contempla los intereses tanto de los propietarios como del poder público. Como la entrega de inmuebles se da a cambio de inmueble futuro, aunque de mayor valor, no hay dispendio inmediato de recursos, lo que contribuye a viabilizar financieramente el desarrollo de las posibles actuaciones urbanísticas<sup>822</sup>.

Además de eso, defiende PINTO en su estudio que la introducción de la reparcelación en el marco urbanístico brasileño puede representar un medio para la promoción y el alcance de importantes objetivos de la política urbana contemporánea: la producción de espacios de alta densidad pero sostenibles; la viabilidad económica del transporte colectivo urbano; la regularización de asentamientos urbanos

---

<sup>821</sup> Para profundizar en aspectos procedimentales de la reparcelación en España, como por ejemplo la reparcelación voluntaria, véase SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRIGUÉZ, Julio. *Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 824 y ss.

<sup>822</sup> Para profundizar en las explicaciones del autor sobre cada uno de estos aspectos véase PINTO, Victor Carvalho. "O reparcelamento do solo (...)"...*op. cit.*, pp. 8-15.

informales; la justa distribución de beneficios y cargas derivados de la urbanización; entre otros<sup>823</sup>.

La verdad es que los beneficios derivados de la introducción de la reparcelación en el derecho brasileño deben ser llevados en consideración. Este sistema serviría para viabilizar, además del aprovechamiento de la infraestructura ya instalada, la puesta en marcha de nuevos proyectos cuya financiación podría ser atribuida a la valorización inmobiliaria generada en ámbitos próximos a las obras públicas llevadas a cabo. Así mismo, tal instrumento podría ser aplicado tanto en áreas ya urbanizadas, legales o ilegales, como en áreas objeto de transformación por la urbanización, ostentando importantes ventajas con relación a los actuales instrumentos de parcelación del suelo y expropiación vigente en el ordenamiento brasileño<sup>824</sup>.

También merecen ser considerados los impactos presupuestarios inmediatos fruto de la implantación de tal instrumento, ya que por medio de él se instrumentalizaría la justa distribución de cargas y beneficios de la urbanización teniendo como objetivo final la autofinanciación de la operación de transformación urbanística<sup>825</sup>. Así mismo, el desarrollo de un instrumento con estas características contribuiría para revertir el proceso de expansión excesiva del tejido urbano, cuestión sobre la cual ya hemos llamado la atención anteriormente, viabilizando ciudades más compactas, inclusivas y sostenibles.

Conforme a la propuesta elaborada por PINTO, la disciplina de la reparcelación en una ley general federal se establecería para atender a dos objetivos fundamentales: de una parte, viabilizar un mejor aprovechamiento del suelo urbano; y

---

<sup>823</sup> Ídem.

<sup>824</sup> *Ibidem*, pp. 15 y 16.

<sup>825</sup> En España, la participación privada es el cauce esencial para la ejecución del planeamiento. Serán los propietarios o las empresas urbanizadoras los que financian la acción urbanizadora para adquirir posteriormente los beneficios derivados de la misma. Para ello son precisas las técnicas equidistributivas, esto es, las técnicas que permiten distribuir de forma equitativa entre los propietarios implicados en el proceso de ejecución del planeamiento los costes y beneficios derivados del mismo, costes como las obras de vialidad, saneamiento, suministro de agua y energía eléctrica, alumbrado público, gas, arbolado y jardinería o de la redacción del planeamiento de desarrollo o proyectos de urbanización o reparcelación, así como las indemnizaciones procedentes por derribo de construcciones o destrucción de plantaciones, obras o instalaciones que exija la ejecución del planeamiento, entre otras. TEJEDOR BIELSA, Julio Cesar. "Reparcelación". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p. 680.

de otra, perfeccionar la manera con la que actualmente se ejecutan las obras públicas en Brasil<sup>826</sup>.

Con relación al primer aspecto expuesto, con base en la actual legislación en vigor, su adaptación para dar cabida a la realización de los objetivos de la reparcelación exige la movilización de institutos jurídicos pertenecientes a varias ramas del derecho, que deberían ser empleados de manera innovadora y poco tradicional, situación que pone de manifiesto la necesidad de introducción de un régimen jurídico propio para la reparcelación en la legislación brasileña.

Con respecto al segundo aspecto, afirma el autor que toda obra de ampliación o adaptación del sistema viario, en las cuales parcelas son sustituidas por calles, es una forma de reparcelación del suelo, así como la desafectación de bienes de uso común de la población. El gran fallo en el actual modelo es que dichas obras y desafectaciones se realizan en ausencia de un encuadramiento en el planeamiento urbanístico de las ciudades. No se exige la aprobación de un nuevo proyecto de lotificación, con el mismo rigor con que se controla la parcelación de una gleba, de manera que las operaciones se realizan puntualmente y frecuentemente se chocan con el uso del suelo determinado en su entorno.

Básicamente, el autor viene a proponer que, tras la discusión y aprobación de la ley de un plano urbanístico, su ejecución se delegue a un fondo de inversiones inmobiliarias o a una sociedad de propósitos específicos, constituida por el municipio o por una concesionaria urbanística, que dispondrá de un conjunto de alternativas para la adquisición consensuada de los inmuebles necesarios para la ejecución de la transformación que se propone, pudiendo, no obstante, expropiar aquellos de titularidad indefinida o cuyos propietarios no hayan aceptado cualquiera de las propuestas de pago. Tal sociedad dispondría de todos los instrumentos de financiación disponibles en los mercados financiero e inmobiliario, como la emisión de acciones o derechos de crédito, la venta de unidades futuras y la conversión de préstamos en títulos o valores inmobiliarios<sup>827</sup>.

No obstante eso, defiende el autor que el modelo preferencial para la ejecución de la reparcelación se realizaría por medio de la adhesión de los propietarios, a los cuales se les ofrecería la opción de sustitución de sus inmuebles por nuevas unidades o una participación en el negocio.

---

<sup>826</sup> PINTO, Victor Carvalho. "O reparcelamento do solo (...)"...*op. cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>827</sup> *Ibidem*, p. 47.

La propuesta elaborada por PINTO es bastante respetuosa con las bases de la reparcelación como instituto de derecho urbanístico y ha buscado adaptar el instrumento urbanístico español a la realidad de las operaciones urbanísticas en Brasil, donde la gran mayoría de propietarios no posee capacidad económica para hacer frente a grandes cargas urbanísticas, siendo necesario que las operaciones se desarrollen de manera atractiva para el mercado inmobiliario privado, en orden a que su participación aporte los medios económicos necesarios para el posible pago de expropiaciones, costes de obras, costes administrativos y de proyecto, entre muchos otros.

En la propuesta en cuestión se defiende la articulación del proyecto de reparcelación de acuerdo con los mismos criterios establecidos para la aprobación de proyectos de parcelación determinados en la Ley de Parcelación, que deben necesariamente observar lo dispuesto en el Plan Director municipal. Así mismo, se propone que la reparcelación se utilice como técnica urbanística de aplicación en otros instrumentos de política urbana previstos en el Estatuto de la Ciudad, de manera específica en la ‘operación urbana consorciada’, que se define como un conjunto de intervenciones y medidas coordinadas por el poder público municipal, con la participación de los propietarios, moradores, usuarios permanentes e inversores privados, con el objetivo de alcanzar en un área transformaciones urbanísticas estructurales, mejoras sociales y la valorización ambiental<sup>828</sup>.

Una de las principales ventajas del referido instrumento urbanístico es permitir al municipio emitir Certificados de Potencial Adicional de Construcción (CEPACs), convertibles en derecho a construir en el perímetro de la operación. Tales certificados pueden ser objeto de alienación en subasta o utilizados para el pago de obras necesarias a la operación, y sus adquirentes pueden venderlos libremente en el mercado secundario<sup>829</sup>. Los CEPACs son títulos mobiliarios regulados por la Comisión

---

<sup>828</sup> Conforme se recoge en el art. 32 del Estatuto de la Ciudad: Ley municipal específica, basada en el Plan Director, podrá delimitar el área para la aplicación de la operación consorciada. Párrafo 1. Se considera operación urbana consorciada el conjunto de intervenciones y medidas coordinadas por el poder público municipal, con la participación de los propietarios, moradores, usuarios permanentes e inversores privados, con el objetivo de alcanzar en un área transformaciones urbanísticas, estructurales, mejoras sociales y valorización ambiental. Párrafo 2. Podrán ser previstos en las operaciones urbanas consorciadas, entre otras medidas: 1. La modificación de índices y características de parcelación, uso y ocupación del suelo o subsuelo, así como alteraciones de normas edilicias, considerando el impacto ambiental de ellas decurrente; 2. La regularización de construcciones, reformas o ampliaciones ejecutadas en desacuerdo con la legislación vigente; 3. La concesión de incentivos a las operaciones urbanas que utilizan tecnologías visando la reducción de impactos ambientales, y que comprueben la utilización, en las construcciones y uso de edificaciones urbanas, de tecnologías que reduzcan los impactos ambientales y ahorren recursos naturales, especificadas las modalidades de diseño y de obras a ser contempladas.

<sup>829</sup> En este sentido se determina en el art. 34 del Estatuto de la Ciudad: “La ley específica que aprobar la operación urbana consorciada podrá prever la emisión por el municipio de cantidades determinadas de

de Valores Mobiliarios de Brasil, por medio de la Instrucción núm. 401, de 2003. En el caso de que la reparcelación se incluya en una operación urbana, su proyecto deberá integrar el programa básico de ocupación del área, que es uno de los componentes del plan urbanístico de la operación urbana consorciada, que debe ser aprobado por ley municipal específica.

Otro instrumento que podría contar con la aplicación de la técnica de reparcelación es el 'consorcio inmobiliario', definido en el Estatuto de la Ciudad como la forma de dar viabilidad a planes de urbanización o edificación por medio de los cuales el propietario transfiere al poder público municipal su inmueble y, tras la realización de las obras, recibe, como forma de pago, unidades inmobiliarias debidamente urbanizadas o edificadas<sup>830</sup>. El consorcio inmobiliario solamente puede ser adoptado en áreas sujetas a parcelación o edificación compulsorias y depende de la voluntad del propietario del inmueble. Tales áreas necesitan ser delimitadas en el Plan Director y la obligación de parcelar, edificar u ocupar debe ser fijada en ley específica. En estos casos, a ejemplo de lo que ocurre con la operación urbana consorciada, el proyecto de reparcelación deberá ser incorporado a la ley que apruebe el instrumento.

Pese a la diligencia empleada en la elaboración de esta propuesta de introducción de la técnica de reparcelación del suelo como un instrumento de política urbana puesto a disposición de las Administraciones locales brasileñas, entendemos que para su completa operatividad es necesario, previamente, abordar el tema de la definición del régimen jurídico de la propiedad a nivel nacional, cuestión aún pendiente de regulación jurídica conforme venimos exponiendo.

---

certificados de potencias adicionales de construcción, que serán alienados en subasta o utilizados directamente en el pago de obras necesarias a la propia operación. Párrafo 1. Los certificados de potencias adicionales de construcción serán libremente negociadas, pero convertibles en derecho de construir únicamente en el área objeto de la operación. Párrafo 2. Presentado el pedido de licencia de construcción, el certificado de potencial adicional será utilizado en el pago del área de construcción que supere los patrones establecidos por la legislación del uso y la ocupación del suelo, hasta el límite fijado por la ley específica que aprobara la operación urbana consorciada”.

<sup>830</sup> De conformidad con lo establecido en el art. 46 párrafo 1 del Estatuto de la Ciudad: “El poder público municipal podrá facultar al propietario de área afectada por la obligación de que trata el *caput* del art. 5 de esta Ley, mediante requerimiento de este, el establecimiento de consorcio inmobiliario como forma de viabilidad financiera del aprovechamiento del inmueble. Párrafo 1. Se considera consorcio inmobiliario la forma de viabilidad de planes de urbanización o edificación por medio de los cuales el propietario transfiere al poder público municipal su inmueble y, tras la realización de las obras, recibe, como pago, unidades inmobiliarias debidamente urbanizadas o edificadas” (traducción propia). Originalmente: “Art. 46. O Poder Público municipal poderá facultar ao proprietário de área atingida pela obrigação de que trata o *caput* do art. 5 desta Lei, a requerimento deste, o estabelecimento de consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel. Parágrafo 1. Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio da qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas”.

Desde nuestro punto de vista, la estructuración a nivel nacional de las bases del régimen jurídico, con posibles derechos, deberes y cargas imputables a las propiedades urbanas en razón de la situación en que se encuentre el nivel de desarrollo de la infraestructura urbana que les sirve, se postula como un requisito necesario para la implementación del instituto de la reparcelación en Brasil, ya que éste se configura justamente como un instrumento redistributivo de los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre los propietarios afectados por el mismo<sup>831</sup>. Entendemos que la uniformidad del régimen jurídico de la propiedad urbana a nivel nacional se impone como una medida necesaria para garantizar que el instrumento de la reparcelación no termine sucumbiendo a la casuística concreta de cada uno de los más de cinco mil regímenes jurídicos del suelo que se han establecido en la actualidad en razón de la ausencia de normativa básica a nivel federal sobre tal materia.

Así, con antelación a la introducción de tal instituto se hace necesario regular el eje que torna posible la operatividad de la técnica de la reparcelación: el sistema de beneficios y deberes imputables a los propietarios en razón de la actividad urbanística, como medida de igualdad entre todos los ciudadanos ante la ley. Exigencia que se pone de manifiesto en razón del actual marco constitucional brasileño, en el cual compete a la Unión legislar sobre normas generales de derecho urbanístico y a los municipios promover, dentro de lo posible, la adecuada ordenación territorial, mediante la planificación y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano.

Realizadas estas consideraciones específicas sobre la posible introducción de la reparcelación en el marco urbanístico brasileño, creemos oportuno finalizar el presente apartado indicando que la problemática que parece encontrarse en el trasfondo de la cuestión de la parcelación urbana en Brasil es que dicho proceso, aún considerando la posible aprobación de un nuevo texto para la Ley de Parcelación del suelo, sigue desarrollándose desde un prisma privatista. La lotificación sigue realizándose como un acto unilateral del propietario de una gleba que resuelve urbanizarla, “a la hora que le apetezca y en el lugar que más le convenga”<sup>832</sup>; respetando mínimamente determinadas reglas. Y eso no es suficiente: urbanizar

---

<sup>831</sup> TEJEDOR BIELSA, Julio Cesar. *Propiedad, equidistribución y urbanismo*. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 50. Conforme a GARCÍA DE ENTERRÍA y a PAREJO ALFONSO, es importante situar la reparcelación entre las técnicas equidistributivas y no entre las de gestión o ejecución del planeamiento. La reparcelación se constituye, de este modo, en presupuesto habilitante de la ejecución del planeamiento distribuyendo los beneficios y cargas derivados del mismo entre los propietarios. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho...op. cit.*, pp. 469 y ss.

<sup>832</sup> ROLNIK, Raquel. “As tipologias e os requisitos urbanísticos e ambientais do parcelamento do solo urbano no projeto de Lei nº 3.057/00”. En SAULE JUNIOR, Nelson. *A perspectiva do direito...op. cit.*, p. 46.

implica producir ciudad y la producción de espacios urbanos no puede ser la suma de varias lotificaciones o urbanizaciones esparcidas de forma aleatoria; de esta manera no se conforma una ciudad, de esa manera no se produce en igualdad de condiciones una oferta de ciudad que sea accesible a todos los ciudadanos.

En los apartados arriba desarrollados hemos identificado algunos aspectos puntuales de la legislación o práctica urbanística llevados a cabo en España que, desde nuestro punto de vista, arrojan alternativas factibles al tratamiento actual en Brasil de esta materia; o bien nos han servido como base para la formulación de críticas, para indicar que algunas piezas legislativas están ausentes. No obstante, lo que más nos ha chocado con respecto al tratamiento de la propiedad privada urbana por la legislación urbanística española y que parece tener trascendental importancia con respecto a Brasil, ha sido vislumbrar que la actividad urbanística, de manera específica la expansión urbana por medio de la urbanización, debe ser proyectada y controlada públicamente, su planeamiento debe realizarse independientemente de quien sean los propietarios de las parcelas <sup>833</sup>. La definición de los sistemas dotacionales, de los equipamientos urbanos necesarios, etc., se realiza con anterioridad y bajo el comando del poder público, y no como ocurre en Brasil, donde se deja en manos de los propietarios de los suelos objeto de parcelación y urbanización definir la cantidad, calidad y ubicación de las áreas públicas e infraestructuras básicas en sus proyectos de parcelación, que luego llevan a los municipios a tener que adaptarse a estas “proposiciones”, porque en el ámbito local el capital parece hablar mucho más alto y de manera mucho más directa que el interés colectivo.

Nos reafirmamos en las posiciones críticas asumidas hasta el presente momento y en este sentido, entendemos oportuno traer a colación algunas líneas específicas de una crítica elaborada por ROLNIK – arquitecta urbanista, secretaria de

---

<sup>833</sup> En sentido similar ROLNIK, Raquel. “As tipologias e os requisitos urbanísticos e ambientais do parcelamento do solo urbano no projeto de Lei nº 3.057/00”. En SAULE JUNIOR, Nelson. *A perspectiva do direito...op. cit.*, p. 47. Véase también noticia publicada en el periódico ‘Valor Econômico’ de 1 de marzo de 2010, en la cual se recoge la tensión que se viene instalando en Brasil con relación al proceso de urbanización del suelo. De un lado la fiscalía, intentando frenar la densificación de las ciudades o su expansión sin planeamiento y del otro, el sector inmobiliario luchando para mantener su posición hegemónica sobre la construcción y crecimiento de las ciudades. De parte de la fiscalía, se viene poniendo de manifiesto la falta de disposición del sector inmobiliario/construcción y la omisión de fiscalización del poder público. De manera específica, el representante de la fiscalía de la ciudad de São Paulo, en esta ocasión afirmó que “todo alcalde quiere demostrar que la ciudad ha crecido en su mandato, pero eso tiene un coste para la sociedad”, añadiendo que el poder público local se ‘equivoca’ al ser presionado por las empresas y acaba concediendo licencias que no debería. “Existe una ganancia excesiva por parte de los empresarios del sector de la construcción e ineficacia de los órganos públicos. Quien debería frenar tal situación es la Administración municipal, cuando ella no actúa, la Fiscalía debe actuar”. Disponible en <http://urbanidades.arq.br/2010/03/ministerio-pblico-no-combate-construo-desenfreada/> (última consulta en marzo de 2015).

programas urbanos del Ministerio de las Ciudades de Brasil durante los años de 2003 a 2007, integrante activa durante 5 años de las comisiones de debate y elaboración del proyecto de ley que propone la revisión de la actual Ley de Parcelación del Suelo-, en la cual se ponen de manifiesto cuestiones centrales que venimos indicando en los anteriores apartados:

“Si aprobamos substitutivos en estos términos [en referencia al contenido propuesto para la reforma de la Ley de Parcelación del Suelo], estaremos perdiendo una oportunidad de avanzar en el debate en la línea de la Constitución y del Estatuto de la Ciudad (...) no podemos dejar de comentar que, en las ciudades brasileñas, la definición de regulaciones del uso y la ocupación de suelo, son lideradas por el sector privado, por el mercado de producción de la ciudad, sea el mercado de producción de lotificaciones – que es la situación más común en Brasil –, sea el de la incorporación inmobiliaria. El gran proceso de valorización inmobiliaria en el país (no podemos fijarnos solamente en la ciudad de São Paulo) se da por la transformación del suelo rural en suelo urbano, a través de las lotificaciones. Esto es generalizado en todo el país, en los municipios de todas las dimensiones (...). Las reglas de cómo el suelo se transforma urbanísticamente, el proceso decisorio de la definición de estas reglas es producido en el interior de un circuito que involucra ayuntamiento, Gobierno local, Cámaras Municipales, un circuito que es absolutamente capturado por una interlocución solamente con el sector de producción del mercado. La gran dificultad en la reelaboración de esta ley es justamente superar esta óptica privatista, orientada única y exclusivamente a una idea de regulación de la producción de un producto, en la dirección de pensar la producción de la ciudad como un espacio colectivo de vida y de ejercicio de derechos”<sup>834</sup> (traducción propia).

## IV.2. El derecho de construir

En Brasil, de manera distinta de lo que ocurre con la propiedad rural, es característica fundamental de la propiedad urbana que en su valor influya menos su escasez y más su accesibilidad. La riqueza de la propiedad urbana no se fundamenta, exclusivamente ni siquiera principalmente, en lo que en ella su propietario pueda producir (considerando aspectos tales como: calidad del suelo, condiciones climáticas,

---

<sup>834</sup> *Ibidem*, p. 48. Originalmente: “Se aprovarmos o substitutivo nesses termos, estaremos perdendo uma oportunidade de avançar nesse debate na linha da Constituição e no Estatuto da Cidade (...) não podemos deixar de comentar que, nas cidades brasileiras, as definições de regulação de uso e ocupação de solo são lideradas pelo setor privado, pelo mercado de produção da cidade, seja ele mercado de produção de loteamento – que é a situação mais comum do Brasil –, seja de incorporação imobiliária. O grande processo de valorização imobiliária no país (não podemos olhar o país como se fosse São Paulo) se dá na passagem da terra rural para a terra urbana, através do loteamento. Isto é generalizado no país inteiro, nos Municípios de todos os portes e tamanhos! (...) As regras de como se dá essa passagem, o processo decisório de definição dessas regras é produzido no interior de um circuito que envolve Prefeitura, governo local, Câmaras Municipais, um circuito que é absolutamente capturado por uma interlocução apenas como setor de produção de mercado. A grande dificuldade na reelaboração desta lei é justamente superar esta ótica privatista, voltada única e exclusivamente para uma ideia de regulação da produção de um produto, na direção de se pensar a produção da cidade como espaço coletivo de vida e de exercício de direitos”.

extensión, topografía, etc.–), sino en el uso que se le pueda dar en virtud de su localización en ámbito territorial urbano<sup>835</sup>.

En razón de esto, la agregación de valor a la propiedad urbana depende de las posibilidades de que esta propiedad se configure como el soporte para el desarrollo de las actividades necesarias para la vida urbana. Partiendo de esta constatación se puede afirmar, con GRAU, que la posibilidad del suelo urbano de ser utilizado como soporte de diversas actividades, no obstante, es consecuencia de acciones extrañas a la actuación de su propietario<sup>836</sup>. El aumento de valor de la propiedad urbana, en verdad, depende muy poco o casi nada de la aplicación de capital o de trabajo por parte del propietario individual, resultando mayoritariamente de la acción conjugada del sector privado (como un todo) y del sector público (englobando la comunidad)<sup>837</sup>.

De hecho, explica MARQUES NETO, que el potencial de explotación de una propiedad urbana dependerá siempre de la existencia o de la implantación de una infraestructura pública, generada por recursos económicos provenientes de toda la comunidad, sin la cual la actividad aplicada a la propiedad individual no es viable<sup>838</sup>.

Por otro lado, el destino que se da a la propiedad genera externalidades que afectan a toda la colectividad. Si tal destino conlleva, por ejemplo, el desplazamiento o el asentamiento de un significativo contingente poblacional, habrá, en algún momento, una saturación de la infraestructura viaria, de transportes públicos, de la habitacional, o de otro sistema esencial que conforma el tejido urbano. Así mismo, las condiciones ambientales, de habitabilidad, paisajísticas, de salubridad – en fin, todo el ambiente urbano –, se ven afectadas conforme al uso que se da a la propiedad inserta en el contexto urbano<sup>839</sup>.

Por todo ello, en el presente apartado nos dedicaremos al análisis de las condiciones urbanísticas impuestas a los propietarios de suelo en orden al ejercicio de la principal función o valor de la propiedad urbana, su potencial edificatorio o de construcción. En este sentido, analizaremos el propio concepto de *ius aedificandi*, su relación con el derecho de propiedad, el contenido que lo conforma, su posición y

---

<sup>835</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano...op. cit.*, p. 72.

<sup>836</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>837</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 73.

<sup>838</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 228.

<sup>839</sup> *Ídem*.

disciplina en el ordenamiento jurídico brasileño y la posibilidad de desarrollo de negocios jurídicos en torno a su adquisición o transferencia. Así mismo, nos apoyaremos en la doctrina, legislación y jurisprudencia española con el objetivo de enriquecer el análisis que aquí se propone.

#### **IV.2.1. El derecho de construir y el *ius aedificandi***

Conforme a la doctrina civilista clásica brasileña, el derecho de construir se entiende como una consecuencia del derecho de propiedad de un terreno, caracterizándose como una emanación de este. Se entiende que al quedar determinado en el art. 1.299 del actual Código Civil brasileño que el propietario puede levantar en su terreno las construcciones que le plazcan, observados los derechos de vecindad y los reglamentos administrativos, se ha mantenido coherencia con la concepción civilista de derecho de propiedad y así, también se ha mantenido su configuración como generador del derecho de construir<sup>840</sup>.

Conforme a esta concepción, la edificabilidad concedida a los terrenos integra el propio concepto de la propiedad inmobiliaria y por lo tanto, cada propietario ostenta, siempre, el derecho de construir en su terreno. En este sentido se ha pronunciado DINIZ al afirmar que “constituye prerrogativa inherente de la propiedad el derecho que posee su titular de construir en su terreno lo que le apetezca, salvo el derecho de los vecinos y los reglamentos administrativos”<sup>841</sup>. Del mismo modo, enseña PEREIRA que los propietarios poseen el derecho de levantar en sus terrenos las construcciones que les plazcan, siendo ésta, “una verdad tan evidente que no hace falta pronunciarse sobre ella”. Conforme a este autor, los límites que se imponen al derecho de construir son exigencias técnicas, sanitarias y estéticas, esto es, condicionantes del ejercicio de la edificabilidad<sup>842</sup>.

Posicionándose en sentido similar, afirma MEIRELLES que la libertad de construir es la regla en el ordenamiento jurídico brasileño y que las restricciones y limitaciones que se le impongan conforman excepciones y, siendo así, solamente se admiten cuando expresamente consignadas en una ley o en un reglamento. Profundizando en ello, el autor afirma que el *ius aedificandi* está incluido en la facultad

---

<sup>840</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

<sup>841</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p.82 y 83. Originalmente: “constitui prerrogativa inerente da propriedade o direito que possui o titular de construir em seu terreno o que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

<sup>842</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito...op. cit.*, p. 193.

de uso, que integra el derecho de propiedad, no obstante su subordinación a los límites de la ley y a las restricciones por ella determinadas, incluido el impedimento administrativo de edificar en determinado inmueble, no retirarían de la propiedad el derecho de construir en abstracto<sup>843</sup>.

Expuestas tales consideraciones, que nos han ofrecido algunas indicaciones con respecto al significado jurídico de la expresión “derecho de construir”, cabe realizar algunas precisiones en orden a conformar su concepto, para seguir avanzando en el análisis de su actual consideración jurídico-urbanística.

En Brasil, tradicionalmente, se emplea la expresión “derecho de construir” como sinónimo de las expresiones “derecho de edificar”, “derecho a materializar la edificabilidad prevista en el plan”, “facultad de edificar en suelo urbano”<sup>844</sup>. La ambigüedad de terminologías pone de manifiesto el momento por el cual la doctrina brasileña viene atravesando, una revisión de la naturaleza jurídica del *ius aedificandi* y su ubicación dentro del marco jurídico nacional tras la publicación de la Ley 10.257/2001 que establece el Estatuto de la Ciudad, que ha previsto institutos jurídicos novedosos en el ámbito del “derecho de construir” que han cambiado su estatus y consideración jurídica.

No obstante eso, se puede afirmar que bajo los términos “derecho de construir”, “derecho de edificar”, “derecho a materializar la edificabilidad prevista en el plan” o “facultad para edificar”, se está relacionando el *ius aedificandi* con el concepto “edificar”, que se vincula a la realización de edificaciones con el ánimo y afán de crear ciudad, quedando el *ius aedificandi*, de manera general, vinculado al proceso de desarrollo urbanístico en Brasil<sup>845</sup>.

Tras la promulgación de la Constitución Federal brasileña de 1988, por la cual se establece la conformación del derecho de propiedad urbana por los planes y leyes urbanísticas en razón de lo dispuesto en el art. 182 apartado 2, reforzada por la reglamentación en el Estatuto de la Ciudad de instrumentos urbanísticos que

---

<sup>843</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir...* op. cit., p. 109.

<sup>844</sup> APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. *Propriedade urbanística...* op. cit., p. 94.

<sup>845</sup> CASTILHO, José Roberto F. *Disciplina urbanística da propriedade...* op. cit., p. 31. En Brasil la Ley 6.766/1979 que determina la parcelación del suelo, trata de vincular la previsión de edificabilidad a lo que tradicionalmente se llama “lote” – parcela de terreno destinada a la edificación, que es una de las modalidades predeterminadas por los planes de parcelación del suelo para fines urbanos –. Edificar es una actividad restringida al ámbito urbano. En el área rural, el régimen de construcciones queda regulado por las normas de derecho ambiental y agrario, que conforman un marco normativo bastante extenso y recogido en distintas leyes especiales. La disciplina y control de las actividades edificaciones en zonas rurales compete al INCRA - autarquía federal ligada al Ministerio de Desarrollo Agrario de Brasil.

posibilitan la negociabilidad de la edificabilidad prevista en los planes urbanísticos, se ha fortalecido el sector de la doctrina brasileña que defiende el destino urbanístico de los terrenos como una utilidad incorporada a ellos por los planes y leyes de carácter urbanístico; y que en razón de eso el *ius aedificandi* no se considera una facultad de libre ejercicio por parte del propietario, sino una concesión de los Planes Directores o de las leyes municipales urbanísticas<sup>846</sup>.

Conforme a esta posición doctrinal, los terrenos poseen una utilidad natural, relacionada estrictamente con el aprovechamiento de sus recursos naturales; y que toda y cualquier otra utilidad deberá tener previsión en leyes y planes urbanísticos, que orientarán las posibilidades del uso y la ocupación del suelo conforme al destino urbanístico que le sea conferido<sup>847</sup>.

En este punto del estudio, se impone el análisis de una de las cuestiones más polémicas relacionadas con la determinación del contenido del derecho de propiedad, que es la relativa al *ius aedificandi* y su identificación como una facultad inherente al derecho de propiedad o como un derecho subjetivo autónomo e independiente, debate que en Brasil se ha instalado desde los años 70 a partir de la conformación de las primeras nociones de 'suelo creado', figura inspirada en la instrumentalización del *plafond légal de densité* por los franceses; y ha vuelto renovada en razón de los instrumentos urbanísticos previstos en el Estatuto de la Ciudad. De manera específica, sobre la figura 'suelo creado' y los instrumentos urbanísticos previstos en el Estatuto de la Ciudad trataremos con más detenimiento en próximos apartados.

Lo que se impone en el presente apartado es señalar que el debate en Brasil sobre la configuración jurídica del *ius aedificandi* encierra en su trasfondo una cuestión fundamental: la posibilidad de efectuar negocios jurídicos con la edificabilidad prevista en los planes urbanísticos para un terreno o zona/sector urbanístico de la ciudad. De manera específica, la problemática se relaciona con la normativización de la posibilidad de adquisición de potencial constructivo a título oneroso de las municipalidades en razón de límites impuestos por ellas mismas al ejercicio de la

---

<sup>846</sup> MACEDO, Marina Michel. "Os Índices urbanísticos (...)..."*op. cit.*, p. 358.

<sup>847</sup> En este sentido se han manifestado, entre otros: SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 80; APPARECIDO JUNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, p. 81; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas...op. cit.*, pp. 156 y 157; CASTILHO, José Roberto F. *Disciplina urbanística da propriedade...op. cit.*, p. 158; MACEDO, Marina Michel. "Os Índices urbanísticos (...)..."*op. cit.*, p. 354.

edificabilidad<sup>848</sup>. Señalar que esta cuestión también será objeto de detenido análisis en el apartado siguiente.

En el contexto jurídico español, varios son los autores que llaman la atención sobre la cuestión de la configuración jurídica del *ius aedificandi*<sup>849</sup>. De manera específica, MENÉNDEZ REXACH es tajante en afirmar que “lo que quizá sorprende más en la polémica sobre si el *ius aedificandi* es o no inherente a la propiedad es que el contenido de esa expresión parece darse por supuesto, sin que valga la pena aclararlo”, atribuyendo a la ambigüedad de la expresión una de las razones por las que se ha desenfocado el problema<sup>850</sup>.

Con el afán de aclarar la cuestión nos acogemos a la línea de pensamiento desarrollada por dicho autor, que tiene inicio en la exposición de dos conceptos de *ius aedificandi*, uno en sentido amplio y otro en sentido estricto. Conforme a la concepción amplia, el *ius aedificandi* englobaría las facultades de urbanizar (transformar físicamente un terreno, dotándole de determinados servicios) y edificar (realizar construcciones de cualquier tipo), y en sentido estricto el concepto se correspondería solamente con la facultad de edificar.

Considerando que en Brasil, la parcelación del suelo, actividad por la cual se realiza la urbanización de nuevas parcelas – pese a la concesión de su iniciativa a los propietarios o emprendedores –, se configura como una función de la Administración Pública, y como tal debe estar en concordancia con las directrices de la planificación urbana municipal en orden a la consecución de la aprobación de su proyecto y concesión de las correspondientes licencias urbanísticas, para luego ser ejecutada por los propietarios o emprendedores particulares, se llega a la conclusión de que el derecho a parcelar no puede ser considerado como inherente al derecho de propiedad del suelo, lo que nos lleva a rechazar la concepción amplia presentada por el referido autor.

---

<sup>848</sup> DALLARI resume la problemática en torno a la legitimidad jurídica para imponer limitación al derecho de construir y del condicionamiento, para la transposición de estos límites, mediante la imposición de contrapartidas por el poder público al propietario interesado. DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade...op. cit.*, p. 231.

<sup>849</sup> Entre ellos destacamos LOBATO GOMÉZ, J. Miguel. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Montecorvo, 1989, p. 605; ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*. Murcia: Servicios de Publicaciones Universidad de Murcia, 1998, p. 166 y ss.; JIMÉNEZ LINARES, María Jesús. *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 125 y ss.; TEJEDOR BIELSA, Julio César. *Propiedad, equidistribución y urbanismo*. Pamplona: Aranzadi, 1998, pp. 167-176; LASO MARTÍNEZ, José Luis. *Derecho Urbanístico*. Vol. III. Madrid: Montecorvo, 1982, pp. 244 y ss.; MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, p. 337 y ss.

<sup>850</sup> MENÉNDEZ REXACH, Ángel. “La propiedad en la nueva Ley del Suelo”. *Revista de Derecho Privado y Constitucional*. Núm. 3, mayo/agosto 1994, p. 80.

En cambio, la concepción estricta que vincula el *ius aedificandi* a la facultad de edificar, sí impone una relación de inherencia con respecto a la posición jurídica del propietario por que, conforme a lo dispuesto en el Código Civil brasileño, el propietario ostenta las facultades usar, gozar y disponer de la cosa, que engloban la capacidad de transformarla, edificarla, beneficiarla, en fin, construir en ella todas las obras que le favorezcan la utilización o aumenten su valor económico<sup>851</sup>. Por todo ello, nos acogemos a la concepción estricta de *ius aedificandi*, por la cual su concepto se corresponde a la facultad de edificar.

Así, en Brasil la facultad de edificar cuyo objeto es la actividad edificatoria debe desarrollarse conforme a las directrices del Plan Director y las leyes del uso y la ocupación, y su contenido lo constituye el coeficiente de aprovechamiento urbanístico, que deberá ser entendido como un concepto abstracto que expresa el potencial edificatorio de un sector/zona o una parcela, vinculado a la zonificación funcional interurbana, que es el proceso de división institucional del espacio urbano en áreas homogéneas, tanto desde el punto de vista del uso como de la ocupación del suelo, modos de aprovechamiento que se complementan<sup>852</sup>. En este sentido queda determinado en el art. 4 párrafo 1 de la Ley de Parcelación del Suelo: “La legislación municipal definirá, para cada zona en que esté dividido el territorio del Municipio, los usos permitidos y los índices urbanísticos de parcelación y ocupación del suelo, que incluirán, obligatoriamente, las áreas mínimas y máximas de lotes y los coeficientes máximos de aprovechamiento”<sup>853</sup>.

#### **IV.2.2. La naturaleza y el contenido del *ius aedificandi***

La cuestión de la inherencia o no del *ius aedificandi* al derecho de propiedad del suelo se relaciona directamente con la identificación de su naturaleza jurídica y la posición que se le otorga dentro de un sistema jurídico. De manera más específica, PINTO afirma que la opción entre considerar el *ius aedificandi* como una facultad

---

<sup>851</sup> El fundamento del derecho de construir, según MEIRELLES, está en el derecho de propiedad, desde que se reconoce al propietario el poder legal de usar, gozar y disponer de sus bienes (art. 1.228 del Código Civil brasileño), reconocido está el derecho de construir, ya que el uso, goce y disponibilidad de la cosa se comprende la facultad de transformarla, edificarla, beneficiarla, en fin, con todas las obras que le favorezcan la utilización o le aumenten el valor económico. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir...* op. cit., p. 30.

<sup>852</sup> CASTILHO, José Roberto F. *Disciplina urbanística...* op. cit., p. 158.

<sup>853</sup> Traducción propia, originalmente: “A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento”.

inherente al dominio o un derecho autónomo dependerá de la conformación jurídica que el derecho de propiedad del suelo reciba en determinado sistema<sup>854</sup>.

Conforme ya se ha tenido la oportunidad de señalar, en Brasil, tradicionalmente y principalmente con fundamento en la literatura jurídica civilista, el *ius aedificandi* se considera una facultad inherente al derecho de propiedad del suelo. Tal posición encuentra respaldo y fundamento en el art. 1.299 del Código Civil brasileño, en el cual se recoge que el propietario tiene derecho a levantar sobre su terreno las construcciones que le parezcan oportunas, respetando siempre las disposiciones relacionadas con el derecho de vecindad y los reglamentos administrativos, entre los cuales se destacan los relacionados con la materia urbanística; y en el art. 1.228, que indica como facultades del propietario usar, gozar y disponer de sus bienes, entendiéndose incluida entre tales facultades la de edificar o construir las obras que le parezcan oportunas.

La Constitución Federal brasileña no hace referencia directa al *ius aedificandi*, pero garantiza el aprovechamiento económico de los bienes e impide que el Estado suprima el contenido esencial del derecho de propiedad, de acuerdo con lo establecido en los arts. 170 párrafo único y 60 párrafo 4 apartado 4<sup>855</sup>.

La problemática con respecto a la posición del *ius aedificandi* en el ordenamiento jurídico brasileño surge ya durante los primeros debates en el año 1975 acerca de la definición de un nuevo instrumento jurídico de derecho urbanístico, nombrado 'suelo creado' y, posteriormente, se asevera con la adopción por el Estatuto de la Ciudad en el año 2001, de algunos instrumentos de política urbana que gravitan alrededor de conceptos relacionados con lo que en la actualidad se entiende por 'suelo creado'<sup>856</sup>.

En septiembre del año 1975, el instrumento urbanístico 'suelo creado' fue propuesto públicamente por un grupo de técnicos del Centro de Estudios e Investigación en Administración Municipal (CEPAM), entidad vinculada en aquella época a la Secretaría del Interior del Estado de São Paulo. No obstante, el debate teórico y conceptual sobre dicho instrumento tuvo su punto crucial durante el seminario organizado por la CEPAM en diciembre de 1976, en el cual se elaboró un

---

<sup>854</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 236.

<sup>855</sup> El tenor literal de esos preceptos dispone que: art. 170 párrafo único "Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley"; y art. 60 párrafo 4 apartado IV: "No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendente a abolir: los derechos y garantías individuales".

<sup>856</sup> MACEDO, Marina Michel. "Os índices urbanísticos (...)"...*op. cit.*, p. 358.

documento técnico urbanístico que recogía los aspectos fundamentales del 'suelo creado' y su justificativa técnica<sup>857</sup>.

En dicho documento, reconocido como la 'Carta de Embu', así denominada en razón de la ciudad donde se realizó el referido seminario, se reconocía que las diferentes porciones del territorio urbano se encuentran afectadas principalmente por los diferentes tipos de actividades que en ellas se desarrollan. Que la competencia por tales locales tiende a elevar el valor de los terrenos y aumentar la densidad de las áreas construidas, lo que conlleva, consecuentemente, a la intensificación de la utilización de los terrenos, con la multiplicación del número de plantas por la ocupación del espacio aéreo o del subsuelo, lo que sobrecarga toda la infraestructura urbana (capacidad de los viales, de las redes de alcantarillado, de las de agua y energía eléctrica), así como los equipamientos sociales, como por ejemplo, colegios, áreas verdes, etc.<sup>858</sup>.

Se pondera en este documento, que la tecnología de la construcción civil viene al encuentro de las pretensiones de multiplicar la utilización de los locales de mayor demanda, y, por así decir, permite la creación de suelo nuevo, o sea, de áreas adicionales utilizables, no apoyadas directamente sobre el suelo natural, siendo cierto, entretanto, que la legislación del uso del suelo busca limitar esta densificación, de manera diferente en cada zona, en razón del interés de la comunidad.

Uno de los efectos colaterales de esta legislación, explica la Carta de Embu, es la distinta valorización de los inmuebles, en consecuencia de su capacidad legal de comportar área edificada, generando situaciones de injusticia.

En virtud de tales premisas y con fundamento en que, primero, el derecho de propiedad, asegurado en la Constitución de Brasil, está condicionado por el principio de la función social de la propiedad, no debiendo, así, exceder determinada extensión de uso y disposición, definidos acorde a la relevancia del interés social; y segundo, el creador del suelo deberá ofrecer a la colectividad las compensaciones necesarias al

---

<sup>857</sup> Han participado en la elaboración de la Carta de Embu: Álvaro Villaça Azevedo, Celso Antônio Bandeira de Melo, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, José Afonso da Silva, Maria Lourdes Cesarino Costa, Mario Pazzaglini Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Claudio Moreira Lima, Clementina De Ambrosis, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Luiz Carlos Costa e Norberto Amorim.

<sup>858</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 232.

reequilibrio urbano reclamado por la creación de suelo adicional, concluye el documento que<sup>859</sup>:

1. Es constitucional la fijación, por los municipios, de un coeficiente único de edificación para todos los terrenos urbanos;
2. Tal fijación no interfiere con la competencia municipal para establecer índices diversos de utilización de terrenos mediante la legislación de zonificación;
3. Que toda la edificación por encima del coeficiente único es considerada 'suelo creado', sea en ocupación de espacio aéreo o de subsuelo;
4. Es constitucional exigir, en la forma de la ley municipal, como condición de creación de este suelo, que el interesado entregue al poder público áreas proporcionales al suelo creado y, cuando sea imposible la oferta de estas áreas, sean sustituidas por su equivalente económico;
5. Es posible que el propietario que se encuentre impedido de materializar en su inmueble el coeficiente mínimo edificación que le corresponde, en razón de la legislación de mantenimiento del Patrimonio Histórico o Cultural, venda a otra parcela el valor restante entre el coeficiente mínimo y el aprovechable.

Así, según dispone la Carta de Embu, suelo creado es toda la edificación por encima del coeficiente único, sea en ocupación de espacio aéreo o de subsuelo. Conforme a este concepto, es posible realizar la diferenciación entre suelo creado y suelo natural, que es cuando la edificación se encuentra dentro del coeficiente de aprovechamiento previsto para el terreno conforme al destino urbanístico a él conferida por el Plan Director o directamente por la zonificación.

En directa relación con este concepto de suelo creado se vinculan, con SILVA, cuatro mecanismos básicos: a) El coeficiente de aprovechamiento único; b) La vinculación a un sistema de zonificación riguroso; c) La posibilidad de transferencia del derecho de construir; y d) La proporcionalidad entre suelos públicos y privados<sup>860</sup>.

La imposición de un coeficiente único significa reconocer que cada propietario de suelo urbano posee el derecho subjetivo de construir lo equivalente al área del terreno, salvo excepciones determinadas en los planes urbanísticos o leyes de zonificación, cuyo ejercicio quedaría condicionado solamente por la obtención de la correspondiente licencia urbanística del poder municipal. Su justificación encuentra cabida como medida tendente a la igual valorización económica de los terrenos,

---

<sup>859</sup> En APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, p. 111.

<sup>860</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 255.

atribuyendo a todos el mismo potencial constructivo<sup>861</sup>.

Así, aquellos que desearan construir por encima del coeficiente básico lo podrían hacer, siempre y cuando los planes urbanísticos lo permitiesen en aquella zona o área y hasta el límite máximo impuesto por el coeficiente de aprovechamiento máximo, por medio de la adquisición del derecho de construir (o edificabilidad). La limitación a la adquisición del derecho de construir reclama la imposición de una zonificación rigurosa, que indique para cada área de suelo urbano, el coeficiente máximo de aprovechamiento, por encima del cual es imposible edificar.

En orden al mantenimiento del equilibrio del crecimiento de la ciudad, el referido autor explica que es preciso considerar que la creación artificial de suelo privado conlleva la necesidad de creación de espacios públicos en proporción a ella en las áreas afectadas, en otras palabras, demanda el aumento de áreas de ocio, de colegios, guarderías, hospitales, etc. En este sentido, la adquisición del derecho de construir superior al coeficiente único implicaría la cesión al poder público de un terreno o área, en la región, para la realización de dicha proporcionalidad. La Carta de Embu inauguraba la posibilidad de que, en caso de que no se pudiera realizar la cesión de suelo, ocurriese su sustitución por el equivalente pecuniario<sup>862</sup>.

Resulta oportuno traer a colación, antes de adentrarnos en la positivación del instrumento 'suelo creado' en el ordenamiento jurídico brasileño, el concepto desarrollado por la doctrina de MEIRELLES que bien resume la idea contenida en dicho instrumento y que se ha consolidado, de manera general, en el ámbito teórico:

“Considerase 'suelo creado' toda superficie edificable por encima del coeficiente único de aprovechamiento del lote, legalmente fijado para el local. El 'suelo creado' será siempre un aumento del derecho de construir por encima del coeficiente básico de aprovechamiento establecido por la ley: por encima de este coeficiente, hasta el límite que las normas edificatorias admitieren, el propietario no tendrá el derecho originario de construir, pero podrá adquirirlo del Municipio, en las condiciones generales que la ley local determinara para la respectiva zona”<sup>863</sup> (traducción propia).

El suelo creado ha sido positivado en el ordenamiento jurídico brasileño a

---

<sup>861</sup> Ídem.

<sup>862</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>863</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres...op. cit.*, p. 333. Originalmente: “Considera-se 'solo criado' toda superfície edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O 'solo criado' será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente-base de aproveitamento estabelecido pela lei: acima desse coeficiente, até o limite que as normas edíficias admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona”.

través del Estatuto de la Ciudad, que en su art. 28 ha permitido el establecimiento de más de un nivel de coeficiente de aprovechamiento para los municipios. En su contenido se determina que el Plan Director podrá fijar áreas en las cuales el derecho de construir podrá ser ejercido por encima del coeficiente de aprovechamiento básico adoptado, mediante contrapartida a ser prestada por el beneficiario de la concesión. El coeficiente de aprovechamiento básico podrá ser único para toda la zona urbana o diferenciado para áreas específicas dentro de dicho ámbito.

El principal debate doctrinal que ha suscitado la positivación del instrumento 'suelo creado' en el Estatuto de la Ciudad, habla respecto a la desagregación o separación del derecho de construir, o *ius aedificandi*, del derecho de propiedad, como presupuesto para la posible imposición de contrapartida por parte del poder público para la transposición de los límites de edificabilidad por los propietarios interesados. Tres posiciones distintas han marcado los debates:

Relacionada con sectores doctrinarios más próximos del ámbito civil, se defendió una posición doctrinal fundamentada en el entendimiento de que el derecho de propiedad implica la plenitud del derecho de construir, por la cual la imposición de normas urbanísticas que condicionen el derecho de construir al previo otorgamiento a título oneroso por el poder público conforma una inconstitucionalidad, por constituir una contrariedad al derecho de propiedad garantizado en la Constitución brasileña<sup>864</sup>.

Conforme a este sector doctrinal, informa MARQUES NETO, lo máximo que se podría admitir era la fijación de restricciones generales dictadas por el derecho de vecindad o por las legislaciones municipales relacionadas con la zonificación. Adoptada esta línea de entendimiento, no habría espacio legítimo en el ordenamiento jurídico para el instituto 'suelo creado', pues la edificación, tanto cuanto sus recursos técnicos y económicos permitiesen, era inherente al derecho de propiedad, y por lo tanto, un derecho subjetivo del sujeto que ostentase el dominio de la propiedad urbana<sup>865</sup>.

En el otro extremo se encontraba otro sector de la doctrina que sostenía la distinción entre derecho de propiedad y derecho de construir, que éste último no

---

<sup>864</sup> En este sentido se han manifestado, entre otros: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito...op. cit.*, p. 193; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil...op. cit.*, p. 82; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.174 y ss.; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: Direito das coisas...op. cit.*, p.117.

<sup>865</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 229.

pertenecía al propietario y que solamente mediante autorización o concesión del poder público podría ser atribuido a él<sup>866</sup>. El referido sector niega la inclusión de la facultad de construir en el concepto jurídico constitucional de la propiedad privada urbana, que configurando el derecho/facultad de construir una concesión de los planes y de la legislación urbanística<sup>867</sup>. De manera más radical, en el ámbito de dicha posición doctrinal, GRAU defendía que cualquier edificación dependería del otorgamiento específico por parte del poder público, independientemente de su dimensión, sobre el área del inmueble. La titularidad del derecho de construir se atribuiría a la colectividad no sólo con relación al suelo creado, sino también con respecto a cualquier espacio edificado<sup>868</sup>.

Entre estas dos posiciones, se construyó una concepción intermedia, consonante con el tratamiento dispensado por el Estatuto de la Ciudad al instrumento 'suelo creado'. En el ámbito de dicha posición, no obstante reconocerse que el derecho de propiedad engloba la utilización y disposición del bien, competiría a la legislación urbanística la función de estipular los límites del uso y disponibilidad de aquélla. Según esta concepción, la ley posee legitimidad para definir límites objetivos al derecho de construir, por encima de los cuales, habría la necesidad de otorgamiento específico por parte del poder público<sup>869</sup>.

Dicha tesis ha sido adoptada por el Supremo Tribunal Federal que en decisión referente al agravo de instrumento AI 644368 de noviembre de 2010 ha determinado que:

“Constituye suelo creado toda la edificación efectuada por particular que sobrepase el coeficiente de parcelación del suelo previsto en la legislación municipal que disciplina la

---

<sup>866</sup> Ídem.

<sup>867</sup> Han asumido tal posición doctrinal, entre otros: GRAU, Eros Roberto Grau. *Direito urbano...op. cit.*, p. 62; SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 258; PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 236; y MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, pp. 235 y 236.

<sup>868</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano...op. cit.*, p. 60.

<sup>869</sup> En este sentido se ha manifestado GUERRA, para quien la solución preconizada por el Estatuto de la Ciudad, en verdad, admite el derecho de construir como un derecho cuya titularidad pertenece al propietario del suelo, pero solamente hasta el límite de la edificación establecido por el coeficiente de aprovechamiento del suelo instituido por la ley. A partir de este límite es que el derecho de construir pasa a pertenecer a la colectividad. Esto significa también que, dentro del coeficiente de aprovechamiento, se asegura al propietario la facultad de separar el derecho de construir del derecho de propiedad del suelo, de modo a tornarlo susceptible de alienación. GUERRA, Maria Magnólia Lima. *Aspectos jurídicos do uso do solo urbano*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceara, 1981, p. 75, tomado de MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 231, nota 16.

zonificación urbana. El derecho de construir no es absoluto, estando limitado por el derecho de vecindad y los reglamentos editados por el Poder Público. *Ipsa facto*, el suelo creado no desvincula el derecho de edificar del derecho de propiedad, pues es solamente una limitación de naturaleza administrativa impuesta por el municipio como consecuencia de su deber de organizar el aglomerado poblacional y el orden territorial en los centros urbanos. La remuneración exigida al interesado como condición para la creación del suelo posee naturaleza indemnizatoria, motivo por el cual el suelo creado no es un instrumento de recaudación de fondos, sino un medio de disciplina del ordenamiento territorial en las ciudades, con el fin de dotar a la Administración municipal de recursos necesarios para la implantación de los servicios básicos para soportar el aumento poblacional (...) el instituto del suelo creado no posee naturaleza tributaria (...)<sup>870</sup> (traducción propia).

El entendimiento adoptado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en razón del tratamiento dispensado por el Estatuto de la Ciudad al derecho de construir aleja una posible escisión entre éste y el derecho de propiedad del suelo, justificándose la adopción de tal posición con fundamento en la identificación del suelo creado como una limitación administrativa impuesta por el municipio en el ámbito del ejercicio de su competencia para organizar el territorio municipal y garantizar el bienestar de su población. Entendemos que tal explicación no contempla suficientemente el nuevo orden jurídico que se impone al derecho de la propiedad urbana tras la promulgación de la Constitución Federal, de tal manera que la justificación presentada por el Tribunal para la inherencia del derecho de construir al derecho de propiedad queda desconectada del estado actual de configuración del derecho de propiedad, por lo cual, entendemos oportuno profundizar en cuáles serían los argumentos pertinentes para este caso.

El instituto del suelo creado contemplado jurídicamente en el Estatuto de la Ciudad no es inconstitucional y tampoco impone para su operatividad la necesaria desvinculación del derecho de construir del derecho de propiedad, si interpretado bajo la perspectiva del principio de la función social de la propiedad. Conforme ya se ha afirmado, la función social de la propiedad opera sobre el contenido del derecho de

---

<sup>870</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 644368, juzgado en 5 de noviembre de 2010. Relator ministro Joaquim Barbosa. Disponible en <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17341367/agravo-de-instrumento-ai-644368-stf> (última consulta en febrero de 2015). Originalmente: "Constitui solo criado toda edificação efetuada por particular que ultrapasse o coeficiente de parcelamento do solo previsto na legislação municipal disciplinadora do zoneamento urbano. O direito de construir não é absoluto, estando limitado pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos editados pelo Poder Público (CC, art. 572). *Ipsa facto*, o solo criado não desvincula o direito de edificar do direito de propriedade, pois é apenas uma limitação de natureza administrativa imposta pelo município como consequência de seu dever de organizar o aglomeramento da população e o ordenamento territorial nos centros urbanos (CF/88, art.30, VIII). A remuneração exigida do interessado como condição para a criação do solo possui natureza indenizatória, motivo pelo qual o solo criado não é um instrumento de arrecadação de fundos, mas meio de disciplina do ordenamento territorial nas cidades, de modo a dotar a Administração municipal dos recursos necessários à implementação dos serviços básicos para suportar o aumento populacional (...) o instituto do solo criado não tem natureza tributária.(...)".

propiedad, extendiendo sus efectos sobre las facultades que lo integran, tradicionalmente identificadas como uso, goce y disposición. Las facultades que componen el contenido del derecho de propiedad del suelo, comprenden la facultad de transformar, edificar, beneficiar el suelo con todas las obras que le favorezcan la utilización o aumenten su valor económico<sup>871</sup>.

Así que, cuando la legislación urbanística limita un coeficiente máximo de aprovechamiento urbanístico, lo que ocurre desde el prisma del derecho de propiedad del suelo, y aquí nos apoyamos en las explicaciones de la doctrina española elaborada por MUÑOZ GUIJOSA, es la propia conformación cuantitativa de la facultad de edificar en razón de la operatividad del elemento funcional sobre una de las facultades que integra el contenido del derecho de propiedad del suelo; por lo tanto tal operación no se justifica en razón del carácter administrativo de las limitaciones, sino con fundamento en la actual configuración del derecho de la propiedad privada urbana<sup>872</sup>. En líneas generales, con AGOUES MENDIZABAL, se puede afirmar que conforme a esta actual configuración:

“La función social de los derechos determina la existencia de intereses públicos en los derechos y señala los límites de las facultades subjetivas del titular del derecho con la finalidad de que la igualdad material de todos los hombres sea efectiva. La función social se convierte en la estructura del propio derecho. (...) Es la propia comunidad, atendiendo a las necesidades en cada momento y lugar la encargada, por medio de la Ley, de establecer cuáles serán aquellas facultades del derecho que deban cederse a la sociedad y cuáles pueden mantenerse en la dimensión privada”<sup>873</sup>.

La decisión del Supremo Tribunal Federal pone de manifiesto que aún en la actualidad las normativas urbanísticas siguen recibiendo en Brasil el tratamiento como limitaciones administrativas al derecho de la propiedad del suelo y no como vehículos para la operatividad de la función social de la propiedad, que puede realizarse por medio de la imposición de límites cuantitativos al ejercicio de determinadas facultades que conforman el contenido del derecho de la propiedad privada urbana, porque justamente opera sobre este contenido determinando su conformación en atención al interés del propietario y al de la colectividad. Configurar la facultad de edificar como un derecho independiente sería exceder tal margen operativo, lo que no resulta

---

<sup>871</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir...op. cit.*, p. 30.

<sup>872</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, pp. 343 y ss. Para profundizar de manera específica sobre la condición del *ius aedificandi* conforme al ordenamiento español véase ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. *El ius aedificandi...op. cit.*, pp. 169 y ss.

<sup>873</sup> AGOUES MENDIZABAL, Carmen. “La función social de los derechos, en especial, el derecho de propiedad”. En SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.). *Los principios jurídicos ...op. cit.*, pp. 532 y 536.

posible desde el punto de vista técnico de la construcción jurídica constitucional en materia de propiedad del suelo urbano.

La configuración del *ius aedificandi* como facultad del derecho de propiedad no obsta el tráfico jurídico independiente del aprovechamiento urbanístico en que se concreta aquél. Y eso es así porque:

“dicho tráfico jurídico independiente puede verificarse, en efecto, en cuanto escisión temporal de la facultad que como parte integrante del contenido del derecho pueda constituir el *ius aedificandi*, en el sentido de que cualquier negocio jurídico a aquél referente ha de partir siempre de la previa titularidad de aquél, titularidad que no puede ostentarse sino sobre la base del *ius solis*”<sup>874</sup>.

Conforme a eso, la facultad queda desmembrada temporalmente del contenido del derecho permitiendo que se establezca un régimen de transferencia del aprovechamiento urbanístico.

Sobre la cuestión de la necesaria presencia/inherencia de dicha facultad en el contenido del derecho de propiedad cabe señalar que, por operatividad de la función social, el *ius aedificandi* podrá resultar o no incluido dentro del contenido del derecho conforme se decida incluir determinado terreno en el proceso de desarrollo urbano o no, y una vez incluido, podrá sujetarse a ciertas condiciones de ejercicio, e incluso configurarse de necesario cumplimiento, conforme se desprende de la propia Constitución Federal cuando impone la parcelación y edificación compulsorias como medida sancionatoria impuesta en razón del incumplimiento de la función social de la propiedad<sup>875</sup>.

#### **IV.2.3. La cuestión de la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico**

Tradicionalmente en la práctica de la elaboración de las legislaciones municipales del uso y la ocupación del suelo o leyes específicas de zonificación, se ha adoptado la teoría del contenido mínimo del derecho de la propiedad privada urbana, según la cual un mínimo de edificabilidad se considera inherente a cualquier propiedad ubicada en zona urbana, en razón de la prohibición de la supresión total de la posibilidad de utilización económica del inmueble, que en el caso de la propiedad

---

<sup>874</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, pp. 344 y 345.

<sup>875</sup> Viene sosteniendo entendimiento similar en el ámbito de la doctrina brasileña SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 86.

urbana, se correspondería a la previsión de edificabilidad<sup>876</sup>. Conforme a esta teoría, un mínimo de aprovechamiento urbanístico siempre integrará el patrimonio del propietario de un inmueble urbano<sup>877</sup>.

La referida teoría tiene su origen en la consideración de las normas urbanísticas, emanaciones del poder de policía de la Administración Pública, que visa limitar un derecho de propiedad preexistente, para impedir que su ejercicio se realice contra el interés social<sup>878</sup>. Tal formulación aplica a la legislación urbanística los mismos parámetros generales utilizados para el control de las restricciones a los derechos fundamentales<sup>879</sup>.

Así, aferrándose a la consideración de la propiedad como un derecho fundamental en el ámbito de la Constitución Federal tal entendimiento siguió aplicándose, desconsiderando que tal derecho ha sido relativizado por la función social de la propiedad y que por lo tanto, no nace absoluto siendo limitado posteriormente por el poder de policía de la Administración Pública, sino que las normas de derecho urbanístico conforman su contenido y determinan las facultades que le integrarán, incluida la facultad de edificar<sup>880</sup>.

---

<sup>876</sup> En este sentido MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir...* op. cit., 31.

<sup>877</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...* op. cit., p. 225.

<sup>878</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. "As leis municipais e o direito de construir". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 65, 1970, p. 118.

<sup>879</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...* op. cit., pp. 225-229. Afirma el autor que las restricciones a los derechos fundamentales se admiten, pero bajo un régimen riguroso orientado a su máxima protección. Las restricciones que se les impongan deben ser generales y abstractas, o sea, no pueden discriminar o favorecer de manera específica un ciudadano o un grupo de ciudadanos en particular. Así mismo, las restricciones deben ser gratuitas, no cabiendo a favor del ciudadano cualquier derecho a indemnización contra el poder público. Constituyen una carga normal, una consecuencia de la vida en sociedad, caracterizándose como una condición de convivencia, a fin de que el ejercicio del derecho de un sujeto no perjudique el derecho de otro. La indemnización podrá ser debida, no obstante, si la restricción incide solamente sobre un segmento determinado de la sociedad, obligándola a soportar un sacrificio en favor de la colectividad. Otro de los corolarios con respecto a las restricciones, es que las mismas no pueden eliminar el propio derecho bajo el pretexto de reglamentarlo. Y es este mismo régimen el que la doctrina brasileña, principalmente la tradicional civilista, viene aplicando a las limitaciones urbanísticas que inciden sobre la propiedad privada urbana. Se admite que, ausente la previsión de restricción urbanística, la utilización de la propiedad es libre, o absoluta, sometándose solamente a las limitaciones típicas del derecho de vecindad definidas en el Código Civil brasileño. Se acepta la ficción de que la zonificación se impone por medio de leyes generales, para evitar que el poder público sea obligado a pagar indemnizaciones a los propietarios sujetos a limitaciones más restrictivas que las impuestas a los demás ciudadanos.

<sup>880</sup> En este sentido, explica APPARECIDO JUNIOR que el entendimiento de que el urbanismo se fundamenta en el poder de policía tiene origen en el liberalismo del siglo XIX, que le identificaba como técnica de estudio de regulación del espacio urbano con objetivos limitados a la tranquilidad, a la seguridad y a la salubridad públicas. No sería posible imaginar, en aquella época, el acentuado grado de dirigismo económico y social verificado en el urbanismo actual, razón por la cual, la limitación urbanística no configura restricción a un derecho fundamental preexistente, sino la propia conformación de este derecho. Confirma este entendimiento el hecho de que el principio de la función social de la propiedad además de constar en los capítulos relacionados con el orden económico y la política urbana de la Constitución Federal, también está recogido en el capítulo relativo a los derechos individuales y colectivos

Esta teoría defiende que la propiedad tiene un contenido mínimo, el cual no puede ser sobrepasado por las limitaciones, so pena de configurarse una “expropiación indirecta” y que este contenido mínimo se identifica con su vertiente económica, representada por el derecho de construir, que debe mantenerse por medio de la previsión de un mínimo de edificabilidad en los planes urbanísticos y leyes de zonificación urbana. Se acepta que la legislación urbanística imponga límites al derecho de construir pero, se impide que este derecho sea totalmente eliminado<sup>881</sup>. La alteración de estos límites, que se materializan en el coeficiente de aprovechamiento urbanístico, es igualmente aceptada, sea en el sentido de su ampliación o disminución, siempre que se mantenga un mínimo de edificabilidad<sup>882</sup>.

En el ámbito de esta teoría, la gratuidad de las limitaciones urbanísticas o el hecho de su alteración, respetado el coeficiente mínimo de edificabilidad correspondiente al inmueble urbano, no conllevar derecho indemnizatorio, es debida a la ‘generalidad’ y ‘abstracción’ de las leyes de zonificación, que se fundamentan en el poder de policía de la Administración Pública. Entendemos que tal justificación no se sostiene ya que en el actual marco constitucional, los planes y leyes urbanísticas no son generales en el sentido usual de la palabra porque definen normas para cada propiedad y se fundamentan en el principio de la función social de la propiedad, de ahí que la gratuidad de las limitaciones urbanísticas se debe a la naturaleza conformadora del derecho de propiedad, consecuencia de la operatividad función social de la propiedad sobre el derecho de la propiedad urbana en el ámbito de las leyes y planes urbanísticos<sup>883</sup>.

Al imponerse límites al derecho de construir en verdad no se está restringiendo un derecho previo natural del propietario, se están conformando las facultades que, cualitativamente y cuantitativamente, integrarán el contenido del derecho de propiedad. De ahí nuestra posición en el sentido de que el reconocimiento sin

---

al lado del propio derecho de propiedad. APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, p. 98.

<sup>881</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Natureza Jurídica do Zoneamento”...*op. cit.*, pp. 27-30 y SANTOS, Renata L. F. “Efetivando a função social da propriedade através dos instrumentos de política urbana. Direito de construir e suas implicações: outorga onerosa do direito de construir. Edificação e parcelamento compulsórios. IPTU progressivo. Desapropriação - sanção para fins de reforma urbana. Direito de preempção”. En MOTA, Maurício y TORRES, Marcos Alcino (Coord.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2009, p. 322.

<sup>882</sup> PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 226. Explica el autor que conforme a esta corriente doctrina se entiende que bajo esta concepción el derecho de propiedad queda protegido en su condición de derecho fundamental.

<sup>883</sup> En este sentido se han manifestado SUNDFELD, Carlos Ari. “Condicionamentos e sacrifícios de direitos – Distinções”. *Revista Trimestral de Direito Público*. Núm. 4, 1993, pp. 79-83; PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 227; y SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 86.

restricciones de un mínimo de edificabilidad a cualquier terreno localizado en la zona urbana, como un derecho natural, no es debido, configurando enriquecimiento sin justa causa, ya que el propietario no ha llevado a cabo cualquier acción que justifique la incorporación de tal plusvalía a su patrimonio, y eso es así porque la mera previsión de edificabilidad mínima por el plan urbanístico o ley de zonificación ya es suficiente para que tal aprovechamiento integre el patrimonio del propietario sin que se le imponga un deber o carga urbanística que lo justifique. De esa manera se relega el principio de la función social de la propiedad a una actuación teórica o programática, desconectada de un régimen urbanístico que conlleve derechos y deberes aparejados en orden al cumplimiento de principios básicos del desarrollo urbano previstos en el Estatuto de la Ciudad: la justa distribución de los beneficios y cargas originarios del proceso de urbanización y la recuperación de las inversiones del poder público de que tenga resultado la valorización de inmuebles urbanos.

Además de eso, la atribución genérica a toda y cualquier propiedad de un poder de transformación urbanístico puede acarrear efectos nocivos para la colectividad, principalmente con relación al medio ambiente y su estado de conservación en la zona urbana. En justificación a lo que se afirma, es oportuno traer a colación la decisión adoptada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en sede de Recurso Extraordinario, en la cual un propietario de terreno situado en un zona de protección de la cuenca hidrográfica de la región metropolitana de la ciudad de São Paulo solicitaba ser indemnizado en razón de las restricciones impuestas a su propiedad por las Leyes regionales 898/1975 (que disciplina el uso y la protección de las cuencas hidrográficas y depósitos de agua de la región metropolitana de la gran São Paulo) y 1.172/1976 (que delimita las áreas de protección relativa a las cuencas hidrográficas, cursos y reservas de agua). Según la posición mayoritaria “si las restricciones derivadas de la limitación administrativa causan el aniquilamiento de la propiedad privada, resulta, a favor de su propietario, el derecho a indemnización”<sup>884</sup>. Nótese que la mera conservación de las situaciones ya existentes genera para el poder público gastos no provisionados y extraordinarios, ya que tales limitaciones son calificadas como una ‘expropiación indirecta’ por supuestamente quedar configurado el

---

<sup>884</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario 140436/SP, juzgado en 25 de mayo de 1999. Relator ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28+limita%E7%E3o+administrativa+aniquilamento+propriedade+privada%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mamrle2> (última consulta febrero 2015). Originalmente: “Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização”.

sacrificio de un derecho patrimonial sin previa indemnización, contrariando la protección constitucional al derecho de propiedad privada.

Otro efecto práctico de la aplicación de dicha teoría, es la valorización de las propiedades urbanas en razón de alteraciones en la legislación urbanística que conlleven la ampliación del potencial constructivo de un terreno, generando beneficios extraordinarios a los propietarios sin cualquier recuperación de dicha valorización por parte del poder público. De manera general, así como los propietarios pueden ser beneficiados sin la imposición de cualquier contrapartida, también quedan desprotegidos con respecto a la reducción de los potenciales constructivos hasta el mínimo determinado para la zona en la legislación del uso y la ocupación del suelo. En MELLO es posible identificar los argumentos que justifican tal situación:

“(…) frecuentemente las limitaciones administrativas establecidas en la zonificación acarrear alteraciones patrimoniales en detrimento de los propietarios, pero, como limitaciones legítimas que son y por dejar incólume el derecho mínimo, no conllevan derecho indemnizatorio, y tampoco son jurídicamente objetables. (...) Basta para ello pensar en la zonificación que altera el destino anterior de un área, pasándole de residencial a comercial, o al revés. El cambio puede traer como consecuencia desvalorización de los lotes no edificados o ya edificados. Ídem cuando se alteran, para menos, los coeficientes de edificación admitidos. Tampoco en razón de ello el derecho de propiedad se ve afectado. Conservando su uso, goce y disposición funcionales o aceptables, no existe ofensa al derecho, sino, solamente, el delineamiento de su ámbito, motivo por el cual no es debida cualquier indemnización, pese a que se haya producido efecto económico que devalúa la propiedad”<sup>885</sup> (traducción propia).

En la práctica, conforme ya habíamos señalado en anteriores apartados, los derechos de los propietarios urbanos, incluido el derecho de construir, se encuentran desvinculados de un sistema de cargas y deberes urbanísticos; creemos oportuno y proponemos la conexión del régimen jurídico de la propiedad urbana con su destino urbanístico, por medio de instrumentos jurídicos que proporcionen la igualdad de derechos entre propietarios urbanos, la recuperación de plusvalías, la equidistribución de beneficios y cargas urbanísticas, como por ejemplo, la introducción del necesario cumplimiento de cargas y deberes relativos a la dotación o ampliación de las

---

<sup>885</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Natureza Jurídica do Zoneamento”...*op. cit.*, p. 30. Originalmente: “(...) frequentemente as limitações administrativas estabelecidas no zoneamento acarretam alterações patrimoniais detrimeniosas para os proprietários, mas, por serem verdadeiramente limitações e deixarem incólumes o direito, não ensejam indenização, nem são juridicamente objetáveis. Basta pensar-se em zoneamento que altere a destinação anterior de uma área, passando-a de residencial para comercial ou vice-versa. A mudança em causa pode significar desvalorização dos lotes não edificados ou já edificados. Idem, quando se alteram, para menos, os coeficientes de edificação admitidos. Nem por isso o direito de propriedade é atingido. Conservado seu uso, gozo e disposição funcionais ou plausíveis, não há ofensa a direito, mas, tão só, delineamento de seu âmbito, motivo por que descabe qualquer indenização, embora seja produzido efeito econômico desvalorizador”.

infraestructuras urbanas como medida para la patrimonialización del derecho de construir<sup>886</sup>. En este sentido, la construcción jurídica que se ha desarrollado en España se presenta como una alternativa susceptible de análisis en orden a la organización de una propuesta de reestructuración del actual sistema urbanístico brasileño, que conforme se ha venido afirmando, se presenta incompleto principalmente con respecto al establecimiento del régimen jurídico-urbanístico de la propiedad urbana.

Conforme al ordenamiento urbanístico español, la simple previsión de aprovechamiento urbanístico por el plan no produce su incorporación inmediata en el patrimonio del propietario de suelo. En este país, la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se realiza con el cumplimiento efectivo de determinadas obligaciones previstas por la legislación urbanística de referencia.

De manera específica, en España el art. 7.2 de la Ley de Suelo de 2008 determina que la previsión de edificabilidad integrará el contenido del derecho de propiedad cuando se produzca la realización de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda a cada tipo de suelo.

En este marco, la clasificación urbanística del suelo y el tipo de actuación de transformación urbanística prevista para él por el planeamiento, determinará los deberes y cargas que se impongan al propietario, plasmados en el art. 9 de la Ley del Suelo. Este precepto legal distingue tres clases de deberes: los generales del propietario cualquiera que sea la situación o clase del terreno; los deberes y cargas específicos del propietario en suelo urbanizado y los deberes y cargas correspondientes en suelo rural, cuyos detalles fueron expuestos en anterior apartado del presente estudio<sup>887</sup>.

Dicha situación “conduce a no valorar expectativas derivadas de la ordenación por la asignación de edificabilidades y usos, que no hayan sido plenamente

---

<sup>886</sup> A modo de ilustración indicar que el diseño del estatuto jurídico de la propiedad del suelo en España se establece en torno al principio de la equitativa distribución de beneficios y cargas, cuyo objetivo es impedir la desigual distribución de los beneficios y cargas del planeamiento garantizando la atribución a los propietarios de facultades y deberes con un contenido esencial equivalente. Eso significa que cada uno de los propietarios de suelo tiene derecho a que la relación entre los beneficios obtenibles tras la ejecución del planeamiento y las cargas que haya debido soportar sean proporcionadas con los mismos derechos y obligaciones correspondientes a otros propietarios también afectados por la actuación urbanística. Para cumplir con tal principio, en dicho país se ha instituido un sistema de reparto equilibrado en base a distintas clases de aprovechamiento urbanístico, también se emplea la técnica de la reparcelación en orden a la consecución del reparto equitativo de cargas y beneficios urbanísticos.

<sup>887</sup> Los deberes y las cargas urbanísticas referentes a las situaciones de suelo previstas por la Ley de Suelo de 2008 se recogen en los art. 16 que disciplina los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias.

realizados”<sup>888</sup>, quedando evidente la preocupación del legislador español en controlar aspectos cuyos reflejos se hacen notar en la conformación del valor del suelo.

Se puede apreciar en tal ordenamiento jurídico un nivel de detalle muy desarrollado en la determinación de las facultades, deberes y cargas que le corresponden a cada propietario de suelo conforme a la fase de desarrollo urbano en que esté ubicado su terreno, con el fin último de garantizar la distribución equitativa de los beneficios de las cargas que conllevan el proceso urbano.

En Brasil la determinación de cargas y deberes como requisito para la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico se impone, aunque de manera bastante criticable conforme ya se ha señalado, solamente en el ámbito de las nuevas parcelaciones de suelo, que conllevan la urbanización de parcelas ubicadas en zona urbana o de expansión urbana de acuerdo con las previsiones del Plan Director o de la ley municipal de zonificación del suelo urbano. Los deberes genéricos que se imputan a cualquier nueva parcelación son: costear las obras de urbanización y transferir para el dominio público municipal las áreas destinadas al sistema viario, equipamiento urbano, equipamiento comunitario y espacios libres.

Se hace necesario llamar la atención hacia el hecho de que la legislación federal prevé la imposición de un comportamiento mínimo a todos los propietarios de suelo o promotores urbanísticos de Brasil solamente en los casos de nueva parcelación, y de manera subsidiaria a lo previsto en las legislaciones municipales, que se encargan de adaptar las directrices generales dispuestas en la Ley general federal de parcelación a las particularidades del correspondiente municipio.

De manera específica con respecto al tema que en este apartado se plantea, entendemos que el sistema urbanístico español puede aportar al brasileño justamente la noción de patrimonialización del aprovechamiento urbanístico por medio del necesario cumplimiento de los deberes y cargas urbanísticos previstos para el desarrollo urbanístico que se pretenda realizar, así como la organización de un régimen urbanístico que determine los derechos y deberes que conformarán el

---

<sup>888</sup> ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz. *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 342. Así se recoge en el art. 7 apartado 2 de la actual Ley de Suelo española: “La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

derecho de propiedad en razón de mecanismos urbanísticos capaces de promover la igualdad de derechos, como por ejemplo el sistema de clasificación de suelos<sup>889</sup>.

Así lo entendemos en razón de que estos conceptos están presentes en el ordenamiento jurídico brasileño y son objeto de debates científicos doctrinarios, conforme ha quedado recogido en los anteriores apartados; lo que falta es preocuparse del efectivo desarrollo legislativo de estos instrumentos, de manera integral y sistemática, bajar al detalle y salir del ámbito de los principios y directrices para avanzar hacia la concreción de instrumentos específicos que les conecten con la propiedad urbana. Creemos recomendable la organización de la operatividad del régimen jurídico de la propiedad privada urbana como medida de efectivo cumplimiento de la función social de la propiedad y de igualdad de los propietarios de suelo urbano ante la ley.

#### **IV.2.4. La negociabilidad del aprovechamiento urbanístico: los instrumentos jurídicos previstos en el Estatuto de la Ciudad**

En el ordenamiento jurídico brasileño se han positivado instrumentos urbanísticos orientados a la concreción de negocios jurídicos teniendo por objeto el aprovechamiento urbanístico<sup>890</sup>. La conceptualización de instrumentos con estos fines

---

<sup>889</sup> En el marco del ordenamiento jurídico español, la situación del suelo (o su clasificación) es consustancial a la atribución del aprovechamiento a los propietarios de suelo, de tal forma que las determinaciones del planeamiento que establecen las posibilidades edificatorias de un determinado terreno comportan que dichas 'determinaciones de futuro' se van a constituir en la referencia del contenido del derecho de propiedad. Conforme a ANGOSTO SAÉNZ la acción de planear consiste en, partiendo de la situación presente, trazar líneas de actuación en el futuro para la consecución de unos objetivos o fines, sirviendo el plan urbanístico para concretar minuciosamente el contenido del derecho de propiedad de cada uno de los propietarios de suelo enclavado en el territorio urbano. ANGOSTO SAÉNZ, José Fulgencio. *El ius aedificandi...op. cit.*, pp. 140 y 141.

<sup>890</sup> En España las posibles transferencias de derecho de aprovechamiento se realizan estrictamente en el marco del reparto equitativo de cargas y beneficios derivados de las actuaciones urbanísticas. Diferentemente de lo que ocurre en Brasil, en este país no se han previsto en la legislación instrumentos con el específico objeto de proporcionar la adquisición de aprovechamiento urbanístico o su venta. Sino que se ha desarrollado una técnica por la cual se prevén distintas clases de aprovechamiento cuya función es organizar el reparto de los beneficios de la manera más igualitaria posible, así se han previsto básicamente: el aprovechamiento objetivo o de referencia; el aprovechamiento tipo o medio; el aprovechamiento subjetivo o lucrativo; y el aprovechamiento excedente. Para profundizar en estos conceptos véase GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. "Aprovechamientos urbanísticos". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos del Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 662-666; véase también MEDINA DE LEMUS, Manuel y CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Registrales, pp. 293 y ss. Además de eso, se han previsto coeficientes de homogeneización cuya función es considerar el distinto valor económico que tiene cada uso previsto por el plan de manera ponderada, convirtiendo el aprovechamiento genérico en edificabilidad de cada uno de los usos. En este sentido consultar LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente. *El aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 38 y ss. El mecanismo de transferencias de aprovechamiento urbanístico se organiza en estricta relación con las clases de aprovechamiento y su aplicación es bastante restringida, conllevando casuística específica. Ejemplo práctico de la operatividad del mecanismo de transferencias se encuentra recogido en MUSTAFÁ TOMÁS, Yásser-Harbi. "Régimen

se venía conformando desde las primeras ideas acerca del instrumento 'suelo creado' desarrollado teóricamente por la doctrina urbanística durante la década de los 70, conforme ya se ha tenido oportunidad de señalar en apartados anteriores.

La instrumentalización jurídica de los conceptos involucrados en la idea de 'suelo creado' se ha realizado en el Estatuto de la Ciudad, que en su art. 4, entre los instrumentos jurídicos y políticos puestos a disposición de los poderes públicos municipales en el ámbito de la ejecución de la política urbana plasmada en los Planes Directores, indica el "otorgamiento oneroso del derecho de construir y de la alteración de uso", previstos en los arts. 28, 29 y 30; y la 'transferencia del derecho de construir', regulada en el art. 35.

Al indicar dichos instrumentos como mecanismos para la concreción de la política urbana, se puede entender que el legislador del Estatuto de la Ciudad respaldó la constitucionalidad de las nociones que conforman el instrumento 'suelo creado', confiriéndoles la condición de elementos integrantes de la política de desarrollo urbano y por lo tanto, en razón del art. 182 de la Constitución Federal, mecanismos de concretización de la función social de la propiedad<sup>891</sup>.

Creemos que es importante traer a colación la oportuna reflexión desarrollada por MARQUES NETO, en el sentido de que los instrumentos 'otorgamiento oneroso del derecho de construir' y 'transferencia de derecho de construir' en realidad se incluyen en el Estatuto de la Ciudad como efecto de las previsiones del art. 28, en el cual se determina que el Plan Director podrá fijar áreas en las cuales el derecho de construir podrá ser ejercido por encima del coeficiente de aprovechamiento básico adoptado, mediante contrapartida, precepto cuyo contenido viene a conformar la noción de 'suelo creado' desarrollada en la doctrina urbanística. La cuestión radica en que tal precepto se ha incluido en la Sección IX que trata del instrumento 'otorgamiento oneroso del derecho de construir', por lo cual su título abarca menos materias de las efectivamente disciplinadas en él<sup>892</sup>.

---

de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial el régimen de la Comunidad Calenciana". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 43, núm. 252, 2009, p. 65-98.

<sup>891</sup> En este sentido se ha manifestado MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 237.

<sup>892</sup> Ídem.

#### IV.2.4.1. Otorgamiento oneroso del derecho de construir

Existen muchas situaciones en las que la densificación de determinada área urbana es recomendable, no conllevando la necesaria realización del reforzamiento o adaptación de la infraestructura urbana que atiende dicha zona. En estos casos específicos, la densificación puede encontrar justificación en diferentes causas, como por ejemplo, la posible ampliación de la oferta inmobiliaria en este entorno, evitar la expansión urbana horizontal de la ciudad, etc.

En atención a esta realidad, las Administraciones municipales brasileñas venían promoviendo la ampliación de los índices urbanísticos de determinadas zonas por medio de la simple alteraciones de las leyes de zonificación, sin la debida captación de la plusvalía que tales alteraciones conllevaba para los propietarios de los inmuebles afectados. Con el objetivo de evitar tal situación, se han puesto en marcha algunas iniciativas orientadas a la adquisición de derecho de construir por encima de los índices previstos en las leyes de zonificación. Tales iniciativas, y la cuestión que traen en su trasfondo, han sido objeto de regulación normativa en el Estatuto de la Ciudad, por medio del instituto del otorgamiento oneroso del derecho de construir<sup>893</sup>.

En la actualidad, se recoge en el propio Estatuto de la Ciudad que el posible aumento de densidad deberá considerar, desde el punto de vista técnico, la capacidad de carga de la infraestructura existente en la zona y la existencia de un margen para el pleno aprovechamiento de las infraestructuras implementadas que sostenga la ampliación de índices urbanísticos<sup>894</sup>.

El otorgamiento oneroso del derecho de construir o suelo creado puede ser definido como una concesión pública dada al particular para que éste construya por encima del coeficiente de aprovechamiento básico, siendo éste entendido como un índice urbanístico que representa la relación entre el área construida y el área del terreno, si el coeficiente de aprovechamiento es 1, eso significa que el área construida será igual al área de la parcela, o sea:

---

<sup>893</sup> Para profundizar en el análisis urbanístico de la aplicación del instituto en municipios brasileños véase REZENDE, Vera; FURTADO, Fernanda; OLIVEIRA, Maria Teresa y YORGENSEN JUNIOR, Pedro. "Outorga Onerosa do Direito de Construir e o Solo Criado – Uma necessária avaliação das matrizes conceituais". *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*. Vol. 11, núm. 2, noviembre 2009, pp. 55-63.

<sup>894</sup> Queda determinado en el Estatuto de la Ciudad que: Art. 2. La política urbana tiene por objetivo ordenar el pleno desarrollo de las función sociales de la ciudad y de la propiedad urbana, mediante las siguientes directrices (...) VI – ordenación y control del uso del suelo, de forma a evitar (...) c) la parcelación del suelo, edificación o uso excesivos o inadecuados con relación a la infraestructura urbana; d) la instalación de emprendimientos o actividades que puedan funcionar como polos generados de tráfico, sin la previsión de la infraestructura correspondiente".

“ (...) la posibilidad de construir por encima del coeficiente básico se denomina ‘suelo creado’ que el gobierno vende a los interesados. Para que esa venta ocurra se establecen reservas de área adicional (cantidades totales de metros cuadrados para vender) diferenciados, por zonas de la ciudad y por usos, de acuerdo con la intención de ocupación reflejada en la política urbana (grandes reservas para zonas donde se pretende intensificar el uso y la ocupación y reservas reducidas en zonas donde la intención es la inversa). Los recursos originados de la venta de “suelo creado” pueden formar un fondo específico de urbanización sin vínculo con los recursos presupuestarios, con gestión paritaria entre el poder público y sociedad civil, para viabilizar proyectos estratégicos concertados. Pueden también alimentar un fondo para acciones de recuperación ambiental.”<sup>895</sup>.

Conforme a lo establecido en el Estatuto de la Ciudad, para la implementación del instituto del otorgamiento oneroso del derecho de construir o suelo creado por parte de los municipios, es imprescindible que éstos procedan a elaborar y aprobar su correspondiente Plan Director municipal<sup>896</sup>, en el cual se encuentren regulados los siguientes aspectos:

1. La definición del coeficiente de aprovechamiento básico, que podrá ser único o diferenciado para áreas específicas del perímetro urbano (art. 28.2);
2. El establecimiento de las áreas de la ciudad en las cuales se admitirá la edificación por encima del respectivo coeficiente básico (art. 28) y el establecimiento de las áreas en que no se podrá adquirir edificabilidad por encima de la prevista por el planeamiento;
3. Definición de los límites máximos que podrán alcanzar los coeficientes de aprovechamiento urbanístico, considerando la proporcionalidad entre infraestructura urbana existente y el aumento de densidad previsto para cada área (art. 28.3); y
4. Definición de las áreas en las cuales será admitida el otorgamiento de derecho de alteración del uso de suelo (art. 29)<sup>897</sup>.

---

<sup>895</sup> LUNGO, Mario; ROLNIK, Raquel. *Gestión estratégica de la tierra urbana*. San Salvador: PRISMA-Programa Salvadoreño de Investigación y Desarrollo y Medio Ambiente, 1998, p. 17. Disponible en [www.prima.org.sv](http://www.prima.org.sv) (última consulta septiembre 2014).

<sup>896</sup> La exigencia de elaboración y aprobación de Plan Director como requisito para que los municipios brasileños puedan utilizar el instrumento del otorgamiento oneroso del derecho de construir surge como una tentativa de fomentar la implementación de los Planos Directores como herramienta básica de planeamiento municipal. Aun existiendo determinación constitucional desde el año 1988 que torna obligatoria la elaboración de Planes Directores en ciudades con más de 20.000 habitantes, la realidad que se impone es muy distinta. Conforme estudio publicado en el año 2001 por el Instituto brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), solamente 18% de los municipios brasileños poseen Plan Director elaborado y en vigencia, siendo que de los 5.561 municipios brasileños, el 27% posee un población superior a 20.000 habitantes. DORNELAS, Henrique Lopes. “Abordagem do instituto jurídico da outorga onerosa do direito de construir”. En PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 152.

<sup>897</sup> BRASIL. Lei 10.257 de julho de 2001, regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial da União* de 11 de julio de 2001, p. 1. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm) (última consulta septiembre de 2015).

Es necesario llamar la atención hacia lo dispuesto en el art. 29 de la referida ley, en el cual se faculta a los propietarios de suelo solicitar a la Administración local que cambie el uso establecido para su propiedad en el Plan Director, siempre y cuando en éste se contemple expresamente para el área donde esté ubicada la propiedad del solicitante dicha posibilidad y mediante el cumplimiento de una contrapartida. Conforme a esto, un propietario puede, por ejemplo, solicitar que se cambie el uso establecido para su propiedad de residencial a comercial (o cualquier otro que tenga previsión dentro del planeamiento urbanístico), mediante el pago de una contrapartida, pecuniaria o no, definición ésta que queda totalmente a cargo de la correspondiente municipalidad.

Desde nuestro punto de vista, la posibilidad de cambio de uso en cuanto instrumento urbanístico, no nos parece perjudicial para el desarrollo de los barrios, ya que ofrece a los propietarios la oportunidad de colaborar en la transformación de sus perfiles o vocaciones económicas conforme a los intereses de la colectividad. Entendemos que éste es un instrumento cuya implementación, alejada de intereses particulares predatorios, puede llegar a producir cambios significativos en áreas estancadas o necesitadas de regeneración económica, social o cultural.

El Estatuto de la Ciudad también determina, en su art. 30, la necesaria elaboración de una ley municipal específica que establezca las condiciones para el otorgamiento del derecho de construir y de alteración del uso del suelo urbano, que deberá determinar los siguientes aspectos: la fórmula de cálculo para su cobro, los casos posibles de exención de cobro y la contrapartida que deberá ser exigida a los beneficiados por su aplicación.

En aquellos municipios donde se ha optado por la implementación del instrumento, parece ser tendencia la consideración de dos hipótesis de exención del pago de contrapartida para el otorgamiento de derecho de construir: a) hipótesis objetiva: existencia de interés de la municipalidad en estimular la densificación de un área, con el objetivo de promover un mejor aprovechamiento de las infraestructuras urbanas ahí implantadas; b) hipótesis subjetiva: verificación de un carácter benéfico por parte del propietario o la existencia de una finalidad social en la edificación que resultará del aumento de edificabilidad<sup>898</sup>. No obstante, cabe señalar que cada municipio, al instituir por medio de ley específica el instrumento 'otorgamiento del

---

<sup>898</sup> Así lo ha identificado DORNELAS, Henrique Lopes. "Abordagem do instituto jurídico da outorga onerosa do direito de construir". En PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, pp. 157 y 158.

derecho de construir”, deberá determinar, conforme a sus criterios e intereses, las hipótesis de exención. Así queda recogido en el art. 30 apartado 2 del Estatuto de la Ciudad<sup>899</sup>.

Bajo la hipótesis objetiva, los municipios suelen encuadrar la intención de estimular la producción de edificaciones de determinado uso, en áreas específicas, como por ejemplo, la edificación de viviendas de interés social, la instalación de equipamientos culturales o de sanidad, en áreas donde exista real necesidad de estos usos o equipamientos.

En este sentido ha dispuesto el Ayuntamiento de la ciudad de Río de Janeiro, en el ámbito de la Ley Complementaria 111/2011, de 1 de febrero, que dispone sobre la política urbana y ambiental e instituye el Plan Director de desarrollo urbano sostenible del municipio. De manera específica se recoge en el art. 81 que:

“La reglamentación definirá las formas de aplicación del cálculo para la determinación del valor de la contrapartida del otorgamiento oneroso del derecho de construir, pudiendo instituir, conforme el caso, factores de reducción basados en criterios de planificación, de estímulos al desarrollo y de interés social.

Párrafo 1. La ley podrá conceder exenciones parciales o totales, en los siguientes casos:

1. Edificación residencial de interés social; 2. Edificación en área contigua a Área de Especial Interés Social; 3. Edificación para fines culturales; 4. Equipamiento público; 5. Edificación en áreas degradadas o infrautilizadas en las Macrozonas de Ocupación Incentivada y Asistida; 6. Edificaciones en terrenos remanentes de la implantación de Proyectos de Alineamiento en los ejes viarios de las Macro zonas de Ocupación Incentivada y Condicionada, incluidos en el Anexo IV de ésta ley complementaria”<sup>900</sup> (traducción propia).

La segunda hipótesis de exención suele ser empleada por los municipios para fomentar la implementación por particulares o por el sector privado de edificios que

---

<sup>899</sup> Tenor literal de art. 30 apartado II de Estatuto de la Ciudad: “Ley Municipal específica establecerá las condiciones a ser observadas para el otorgamiento oneroso del derecho de construir y de alteración del uso; determinando: (...) 2. Los casos pasibles de exención del pago de otorgamiento (...)”.

<sup>900</sup> BRASIL. Lei municipal 111 de 1 de fevereiro de 2011 da cidade do Rio de Janeiro. Dispõe sobre a Política Urbana e Ambiental do Município, institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponible en <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/a99e317a9cfec383032568620071f5d2/cdd6a33fa14df524832578300076df48?OpenDocument> (última consulta febrero de 2015). Originalmente: “A regulamentação definirá as formas de aplicação e de cálculo para determinação do valor da contrapartida da outorga onerosa do direito de construir, podendo instituir, conforme o caso, fatores de redução baseados em critérios de planejamento, de estímulo ao desenvolvimento e de interesse social. Parágrafo 1. A Lei poderá conceder isenções parciais ou totais, nos seguintes casos: I - edificação residencial de interesse social; II - edificação em área contígua à Área de Especial Interesse Social; III - edificação para fins culturais; IV - equipamento público; V - edificações em áreas degradadas ou subutilizadas nas Macrozonas de Ocupação Incentivada e Assistida; VI - edificações em terrenos remanescentes da implantação de Projetos de Alinhamento - PA nos eixos viários das Macrozonas de Ocupação Incentivada e Condicionada, incluídos no Anexo IV desta Lei Complementar”.

albergarán en sus instalaciones actividades filantrópicas (centro de acogida de menores, casa de convivencia para personas mayores, centros culturales, etc.). El mismo criterio se utiliza en el caso de equipamientos comunitarios como guarderías, hospitales, colegios públicos, etc. A modo de ejemplo de la utilización de este criterio, tenemos lo dispuesto en el apartado 3 del art. 190 del antiguo Plan Director Urbano de la ciudad de Belém – Ley 7.603/1994, de 13 de enero –, cuyos preceptos referentes al otorgamiento oneroso del derecho de construir, a falta de elaboración de ley municipal específica de desarrollo de lo previsto sobre la materia en el nuevo Plan Director – Ley 8.655/2008, de 30 de junio –, siguen vigentes, por el cual se determina que “en la producción de viviendas populares localizadas en las Zonas Especiales de Interés Social no se impondrá contrapartida para el otorgamiento oneroso del derecho de construir”<sup>901</sup>.

Sobre el establecimiento de la fórmula de cálculo del valor correspondiente a la edificabilidad adicional, los municipios poseen total libertad para ello, pudiendo también establecer formas de pago no pecuniarias a los beneficiarios del otorgamiento del derecho de construir, como ejemplo, la donación de áreas en otras regiones de la ciudad o el compromiso de que lleven a cabo en ellas determinadas inversiones consideradas necesarias<sup>902</sup>.

Con respecto a la fijación del valor de la edificabilidad adicional, en general, se viene aplicando su correspondencia con el valor de mercado del metro cuadrado construido en la región donde se sitúa la parcela que lo recibirá. Nótese que tal criterio no considera en su formulación los costes que las municipalidades deberán soportar como consecuencia del aumento de densidad poblacional (infraestructuras, servicios, etc.) y tampoco lleva en consideración el incremento del valor específico de la parcela derivado del interés específico de la municipalidad en densificar el ámbito en cuestión<sup>903</sup>. No obstante estas consideraciones de orden práctica, la doctrina brasileña

---

<sup>901</sup> BRASIL. Lei municipal 7.603 de 13 de janeiro de 1994 da cidade de Belém. Plano Diretor Urbano de Belém. Disponible en [http://www.belem.pa.gov.br/segep/download/leis/pdu\\_belem.pdf](http://www.belem.pa.gov.br/segep/download/leis/pdu_belem.pdf) (última consulta en febrero de 2015). En el art. 190 apartado 3, originalmente dispone que: “Quando a utilização do solo criado, a expedição de licença para construir estará subordinada ao pagamento de outorga onerosa, que deverá ocorrer no prazo máximo de 5 meses da aprovação do projeto arquitetônico, com a correspondente atualização monetária dos valores devidos. Parágrafo 3. Na produção de habitação popular localizada em zonas especiais de interesse social não haverá pagamento de outorga onerosa”.

<sup>902</sup> APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística...op. cit.*, p. 113.

<sup>903</sup> Sobre el interés de la municipalidad en aumentar la densidad de población en determinado ámbito por medio de la concesión de potenciales adicionales de aprovechamiento urbanístico, MOREIRA, AZEVEDO NETTO y AMBROSIS indican que la posible creación de suelo tiene origen siempre en una voluntad pública, formada a partir de la comprensión de una necesidad que emerge de la propia dinámica de la ciudad. Si es correcto que el poder público debe prevenirse de la instalación de equipamientos adecuados, en cantidad y en calidad suficientes para atender ésta población. El ‘suelo creado’ posibilita esa realización en la medida en que se ofrece al particular oportunidad de beneficio efectivo, fundado en

es tajante al afirmar que el otorgamiento oneroso constituye una “potente” herramienta de recuperación de plusvalías derivadas de la actividad pública urbanística”<sup>904</sup>.

Además de eso, la doctrina también suele indicar entre las ventajas derivadas de la aplicación de este instrumento el control de la especulación inmobiliaria, la disminución del valor del suelo urbano, el abaratamiento del precio de las viviendas, el aumento de la recaudación de los municipios y consecuentemente, el aumento de las inversiones municipales en áreas degradadas y en la construcción de viviendas sociales<sup>905</sup>.

Dicho posicionamiento parece encontrar respaldo en el hecho de que los recursos recaudados con la implementación del otorgamiento oneroso del derecho de construir y de la alteración de uso, según determina el art. 31 del Estatuto de la Ciudad, deberán ser aplicados en: la regularización de suelos ocupados irregularmente o de manera clandestina; en la ejecución de programas y proyectos habitacionales de interés social; en la conformación del patrimonio público de suelos; en el ordenamiento y direccionamiento de la expansión urbana; implementación de equipamientos públicos y comunitarios; la creación de espacios públicos de ocio y áreas verdes; creación de unidades de conservación y protección de otras áreas de interés ambiental y protección de intereses históricos, culturales o paisajísticos. Pese a lo dispuesto en este precepto, la ley federal no ha previsto mecanismos de control que vinculen la aplicación de los recursos obtenidos con la implementación del referido instrumento por los municipios en los ámbitos determinados en ella.

El efectivo destino de los valores recaudados está totalmente bajo el control de los municipios, que pueden emplearlos conforme a sus criterios e intereses<sup>906</sup>. No

---

la construcción de suelo habitable, pero que, en contrapartida, él mismo, el particular, debe ofrecer los medios para la edificación de equipamientos públicos necesarios. Es curioso verificar, afirman los autores, que en la implantación de parcelaciones urbanas la ley ya ha absorbido tal realidad al exigir del 'lotificador' áreas públicas para la instalación de equipamientos comunitarios o institucionales. Máxime, cuando se trata de construir, hecho que afecta intensamente la densificación poblacional. La ley no exige del constructor que, al realizar su intento, nada transfiera a la ciudad”. MOREIRA, Mariana; AMBROSIS, Clementina De; y AZEVEDO NETTO, Domingos Theodoro de. “Política Urbana, Plano Diretor, Instrumentos Urbanísticos”. En MOREIRA, Mariana (coord.). *O Estatuto da Cidade...* op. cit., p. 471.

<sup>904</sup> CARDOSO, Adauto y RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. “O solo criado como instrumento de reforma urbana: uma avaliação do seu impacto na dinâmica urbana”. *Ensaio FEE*. Vol. 13, núm. 1, abril/1992, pp. 370-381

<sup>905</sup> *Ibidem*, pp. 379 y 380.

<sup>906</sup> Sobre ésta cuestión, en estudio analítico comparativo realizado en 2007 sobre la implementación del instrumento 'otorgamiento de derecho de construir' en doce municipios de Brasil, se ha llegado a conclusión que, una rápida comparación entre estas ciudades apunta a la gran diversidad de aplicación de dicho instrumento, que engloba la experiencia que parte de casos en los que no se atribuye cualquier objetivo urbanístico al instrumento y tampoco a los valores recaudados por medio de su aplicación, pasando por casos en los que se ha atribuido al instrumento fuerte carácter urbanístico, redistributivo, de reordenación de la densificación urbana. REZENDE, Vera; FURTADO, Fernanda; OLIVEIRA, Maria

obstante eso, nos parece de interés traer a colación la fórmula empleada por el municipio de São Paulo en orden al cumplimiento de dicha previsión: En esta ciudad los valores recaudados con la comercialización de otorgamientos onerosos del derecho de construir quedan vinculados al Fondo de Desarrollo Urbano (FUNDURB)<sup>907</sup>, y solamente pueden ser utilizados en programas y proyectos orientados a fines relacionados con la producción de viviendas populares, la promoción de la urbanización, implantación de infraestructuras y áreas verdes, en el ámbito del transporte público colectivo y en la preservación del patrimonio histórico<sup>908</sup>. Este fondo es más un instrumento cuya finalidad es mejorar la calidad de vida en áreas degradadas o carentes de la ciudad.

El FUNDURB está administrado por un consejo gestor, compuesto por representantes indicados por el Poder Ejecutivo local, quedando en él garantizada la representatividad de la sociedad. El Consejo Municipal de Política Urbana ostenta como una de sus competencias, debatir las directrices y acompañar la aplicación de los recursos del FUNDURB, o sea, es el responsable de la realización del acompañamiento general de éstas aplicaciones, en cuanto el Consejo Gestor es el responsable de su acompañamiento detallado.

No obstante lo expuesto, es importante llevar en consideración que la realidad del municipio de São Paulo es muy distinta de la que se desarrolla en la gran mayoría de los municipios brasileños. La ciudad de São Paulo vive la realidad de una mega

---

Teresa y YORGENSEN JUNIOR, Pedro. "Outorga onerosa do direito de construir: Panorama e avaliação de experiências municipais". *Anais Encontros Nacionais ANPUR*. Vol. 12, mayo de 2007, p. 4. Disponible <http://unuhostedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/2373/2346> (última consulta marzo 2015).

<sup>907</sup> Así queda determinado en el Plan Director Estratégico de São Paulo, de manera específica en el art. 115, por el cual se dispone que "El Ayuntamiento podrá otorgar onerosamente el derecho de construir correspondiente al potencial constructivo adicional mediante contrapartida económica a ser prestada por los beneficiarios, en los términos de los art. 28 a 31 y siguientes del Estatuto de la Ciudad, y de acuerdo con los criterios y procedimientos establecidos en esta ley. Párrafo Único. Los recursos recaudados con las contrapartidas oriundas del otorgamiento de potencial constructivo adicional se destinarán al Fondo Municipal de Desarrollo Urbano – FUNDURB". BRASIL. Lei municipal 16.050, de 31 de julho de 2014 da cidade de São Paulo, estabelece o Plano Diretor Estratégico de São Paulo. Disponible en <http://gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/texto-da-lei-2/> (última consulta agosto de 2015).

<sup>908</sup> El art. 339 del Plan Director Estratégico de São Paulo determina que los recursos del Fondo de Desarrollo Urbano serán aplicados en las siguientes prioridades: 1. Ejecución de programas y proyectos habitacionales de interés social, incluyendo la regularización de tierras y la adquisición de inmuebles para la constitución de reserva de suelos y del parque de viviendas público de alquiler social; 2. Sistema de transporte colectivo, sistema de carril bici y sistema de circulación de peatones; 3. Ordenación y direccionamiento de la estructura urbana, incluyendo infraestructura, drenaje, saneamiento, inversiones destinadas a la implantación de parques lineales, la realización de mejoras en vías estructurales o de transporte colectivo de pasajeros y la recalificación de ejes o polos de centralidad; 4. Implantación de equipamientos urbanos y comunitarios, espacios públicos de ocio y áreas verdes; 5. Protección, recuperación y valorización de bienes y áreas de valor histórico, cultural o paisajístico, incluyendo la financiación de obras en inmuebles públicos clasificados como ZEPEC; 6. Creación de unidades de conservación o protección de otras áreas de interés ambiental.

metrópoli, donde la disponibilidad de medios técnicos, tanto personales como tecnológicos, es posible y factible por parte de la Administración municipal, situación que termina por influir directamente en el eficiente manejo y gestión de fondos especialmente organizados para el cumplimiento de encargos administrativos complejos, como aquellos determinados en el ámbito del Estatuto de la Ciudad.

La real aplicación del instrumento por algunos municipios brasileños viene poniendo de relieve una gran cantidad de actitudes anti-sociales por parte de los agentes involucrados en la concesión del incremento de aprovechamiento urbanístico y de los propios beneficiarios de la concesión. Como bien asevera MARICATO, se ha puesto en marcha, y de manera exitosa en Brasil, toda una estrategia elaborada justamente para presentar la realidad diferentemente de lo que verdaderamente es.

Según dicha autora, la fuga en relación con la realidad concreta, que en Brasil viene marcada por una impresionante segregación socio-espacial que se verifica en la existencia de ciudades verdaderamente divididas en “la ciudad legal, aquella que existe en los planes urbanísticos” y la “ciudad ilegal o clandestina, la que ocupa más del 50% del espacio urbano”, ha generado una producción intelectual abstracta y alienada incluso por muchos de aquellos que supuestamente han realizado una lectura crítica del capital inmobiliario y las ganancias inmobiliarias<sup>909</sup>.

La autora sigue explicando que la literatura extranjera sobre instrumentos reguladores del desarrollo urbano, sirvió de inspiración para una abundante producción intelectual y lo que es más grave, fue incorporada sin el análisis y las ponderaciones necesarias directamente en el planeamiento oficial de muchos municipios<sup>910</sup>. La idealización de la relación ciudad y sociedad y también de la relación Estado y sociedad es la responsable, en la opinión de MARICATO, de la enorme cantidad de Planes Directores inocuos (pero de evidente papel ideológico) y un gran

---

<sup>909</sup> MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia...op. cit.*, pp. 9 y ss.

<sup>910</sup> Ejemplo contrario de la situación que se viene desarrollando en la legislación urbanística brasileña puede ser identificado en el modelo español, donde las posibles transferencias de aprovechamiento urbanístico se realizan solamente en casos puntuales en los cuales los requisitos necesarios deben obligatoriamente verificarse, y teniendo como eje operativo el principio de la justa distribución de cargas y beneficios derivados de planeamiento, que sirve de amparo jurídico para el desarrollo de otras técnicas urbanísticas orientadas a este objetivo, como por ejemplo, la reparcelación y la cesión de terrenos a los ayuntamientos como medida de recuperación de plusvalías para la comunidad. Hay una interconexión entre todas estas técnicas con el planeamiento urbanístico, que son de igual aplicación en todo el territorio urbano, no quedándose su operatividad adscrita a determinadas áreas del termino municipal, igual que en Brasil. El estado de la cuestión en España nos sirve para reforzar la importancia del desarrollo operativo de instrumentos urbanísticos específicos dispuestos con la finalidad de garantizar el reparto equitativo de las cargas y beneficios derivados del planeamiento, conforme ya se ha llamado la atención en anteriores apartados, en este caso, principalmente con relación a la instrumentalización de técnica similar al reparcelación en el marco urbanístico brasileño.

arsenal regulatorio de aplicación solamente para el mercado inmobiliario formal o en la ciudad legal, entre los cuales se puede indicar justamente el suelo creado/otorgamiento oneroso del derecho de construir<sup>911</sup>.

La doctrina jurídica brasileña en el caso específico del “suelo creado” ha contribuido a la conformación de una realidad fantasiosa al “vender” el instrumento ‘otorgamiento de derecho de construir’ como capaz de curar todos los males de las ciudades brasileñas cuando en realidad, el instrumento se estaba implantando para atender a los intereses del sector inmobiliario interesado en aumentar la densidad edificatoria en las zonas de la ciudad más demandadas, sea por su localización, conexión con servicios y/o concentración de infraestructuras y equipamiento urbanos – las islas de primer mundo, como suele identificarlas MARICATO –, todo ello con el apoyo y connivencia de las Administraciones locales, donde es práctica común la desviación de recursos originarios de un área para otra y las constantes y no justificadas, desde el punto de vista técnico-urbanístico, modificaciones en las leyes de zonificación, propiciando arbitrariedades y la práctica de la corrupción<sup>912</sup>.

Profundizando en la cuestión de la implementación del ‘otorgamiento oneroso del derecho de construir’ como instrumento de política urbana puesto a disposición de los municipios brasileños, SMOLKA afirma que existe en Brasil un formidable desfase entre el discurso político y la realización, que encuentra sus principales explicaciones en: a) El conocimiento imperfecto de la realidad, del objeto de la intervención, principalmente en lo relacionado a su articulación sistémica con otros aspectos de la sociedad. Los municipios brasileños no disponen, en su gran mayoría, de información y capacidad administrativa necesaria para definir el real valor de los terrenos y a partir de ello definir los incrementos en su valor (la plusvalía) y el propio valor que se deberá conferir al adicional de edificabilidad; b) La no adecuación del instrumento de intervención en razón de la realización de un diagnóstico imperfecto de la realidad (oportunidad coyuntural, tipología de ciudad, etc.); y c) La inestabilidad en las instituciones responsables de la política de viviendas y la propia falta de claridad con respecto al papel de las políticas urbanas. La volubilidad y la circulación de agencias acaban por contribuir a la discontinuidad y la incoherencia administrativa en el ámbito de las políticas públicas. En los municipios, la práctica político-administrativa también

---

<sup>911</sup> MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia...op. cit.*, pp. 3-5.

<sup>912</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia. “Solo criado: um instrumento controverso”. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Núm. 3, 2002, pp. 261-270.

es inconstante, debido a los arreglos políticos y los cambios en las secretarías y órganos ejecutivos para acomodar egos y compromisos puramente electorales<sup>913</sup>.

Ejemplo práctico de ésta situación puede ser observado en estudio elaborado por la Secretaría Municipal de Planeamiento Urbano de la Ciudad de São Paulo, en el cual se desarrollan los principales aspectos del Plan Director Estratégico del Municipio de São Paulo 2002-2012, donde se dispone que:

“El otorgamiento oneroso es un instrumento más restrictivo [que las operaciones urbanas] pero cuando fue utilizado en áreas o barrios de interés para el mercado inmobiliario, constituyó una buena fuente de recursos para el municipio. Tales recursos pueden ser ampliados en áreas más carentes de equipamientos urbanos, por medio del nuevo Fondo de Desarrollo Urbano (Fundurb), siendo, por tanto, un buen instrumento para la transferencias de recursos de los barrios que pagan, donde el mercado inmobiliario está naturalmente en ebullición, para aquellos de menor interés para los emprendedores del sector”<sup>914</sup> (traducción propia).

Nótese que el poder público en lugar de impedir la densificación, la estimula; donde debería disciplinar, promueve la clara desreglamentación del aprovechamiento urbanístico del suelo, en consideración de intereses eminentemente privados. Y esto en nombre de una supuesta política retributiva que retira recursos de áreas ‘nobles’ para aplicarlos en áreas ‘carentes’, en razón de que los recursos en la ciudad de São Paulo quedan vinculados, por medio del FUNDURB, a la promoción de la regularización de propiedades, habitación popular, etc. Por lo tanto, del destino original del instrumento urbanístico, que es la contención de la densificación edificatoria perjudicial, el coeficiente de aprovechamiento puede ser utilizado como mero instrumento de financiación de los municipios, desnaturalizando su valor como instrumento para la consecución de una ciudad sostenible<sup>915</sup>.

Pese a las virtudes conceptuales que se puedan vincular al instrumento del suelo creado u otorgamiento oneroso del derecho de construir, de acuerdo con su positivación en el Estatuto de la Ciudad, su utilización efectiva en los municipios

---

<sup>913</sup> SMOLKA, Martim. “Problematizando a intervenção urbana: falácias, desafios e constrangimentos”. *Cadernos do IPPUR/UFRJ*. Vol. 8, núm. 1, abril/1994, p. 32.

<sup>914</sup> SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO URBANO (SEMPULA). *Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (2002-2012)*. São Paulo: Senac, 2002, São Paulo: Senac São Paulo, 2002, p. 129. Originalmente: “A outorga onerosa é um instrumento mais restrito [que as operações urbanas], mas quando utilizada em áreas ou bairros de grande procura pelo mercado imobiliário constituiu boa fonte de recursos para o município. Tais recursos podem ser ampliados em áreas mais carentes de equipamentos urbanos, por meio do novo Fundo de Desenvolvimento Urbano (Fundurb), sendo, por tanto, um bom instrumento para a transferência de recursos de bairros pagantes, onde o mercado imobiliário é naturalmente aquecido, para aqueles de menor interesse para os empreendedores do setor”.

<sup>915</sup> CASTILHO, José Roberto F. *Disciplina urbanística...op. cit.*, pp. 244 y 245.

brasileños que lo han incluido en sus Planes Directores viene siendo polémica y dificultosa. Las dificultades, señalan SOUZA y MARASQUIN, se verifican desde el punto de vista jurídico, con relación a la cuestión patrimonial y a las posibles pérdidas cualitativas de la propiedad privada, así como dificultades económicas y operacionales. Estas últimas relacionadas a alteraciones en el valor de los terrenos, a las transferencias de costes adicionales para el valor final de los inmuebles, así como la regulación y aplicación conjunta del instrumento con los demás dispositivos urbanísticos del uso y la ocupación del suelo<sup>916</sup>.

Las autoras anteriormente referidas explican que es reconocido que las potencialidades que justifican la aplicación de tal instrumento – reducción del valor de los suelos, orientación del mercado inmobiliario y ampliación de los recursos económicos municipales –, no pueden ser exploradas simultáneamente. Por lo cual, la delimitación de los objetivos y consecuencias de la aplicación del suelo creado sobre la estructura urbana tendrá origen en el contexto socio-espacial y político en el cual se inserta. Siendo así, será el momento, el área predeterminada y también los antecedentes jurídicos que se relacionen con ella, los elementos que contribuirán, de forma significativa, al éxito de sus principales objetivos<sup>917</sup>.

#### **IV.2.4.2. Transferencia del derecho de construir**

La transferencia del derecho de construir es otro instrumento jurídico de política urbana recogido en el Estatuto de la Ciudad que incorpora algunos conceptos relacionados con la teoría del suelo creado con el objetivo de propiciar al propietario medios para que en determinados casos, pueda vender o ejercer en otra parcela el aprovechamiento urbanístico que le corresponda, conforme a lo dispuesto en el Plan Director o en la ley de zonificación del correspondiente municipio.

En este sentido, queda recogido en el art. 35 del Estatuto de la Ciudad que una ley municipal, basada en el Plan Director, podrá autorizar al propietario de un inmueble urbano, privado o público, ejercer en otra parcela, o alienar, mediante escritura pública, el derecho de construir previsto en el Plan Director o en legislación urbanística de él derivada, cuando el referido inmueble se considere necesario para fines de: a) Implantación de equipamientos urbanos y comunitarios; b) Preservación, cuando el inmueble se considere de interés histórico, ambiental, paisajístico, social o cultural; y

---

<sup>916</sup> SOUZA, Maria Regina Rau de y MARASQUIN, Marilú. "Solo criado – a experiência em Porto Alegre". En En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 332.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 333.

c) Servir a programa de regularización de suelos, urbanización de áreas ocupadas por población de baja renta y vivienda de interés social. Es la ley municipal específica que adopte la transferencia del derecho de construir como instrumento de política urbana la que establecerá las condiciones relativas a la aplicación de la transferencia del derecho de construir<sup>918</sup>.

En la definición de SAULE JUNIOR la transferencia del derecho de construir es un instrumento destinado a compensar a los propietarios de inmuebles considerados de interés para la preservación por su valor histórico, cultural, arqueológico, ambiental o destinado a la implantación de programas sociales. La transferencia del derecho de construir o del aprovechamiento urbanístico es un instrumento que puede ser aplicado por el poder público para compensar al propietario de un área donde, en razón de la ley de zonificación, la edificación no puede alcanzar el área construida determinada por el coeficiente de aprovechamiento<sup>919</sup>.

Los principales elementos y características conformadoras del instrumento 'transferencia del derecho de construir', con MONTEIRO y MONTEIRO, son: a) Donación o afectación de determinado inmueble urbano a una de las finalidades públicas previstas en los apartados 1 a 3 del art. 35 del Estatuto de la Ciudad; b) La vinculación del inmueble al atendimento de fines públicos enunciados deberá ser de proporciones a impedir, o al menos, parcialmente, su utilización funcional, o sea, la posibilidad de edificación según los índices de potencial constructivo previstos en el Plan Director; c) La autorización, remetida por ley municipal, al propietario que tuvo el ejercicio de su derecho de construir constreñido, o que tenga donado su inmueble, para ejercer en otro lugar el correspondiente derecho de construir previsto en el Plan Director, tiene efectos de reparación o compensación. Tal compensación podrá ser acreditada también por medio de la venta, mediante escritura pública, del derecho de construir; d) El Plan Director, debidamente aprobado por la Cámara Municipal, es condición para que el municipio pueda contemplar la transferencia del derecho de

---

<sup>918</sup> En este sentido, queda recogido en el art. 35 del Estatuto de la Ciudad: "Ley municipal, basada en el Plan Director, podrá autorizar al propietario de inmueble urbano, privado o público, a ejercer en otro local, o alienar, mediante escritura pública, el derecho de construir previsto en el Plan Director o en legislación urbanística de él derivada, cuando el referido inmueble se considere necesario para fines de: 1. Implantación de equipamientos urbanos y comunitarios; 2. Preservación, cuando el inmueble se considere de interés histórico, ambiental, paisajístico, social o cultural; 3. Servir a programa de regularización de suelos, urbanización de áreas ocupadas por población de baja renta y vivienda de interés social. Párrafo 1. La misma facultad podrá ser concedida al propietario que donara al poder público su inmueble, o parte de él, para fines previstos en los apartados 1 al 3 del caput. Párrafo 2º. La ley municipal referida en el caput establecerá las condiciones relativas a la aplicación de la transferencia del derecho de construir"

<sup>919</sup> SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 301.

construir en la ley local, ya que del plan se desprenden los parámetros conformadores de este instrumento urbanístico<sup>920</sup>.

La transferencia del derecho de construir podrá ocurrir en dos hipótesis: la primera, es la transferencia de una propiedad originaria para otra receptora en que se permita la materialización del aprovechamiento adicional, siendo ambas pertenecientes a un mismo propietario; y la segunda, es la venta por parte del propietario del terreno con el aprovechamiento que no podrá materializarse para otro propietario, en cuya parcela se permita la materialización del aprovechamiento adicional derivado de la parcela originaria.

Nótese que la transferencia del derecho de construir puede realizarse teniendo como objeto el aprovechamiento urbanístico originario de un bien inmueble de titularidad pública, ya que estos inmuebles también son susceptibles de sufrir restricciones edificatorias en razón de una afectación para la implantación de equipamiento urbano o comunitario; preservación histórica, ambiental, paisajística, social o cultural; o también servir a programas de regularización de suelos, urbanización de áreas ocupadas por población de baja renta y vivienda de interés social<sup>921</sup>.

La definición de las condiciones de transferencia, incluyendo las limitaciones de aplicación con respecto a los inmuebles receptores de aprovechamiento urbanístico, deberán constar en ley municipal específica. Así como ocurre con respecto al instituto del otorgamiento oneroso del derecho de construir, los municipios podrán adoptar condiciones y parámetros, además de fijar las áreas en que dicho instrumento podrá ser aplicado y las áreas de destino del aprovechamiento objeto de transferencia, conforme a su plena voluntad e intereses.

Con relación a las posibilidades urbanísticas de la transferencia del derecho de construir como instrumento orientado a la promoción de la preservación de áreas de vegetación natural en el entorno urbano o de edificios aislados de valor histórico, evalúa LUCHESE que las reglas para su utilización muy poco han colaborado para convertirlo en un efectivo elemento de incentivo a la preservación.

Tales características han llevado algunos especialistas a cuestionar su real potencial para la preservación. En un seminario realizado en la ciudad de São Paulo,

---

<sup>920</sup> MONTEIRO, Yara Darcy Police y MONTEIRO, Egle dos Santos. "Transferência do direito de construir". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade...op. cit.*, pp. 296 y 297.

<sup>921</sup> SANT'ANA, Ana María. *Plano Diretor Municipal*. São Paulo: Universitária de Direito, 2006, p. 218.

en relación con este instrumento, se llegó a la conclusión de que, en el marco del régimen de zonas de ordenación territorial, la transferencia presenta diversos problemas que impiden su consolidación como un instrumento efectivo de la política de preservación del patrimonio histórico/cultural, paisajístico y arquitectónico, o de paisajes naturales. Entre estos problemas, se han destacado los siguientes:

1. Gran parte de los edificios de interés para la preservación se encuentran en el centro histórico de las ciudades, cuya ocupación es anterior a la promulgación de leyes de zonificación, y sencillamente no cuentan con potencial constructivo a ser transferido porque ya presentan coeficientes de aprovechamiento superior a los de las zonas en las cuales se ubican;

2. El régimen de zonas tradicional exige que la transferencia ocurra dentro de la propia zona del inmueble histórico para que no se altere el nivel de densificación total de cada zona, teóricamente calculado en función de la capacidad de soporte de la infraestructura implementada en esta zona;

3. Los inmuebles de interés histórico/cultural precisan ser restaurados, rehabilitados y mantenidos, lo que genera costes que pueden rebasar las eventuales pérdidas impuestas por el impedimento de plena utilización del potencial constructivo atribuido por la zonificación; el mecanismo de transferencias no contempla estos costes;

4. Las operaciones de transferencia de potencial son, por lo general, complicadas, porque fueron configuradas con una serie de limitaciones para que no ocurriese la densificación de los inmuebles receptores del potencial, lo que se ha buscado mantener su impacto bajo control, pero de una forma genérica, que dispensase los análisis caso por caso<sup>922</sup>.

Por todo lo expuesto, se puede concluir que la aplicación de este instrumento debe ser pensada en razón de sus objetivos y costes; y siempre integrada en una política consistente de preservación, para que pueda venir a constituir un instrumento que realmente cumpla la función de incentivar la preservación de edificios históricos y de la vegetación urbana.

---

<sup>922</sup> LUCCHESI, Maria Cecília. “Transferência do direito de construir – um instrumento mal aplicado”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, pp. 358 y 359.

#### **IV.2.5. La urbanización como requisito para la edificación en las nuevas parcelaciones: la iniciativa para urbanizar y sus consecuencias**

Otra cuestión de interés desde el punto de vista de la conformación del derecho de propiedad del suelo y que mantiene estrecha relación con la definición de las facultades conferidas al propietario de suelo, tiene que ver con la imposición de la realización de la urbanización de los terrenos como requisito para el ejercicio del derecho a edificar o construir en el ámbito de las nuevas parcelaciones, disciplinadas en la Ley 6.766/1979 que dispone sobre el régimen de parcelación del suelo urbano.

De la lectura conjunta del articulado de la Ley de Parcelación del Suelo se desprende el condicionamiento del ejercicio del derecho a edificar del propietario a la transformación de su terreno en una unidad apta para ello. En otras palabras, el propietario solamente podrá materializar su aprovechamiento urbanístico, de acuerdo con las determinaciones previstas en el proyecto de parcelación del suelo aprobado por el poder municipal local y mediante el otorgamiento de la correspondiente licencia, si el terreno ha alcanzado la condición de solar o, conforme a la terminología empleada en Brasil, si el terreno ha pasado de la condición de gleba a la de lote<sup>923</sup>.

Un terreno adquiere la condición de solar o lote cuando presenta aptitudes físicas y jurídicas para soportar la edificación, o sea, cuando las obras de urbanización se encuentren finalizadas. La urbanización se impone como un presupuesto para que el terreno adquiera la condición de solar/lote y pueda ser edificado conforme a las previsiones del planeamiento. La imposición de tal obligación al propietario o emprendedor promotor de la parcelación puede ser caracterizada como una fisura en la 'teoría del contenido mínimo del derecho de propiedad urbana', conforme a su concepción elaborada y desarrollada por la doctrina jurídico-científica brasileña, cuyos postulados han sido objeto de análisis en anterior apartado, ya que impone el cumplimiento de determinadas obligaciones como requisito para el ejercicio del derecho de construir.

En este marco, considerando la realidad que permea el proceso de expansión de las ciudades brasileñas por medio de la parcelación del suelo, se establece un importante conflicto de intereses contrapuestos: de un lado está el propietario, a quien interesa que se realice rápidamente la transformación de su terreno, para tenerlo

---

<sup>923</sup> Conforme a la Ley 6.766, de 19 de diciembre de 1979, que establece reglas para el establecimiento de la parcelación del suelo urbano en Brasil, la caracterización de un terreno como lote presupone su aptitud para ser ocupado, por disponer de infraestructura adecuada: "Art. 2 apartado 4. Se considera lote el terreno servido de infraestructura básica cuyas dimensiones atiendan a los índices urbanísticos definidos por el Plan Director o ley municipal para la zona en que esté ubicado".

cuanto antes habilitado dentro del proceso urbano, y que su valor se vea incrementado en razón de su nueva condición y/o por la edificación que se tiene planeado llevar a cabo en él; y por el otro, está el interés general que representa la Administración, que es garantizar la realización de las obras conforme a los parámetros y estándares urbanísticos preestablecidos, que la parcela se incorpore integralmente y de manera satisfactoria al tejido urbano, buscando el control de la calidad de los servicios urbanos y la producción de infraestructuras públicas en cantidad necesaria<sup>924</sup>.

En la tradición jurídico-urbanística española, el derecho de realizar la transformación urbanística de los terrenos se venía asignando preferentemente a los propietarios, se configuraba como una facultad del derecho de propiedad. En este marco las Administraciones públicas podían desarrollar la acción urbanística a través de su propia actuación pública o desarrollarla a través de terceros, pero siempre respetada la condición preferente de los propietarios para ello<sup>925</sup>.

La aprobación de la Ley de Suelo de 2008 ha cambiado radicalmente este panorama: la actividad de ejecución urbanística pasa a estar reservada al sector público, de tal manera que el derecho de transformación corresponde únicamente a la Administración <sup>926</sup>. Posición coincidente con la que se ha adoptado en Brasil tradicionalmente, donde la acción urbanística se considera esencialmente una función municipal que podrá ser ejecutada por particulares; no obstante, en el marco de la Ley de Parcelación del Suelo brasileña, la iniciativa para promover nuevas lotificaciones y proponer su urbanización se confiere integralmente a los propietarios del suelo, a quienes compete decidir conforme a sus intereses el momento oportuno para proponer la transformación urbanística de sus terrenos.

<sup>924</sup> MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo...op. cit.*, p. 423.

<sup>925</sup> GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro María. "Comentario al artículo 6". En GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Dir.). *Estudio del articulado...op. cit.*, pp. 150 y 151.

<sup>926</sup> En la exposición de motivos de la actual Ley de Suelo española se hace referencia a dicha situación en los siguientes términos: "esta Ley abandona el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo. Este reduccionismo es otra de las peculiaridades históricas del urbanismo español que, por razones que no es preciso aquí desarrollar, reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización. Una tradición que ha pesado sin duda, desde que el bloque de constitucionalidad reserva al Estado el importante título competencial para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, pues ha provocado la simplista identificación de tales derechos y deberes con los de la propiedad. Pero los derechos constitucionales afectados son también otros, como el de participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y asimismo adecuada, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo en su artículo 47. Luego, más allá de regular las condiciones básicas de la igualdad de la propiedad de los terrenos, hay que tener presente que la ciudad es el medio en el que se desenvuelve la vida cívica, y por ende que deben reconocerse asimismo los derechos mínimos de libertad, de participación y de prestación de los ciudadanos en relación con el urbanismo y con su medio tanto rural como urbano. En suma, la Ley se propone garantizar en estas materias las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los ciudadanos".

Realizadas tales consideraciones, cabe señalar que las coincidencias entre los modelos adoptados en España y en Brasil terminan en el hecho de que en ambos ordenamientos la urbanización se considera una actividad eminentemente pública, porque la forma con que la ejecución de dicha función se organiza es bastante distinta en cada uno de ellos.

Actualmente en España, la Administración Pública tiene el poder de decidir discrecionalmente la forma con que se ejecutará la transformación urbanística de los terrenos, si se desarrollará por gestión directa o si lo hace a través de un contratista habilitado al efecto. Se conformaría de esta manera el Agente Urbanizador<sup>927</sup>, figura bastante novedosa cuyo análisis más detallado resulta de gran interés para Brasil, ya que ahí, tradicionalmente, la actividad urbanizadora se viene delegando integralmente por parte de las municipalidades a los propietarios de suelo, sean personas físicas o empresas inmobiliarias promotoras de suelo, conforme ya se ha puesto de manifiesto anteriormente.

Ahora bien, con anterioridad al análisis de la figura del agente urbanizador como posible alternativa para la dinamización de la cuestión de la iniciativa de los propietarios urbanos para promover la parcelación del suelo con fines urbanos en Brasil, es importante señalar que aún en la actualidad, no se encuentran positivados en el ordenamiento jurídico urbanístico brasileño aspectos específicos sobre la gestión o ejecución del planeamiento urbano, conforme ya se ha puesto de manifiesto en anterior apartado dentro del presente estudio. Actualmente el único sistema de ejecución que se encuentra regulado normativamente es la expropiación, para la cual se ha previsto un régimen genérico que ignora su aplicación específica para fines urbanísticos, trayendo como consecuencia numerosas dificultades en relación con su aplicación práctica como instrumento de ejecución del planeamiento<sup>928</sup>.

La ausencia de previsión normativa que integre el planeamiento urbano definido en el Plan Director municipal con instrumentos específicos orientados a su

---

<sup>927</sup> En este sentido afirma CRIADO SÁNCHEZ que hay que tener en cuenta que lo que el agente urbanizador pretende es romper con un modelo tradicional de gestión urbanística, que se basa en el propietario como agente urbanizador por excelencia, cuando el modelo de agente urbanizador lo que propone es el de una actuación fundamentalmente pública, llevada a cabo bien por una Administración, bien por un particular como agente público. CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier. *El agente urbanizador en el Derecho urbanístico español*. Madrid: Reus, 2005, p. 45.

<sup>928</sup> El régimen jurídico general de la expropiación por utilidad pública se encuentra disciplinado en el Decreto ley 3.365 de junio de 1941. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Sobre la necesidad de regulación específica de la expropiación como instrumento de gestión o ejecución del planeamiento urbano se han manifestado, entre otros, DALLARI, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos...* op. cit., pp. 109 y ss.; y SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit., p. 421.

ejecución o gestión ha sido objeto de alguna crítica y de posibles propuestas de desarrollo normativo por parte de la doctrina brasileña<sup>929</sup>. La dilatada experiencia española en el desarrollo de instrumental técnico urbanístico orientado a la consecución de la ejecución de las previsiones del planeamiento urbanístico ha servido de fundamento para la conformación de una propuesta legislativa presentada en el ámbito de los debates conformadores del texto legislativo del proyecto de ley que vino a promulgar el Estatuto de la Ciudad, cuyo análisis en sus rasgos principales pasaremos a exponer.

Centrado en la problemática que muchas Administraciones locales enfrentan en situaciones en las cuales el propietario de amplias extensiones de terreno en la periferia urbana tiene la intención de promover su parcelación, pero no cuenta con los medios económicos necesarios para llevar a cabo tal medida; y el Ayuntamiento, aún poseyendo recursos económicos para implantar la infraestructura urbana necesaria, no posee recursos suficientes para realizar la expropiación del terreno y tampoco cuenta con instrumentos para evitar que la realización material de la obra de urbanización produzca valorización especulativa e injusta al propietario del terreno; CAMPOS FILHO ha elaborado un instrumento jurídico inspirado en el sistema de cooperación previsto en la legislación urbanística española, llamado 'requisición urbanística' cuyo principal objetivo es ofrecer una solución satisfactoria para estas situaciones tan comunes y aún sin solución en el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño.

Por medio de este instrumento, se permitiría al poder público entrar en la posesión temporal de un área territorial para fines urbanos, realizar en ella las obras y mejoras necesarias, sin tener que realizar el pago del justiprecio expropiatorio, siendo resarcida de los costes incurridos mediante pago pecuniario o por medio de parcelas urbanizadas, posibilitando esta última modalidad la reventa de tales terrenos a particulares o la implantación en ellos de viviendas sociales, cuyos precios de

---

<sup>929</sup> PINTO es bastante crítico con relación a los instrumentos de política urbana previstos en el ámbito del estatuto de la ciudad que poseen finalidades relacionadas con la ejecución del planeamiento ya que, desde su punto de vista, se encuentran desarticulados con relación a las previsiones del Plan Director municipal PINTO, Victor Carvalho. "Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo". En MANEQUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa...op. cit.*, p. 146. Así como ROLNIK para quien el aislamiento del planeamiento urbano y su separación de la esfera de gestión ha generado una especie de esquizofrenia en las Administraciones – de un lado, los planes reiterando estándares, modelos y directrices de una ciudad racionalmente producida; y del otro, el destino de la ciudad, siendo negociado, día tras día, con los intereses económicos, locales y corporativos a través de instrumentos como corrupción, lobbies u otras formas de presión utilizadas por los que han conseguido tener acceso a la mesa centralizada de toma de decisiones. ROLNIK, Raquel. "Planejamento e gestão: um diálogo de surdos?". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 115.

adquisición estarían regulados de modo a corresponder a la capacidad adquisitiva de los sectores más pobres de la población<sup>930</sup>.

El autor del instrumento 'requisición urbanística' justifica su aplicación en el hecho de que en el actual momento de la evolución histórica de Brasil, la adquisición de terrenos es particularmente difícil debido a la forma con que son concedidas las órdenes judiciales expropiatorias, en las cuales los precios de los terrenos objeto de expropiación se inflan en razón de evaluaciones que deberían ser imparciales y objetivas y no lo son; y también en razón del sistema de intereses y correcciones monetarias que los aumentan aún más. En este contexto, la 'requisición urbanística' posibilitaría la posesión temporal del terreno sin la necesidad de dispendio indemnizatorio por parte del poder público local a su propietario, ya que él mismo se beneficiará del resultado final de la aplicación del referido instrumento, lo que le legitimaría como un instrumento extremadamente atractivo para las municipalidades preocupadas en ampliar la calidad urbanística de sus ciudades y que no poseen recursos económicos para ello, que es, sin duda, la situación en la cual se encuentran la gran mayoría de los municipios brasileños<sup>931</sup>.

El principal beneficio urbanístico de la 'requisición urbanística', conforme a su autor, estaría en la posibilidad de implantación de directrices urbanísticas como las referentes al trazado viario, y a la definición de áreas institucionales destinadas a equipamientos sociales como colegios, guarderías, centros de salud y áreas verdes destinadas al ocio o al equilibrio ecológico. La calidad urbanística que tal instrumento puede proporcionar, explica el autor, depende de la calidad de las propuestas urbanísticas que lo conformarían, pero puede llegar a alcanzar niveles excepcionales, considerando la posibilidad de resarcimiento de las inversiones realizadas por las Administraciones locales, de modo que lo que generalmente se imputa como un gasto a fondo perdido podría transformarse en una inversión con retorno garantizado<sup>932</sup>.

La previsión legislativa de tal instrumento se plasmó en seis preceptos que en un principio fueron incluidos en el proyecto de ley que vendría a conformar el Estatuto de la Ciudad. Conforme al régimen jurídico presentado en 1986 en el ámbito de los trabajos legislativos de elaboración del Estatuto de la Ciudad, la iniciativa para la implementación de una 'requisición urbanística' podría ser de la Administración local

---

<sup>930</sup> CAMPOS FILHO, Candido Malta. "Qualidades práticas da requisição urbanística como instrumento de qualificação urbana". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 417.

<sup>931</sup> *Ibidem*, p. 420.

<sup>932</sup> *Ídem*.

directa o de Administración Pública indirecta. Así mismo, la iniciativa también se extendería a los propietarios de terrenos eventualmente interesados. El resarcimiento de los recursos realizados para la consecución de las obras y mejoras por parte de la Administración se resarcirían preferencialmente en especie, o sea, en terrenos y no por medio del pago de valor monetario, aunque esta alternativa también quedaba contemplada en la versión recogida en el proyecto de ley en cuestión.

Se preveía, también, la posibilidad de que la Administración adoptara estándares urbanísticos orientados a la imposición de una reserva del 10% del área total objeto de urbanización o reurbanización por medio de 'requisición urbanística' para la implantación de viviendas sociales, en el marco de programas públicos de habitación social, que se sumarían a los terrenos destinados por el propietario para el resarcimiento de los gastos de urbanización realizados por el poder público. De manera muy similar al procedimiento previsto para la ejecución del sistema de cooperación en España<sup>933</sup>.

Así mismo tal propuesta determinaba la necesidad de notificar al propietario o propietarios de la intención de la Administración ejecutante de urbanizar o reurbanizar el área, destacándose el valor atribuido a cada inmueble, el plazo de ejecución del emprendimiento, su cronograma indicando las respectivas etapas y la indicación precisa de los nuevos lotes y edificaciones urbanizados resultantes, con las respectivas áreas, localización y valor. También se deberían indicar los lotes reservados para la Administración ejecutante, así como las soluciones adoptadas para la consecución de los estándares urbanísticos de vivienda social impuestos para el área en cuestión<sup>934</sup>.

---

<sup>933</sup> En el sistema de Cooperación, los propietarios pagan todas las cargas urbanísticas previstas por el plan, aportando las parcelas necesarias para la promoción de la urbanización, pero no ejecutan las obras de urbanización. Este sistema funciona de forma mixta, porque en él los propietarios financian la urbanización pero es la Administración Pública la que promueve, por medio de proyecto de reparcelación. Una primera noción de lo que es la reparcelación se puede encontrar en lo dispuesto en el art. 97 del texto refundido de la Ley del Suelo: "1. Se entenderá por reparcelación la agrupación de fincas comprendidas en el polígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los interesados, en proporción a sus respectivos derechos. 2. La reparcelación tiene por objeto distribuir justamente los beneficios y cargas de la ordenación urbanística, regularizar la configuración de las fincas y situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al Plan". A través de este mecanismo, al final de la operación, la urbanización fue implantada, la Administración ha recibido los suelos necesarios para la implantación de los equipamientos públicos (dotaciones), y los propietarios han recibido las fincas resultadas de la reparcelación, descontadas ya las correspondientes cargas relativas a la recuperación de plusvalías derivadas de la transformación urbanística debidas a la comunidad. CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al Derecho Urbanístico...op. cit.*, pp. 86-88.

<sup>934</sup> CAMPOS FILHO, Candido Malta. "Qualidades práticas da requisição (...)". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade...op. cit.*, p. 421.

En tal propuesta, entre otras previsiones, se indicaba expresamente la posible aplicación de la ‘requisición urbanística’ para fines de reurbanización de un área urbana preexistente. En razón de la previa ocupación del terreno por actividades económicas y o viviendas, se entendió oportuno determinar la proporción de 1/3 de propietarios favorables a la realización de la transformación con el objetivo de conferirle legitimidad<sup>935</sup>.

Pese el gran interés urbanístico que se vincula a la regulación de tal instrumento en el ámbito del ordenamiento jurídico brasileño, que vendría a conformar una alternativa de instrumentalización de la gestión del planeamiento urbanístico en este marco jurídico y de la innegable calidad técnica de la propuesta incluida en el proyecto de ley del Estatuto de la Ciudad; sin cualquier explicación, los preceptos que conformaban dicha propuesta de regulación fueron excluidos de la apreciación final del proyecto de ley del referido Estatuto<sup>936</sup>, cuyo contenido final vino a establecer un conjunto normativo de directrices y principios muy poco provistos de articulación práctica y de medios instrumentales para su concreción por las Administraciones locales. Desde nuestro punto de vista, se ha desaprovechado una muy buena oportunidad de regular jurídicamente instrumentos técnicos, como por ejemplo la ‘requisición urbanística’, capaces de dotar al Plan Director de algún grado de realización concreta por parte de los municipios.

En el ámbito de la ejecución del planeamiento, centrándonos en la problemática que conduce al actual modelo regulador de la parcelación del suelo, que prevé la atribución de su iniciativa a los propietarios de suelo, en el próximo apartado nos centraremos en el análisis de la figura del agente urbanizador, consagrado en la actual Ley de Suelo española como posible alternativa de interés para romper con la dependencia del interés de los propietarios de suelo para promover su urbanización.

#### **IV.2.5.1. El agente urbanizador previsto en el ordenamiento español: posible alternativa ante el monopolio de iniciativa del propietario para promover la urbanización en Brasil**

Asumidas integralmente las competencias reconocidas en la Constitución española de 1978, entre ellas la competencia para regular la ordenación de territorio, urbanismo y vivienda, las comunidades autónomas empiezan a trabajar en alternativas

---

<sup>935</sup> *Ibidem*, p. 422.

<sup>936</sup> *Ibidem*, p. 423.

para perfeccionar el sistema de gestión de la urbanización en el país, que dependía básicamente del interés de los propietarios de suelo en promover, por medio del sistema de compensación, la ejecución del planteamiento.

En este contexto, la Comunidad Valenciana propone el 'Agente Urbanizador' en el marco de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística. Tal instrumento proponía una ruptura de la dependencia que el modelo estatal mantenía con relación a la iniciativa de los propietarios, por medio de la introducción de un agente externo a la relación, con poderes para asumir la urbanización en lugar de los propietarios. La gran apuesta de ese modelo consistía en desplazar el protagonismo del propietario en la gestión urbanística de la obra urbanizadora hacia el agente urbanizador, así como, a la vez, situar en el eje central de la gestión urbanística la urbanización como operación independiente y no como una carga de la edificación<sup>937</sup>. Sobre la forma de funcionamiento y motivación del referido instrumento, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ señala que:

“(…) si la ejecución de las infraestructuras urbanas (la urbanización) es una función pública, la gestión de su desarrollo siempre será pública, pudiendo ejercitarse, bien mediante la modalidad de gestión directa, por la propia Administración, bien mediante la indirecta, delegando la facultad pública en un urbanizador privado, propietario o no de los terrenos, elegido de acuerdo a las clásicas condiciones de concurrencia y publicidad exigibles y preceptivas para cualquier concesión administrativa.

Con ello no sólo seremos más respetuosos con las características y contenido jurídico propio de la acción urbanizadora, sino que nos permitirá romper el bloqueo monopolista que domina el mercado de suelo urbanizable, al introducir elementos de competencia en el mismo”<sup>938</sup>.

La repercusión positiva de la introducción de dicho instrumento en el ámbito del urbanismo valenciano tuvo efecto sobre otras comunidades autónomas, que también pasaron a disciplinar la gestión urbanística por medio de la figura del 'agente urbanizador'<sup>939</sup>. En el ámbito nacional tal figura ha ganado reconocimiento por medio de lo dispuesto en el art. 6 apartados 1 y 2 de la actual Ley de Suelo española<sup>940</sup>.

---

<sup>937</sup> CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier. *El agente urbanizador...op. cit.*, p. 99.

<sup>938</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. “Un nuevo modelo en la gestión urbanística: la experiencia de la legislación valenciana”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 32, núm. 166, 1998, p. 89.

<sup>939</sup> Para un análisis detallados de los diferente modelos empleados en las comunidades autónomas véase SORIANO, José Eugenio y ROMERO REY, Carlos. *El agente urbanizador...op. cit.*, p. 67 y ss.

<sup>940</sup> En los cuales se recoge que: “1. Los particulares, sean o no propietarios, deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, tanto en los supuestos de iniciativa pública como privada. 2. En los supuestos de ejecución de las actuaciones de transformación urbanística y edificatorias mediante

En este sistema, el que actúa como agente urbanizador asume la calidad de agente público responsable de ejecutar la actuación, redactando proyectos de urbanización y reparcelación, ejecutando materialmente las obras y girando las cargas de urbanización a los propietarios del suelo. Así mismo, el agente urbanizador puede ser la propia Administración Pública, en ejercicio directo de sus competencias o, un particular/empresario, mediante gestión indirecta, seleccionado en procedimiento competitivo, en función de las ofertas que presenten los empresarios licitadores. Conforme a eso, cualquier persona puede, en consecuencia, presentar ante la Administración un proyecto concreto de actuación, relacionando determinado ámbito, acompañado de la proposición económica expresiva de las condiciones en que pretende proceder a su desarrollo<sup>941</sup>.

Lo que la Ley española reconoce es la legitimación, principalmente a los empresarios, para iniciar un expediente de contratación con la finalidad de conceder, a quien resulte vencedor en la licitación, el título habilitante para desarrollar las actuaciones materiales de urbanizar. En este sentido, la relación entre el urbanizador privado y la Administración se formaliza por medio de un contrato administrativo de concesión pública<sup>942</sup>.

La atribución exclusiva a los propietarios del suelo de la facultad de urbanizar, de crear ciudad, plantea una grave problemática, recogida por FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ de la siguiente manera:

“En virtud de esta doble facultad (urbanizar-edificar) y desde la óptica del propietario, la urbanización pasa a ser una actuación accesoria a la edificación que el titular de la facultad se ve obligado a realizar para poder “extraer” las plusvalías que le rentabilizarían la operación inmobiliaria. Es decir, la urbanización se perfila ya como una carga y la edificación como el beneficio. Dicho de otra manera, la urbanización, las infraestructuras que conforman el espacio público de nuestras ciudades, sus calles, plazas, jardines, ..., etc., pierden su sustantividad colectiva propia, convirtiéndose en una carga necesaria y accesoria para la edificación lucrativa, transmutándose, de esta sutil forma, lo público en subsidiario de lo privado”<sup>943</sup>.

---

procedimientos de iniciativa pública podrán participar, tanto los propietarios de los terrenos, como los particulares que no ostenten dicha propiedad, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable. Dicha legislación garantizará que el ejercicio de la libre empresa se sujete a los principios de transparencia, publicidad y concurrencia”.

<sup>941</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de Derecho Urbanístico...op. cit.*, p.179.

<sup>942</sup> GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro María. “Comentario al artículo 6”. En GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Dir.). *Estudio del articulado...op. cit.*, pp. 156-159.

<sup>943</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. “El agente urbanizador en la nueva legislación autonómica”. *Revista de Estudios Locales. Cunal*. Núm. Extra 1, 1999 (Ejemplar dedicado a: Urbanismo), p. 330.

Y justamente éste es el panorama actual en Brasil, porque la producción de suelo urbano está totalmente en las manos de los propietarios, a quienes compete, voluntariamente, elaborar y ejecutar los planes de parcelación del suelo urbano, de acuerdo con las normas y directrices determinadas por las Administraciones municipales<sup>944</sup>. Como bien señala SILVA, los propietarios, en nombre e interés propio, por su propia cuenta y riesgo, ejercen una actividad que pertenece al poder público municipal – que es, la de ofrecer condiciones de habitabilidad a la población urbana<sup>945</sup>.

Conforme ya se ha indicado, la Ley de Parcelación del Suelo de 1979, es la responsable de regular desde un prisma bastante privatista la producción de suelo urbano en Brasil. Conforme a sus disposiciones, la iniciativa para proponer la transformación urbanística de los terrenos compete a sus propietarios, que pueden optar por desarrollar dicha actividad directamente o indirectamente a través de una empresa promotora de suelo.

La relación entre el propietario de suelo y la empresa promotora de suelo se desarrolla fundamentalmente de dos maneras: el propietario entrega su terreno original a la empresa a cambio de una participación en la edificación que se llevará a cabo en él; normalmente se fija en contrato la recepción de un número x de pisos en un edificio; o el propietario contrata la empresa para desarrollar el proyecto y ejecutar las obras por medio de un contrato de servicios y ejecución sin participación en los resultados. Relación similar a la que se desarrolla entre el agente urbanizador y los propietarios de suelo, la problemática se centra, en el caso de Brasil, en dos aspectos fundamentales: que la iniciativa debe necesariamente partir de los propietarios de suelo, en el sentido de contactar y negociar con las empresas promotoras de suelo; y que tal relación se desarrolla alejada del marco administrativo, pese a que estamos en un contexto en que la urbanización y la consecuente producción de lotes edificables es una función pública.

El marco regulatorio establecido por la Ley de Parcelación surge de la necesidad de regular las relaciones entre particulares, entre propietarios y promotores

---

<sup>944</sup> Es oportuno recordar que en el art. 46 del Estatuto de la Ciudad se prevé una alternativa, de aplicación restringida a la situación de imposición de obligación de parcelar, utilizar o edificar impuesta a propietario por incumplimiento de la función social de la propiedad, para viabilizar económicamente el aprovechamiento del inmueble en cuestión. Esta alternativa, nombrada en la ley 'consorcio inmobiliario' permite al propietario solicitar a la Administración Pública que reciba la propiedad de su inmueble, para que ejecute directamente su urbanización o edificación y, tras la realización de las obras, devuelva al propietario, como pago, unidades inmobiliarias debidamente urbanizadas o edificadas. El valor de las unidades inmobiliarias entregues al propietario será correspondiente al valor del inmueble antes de la ejecución de las obras.

<sup>945</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...op. cit.*, p. 323.

de suelo, entre adquirentes de solares y promotores de suelo. No es una legislación pensada para integrar un marco urbanístico sistemático; la regulación del proceso de producción de suelo urbano, de creación de ciudad, surge como un elemento tangencial a ser abordado para la consecución de un determinado fin, que es garantizar la posición y los intereses contractuales de los adquirentes de solares.

Además de eso, la imposición de estándares considerados elitistas para la realidad brasileña con respecto a las dimensiones de los solares y otros aspectos prácticos, ha obstaculizado, desde el punto de vista del atractivo comercial, la producción de urbanizaciones populares. Para la libre empresa, el único atractivo económico capaz de rentabilizar las inversiones realizadas reside en la producción de urbanizaciones para las clases media y alta, situación que, aliada a la tradicional escasez de programas de financiación para la población con bajos ingresos, ha contribuido fuertemente a la segregación socio-espacial que caracteriza la gran mayoría de las ciudades brasileñas<sup>946</sup>, donde las clases sociales menos favorecidas no poseen alternativas distintas que someterse a vivir en urbanizaciones clandestinas o irregulares, desprovistas de todo en términos urbanísticos, u ocupar ilegalmente por su cuenta áreas públicas, las laderas de los montes, zonas de protección ambiental, etc., lo que viene a conformar en su esencia el proceso de 'favelización'<sup>947</sup>.

Otro importante aspecto a ser comentado es que la Ley de Parcelación del Suelo deja a cargo de los municipios la elaboración de leyes específicas de parcelación, la tramitación de los expedientes de solicitud de transformación (bastante burocrático, hace falta señalar), la gestión de ellos, la fiscalización de las obras y demás requisitos de obligada observancia sin al menos definir en base a qué instrumentos deberá cumplir con dichos mandatos. Hace recaer en el ente más débil de la Federación, desde el punto de vista económico y también con respecto a recursos administrativos y estructura normativa específica, la promoción efectiva de las disposiciones de la Ley<sup>948</sup>.

---

<sup>946</sup> Véase MARICATO, Ermínia. "Metrópole, legislação e desigualdade"...*op. cit.*, p. 153 y ss.

<sup>947</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 50 de la Ley de Parcelación del Suelo, la promoción irregular o clandestina de transformaciones urbanísticas de terrenos configura un delito, cabiendo aplicación de pena de cárcel y multa. Situación que en los primeros años de aplicación de la Ley en cuestión sirvió para frenar la producción de urbanizaciones irregulares y clandestinas, pero como reflejo directo fue la responsable por un incremento significativo y acelerado del establecimiento de favelas.

<sup>948</sup> Como bien asevera FERNANDES CASTILHO el peso de los agentes urbanos es esencial en la configuración de las ciudades. Para entender verdaderamente la construcción de la morfología de las ciudades, afirma el autor, es preciso observarlas, observar sus intereses y sus estrategias. El cambio fundamental que se ha producido en la construcción de los edificios de la ciudad (o en la morfología de la ciudad) es el pasaje de una construcción que era realizada a partir de iniciativas individuales y por numerosos constructores hacia otra en que un reducido número de agentes toman las decisiones que

Todo eso ha contribuido a que la producción de suelo urbano en Brasil ocurra de manera asistemática, totalmente diversa y dividida entre proceso formal e informal. Con respecto al proceso formal, el que sigue los estándares y requisitos de la Ley de Parcelación, la transformación urbanística de terrenos ocurre de manera puntal y totalmente dependiente de los flujos del mercado inmobiliario, que controla estratégicamente la producción de suelo urbano para que la constante escasez funcione como motivo de valorización constante del poco suelo urbano producido. Se puede decir que conforme al marco actual y en gran parte por su causa, la producción de suelo apto para su integración al proceso urbano va a remolque del interés privado<sup>949</sup>.

En este contexto, arrebatar el control de los propietarios y del capital inmobiliario para someterlo efectivamente al interés general, representado por la Administración Pública, surge no como una opción sino como una necesidad. La aproximación a la posible implantación en Brasil de un modelo como el establecido en la Ley de Suelo española – el agente urbanizador –, tendría como principal objetivo, en el marco de la actual Ley de Parcelación del Suelo, incrementar la producción de suelo urbanizado, bajar el valor del suelo urbanizado y de las viviendas en él instaladas, liberar la urbanización de la iniciativa de los propietarios de suelo y desbloquear el mercado inmobiliario.

La figura del agente urbanizador podría ser de aplicación en todas las áreas en que la parcelación del suelo pueda realizarse conforme a lo determinado en el Plan Director – zonas urbanas, de expansión urbana o de urbanización específica –. En este contexto, el agente urbanizador podría ser la propia Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones; o empresa particular especializada en la elaboración y ejecución de este tipo de proyecto urbanístico. En estos casos, la empresa privada asumiría la calidad de agente público, redactando proyectos de urbanización,

---

llevan a la construcción masiva de edificios, y que con eso contribuyen a modelar la forma decisiva del paisaje de la ciudad. Además de eso, afirma el autor que el poder público, principalmente el poder local (mucho más sujeto a los influjos del casuismo), corre siempre el riesgo de quedarse rehén de estos poderosos intereses económicos. FERNANDES CASTILHO, José Roberto. *Disciplina urbanística...op. cit.*, p. 245.

<sup>949</sup> En este sentido FERNANDES afirma que es verdad que el proceso de segregación socio espacial de Brasil se debe a una combinación histórica de diversos factores, como las dinámicas formales e informales de acceso al suelo, burocratización política administrativa y estructura propietaria de carácter extremadamente privatista. Tales factores, enseña el autor, han resultado en un desarrollo con una base jurídica inadecuada, en la cual hay un desfase entre el orden vigente, de carácter privado, y los procesos socioeconómicos y territoriales de la urbanización. FERNANDES, Edésio. “A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil”. En ALFONSIN, Betânia y FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito Urbanístico. Estudos Brasileiros e Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 5-7.

ejecutando materialmente las obras y girando las cargas de urbanización a los propietarios del suelo.

Esta posible doble actuación del agente urbanizador puede tener un especial encaje positivo en los casos de regularización de urbanizaciones clandestinas o ilegales, cuyos parámetros urbanísticos ya establecidos en la práctica demandan una cierta flexibilidad y una importante labor de corrección de elementos urbanísticos (estructura, red de servicios, equipamientos urbanos, etc.) que tornan el emprendimiento poco atractivo para la iniciativa privada pero de interés máximo para la Administración, que podría desarrollarla directamente, sin depender de la iniciativa del propietario para ello. En este marco, la cuestión de la regularización de la posesión informal podría resolverse de manera paralela, sin obstaculizar el proceso de regularización de la transformación física de los terrenos<sup>950</sup>.

La elección de la realización de determinada parcelación por medio de la figura del agente urbanizador mediante gestión indirecta, podría realizarse por iniciativa de la Administración Pública, a través del proceso licitatorio que seleccionaría la empresa encargada de elaborar el proyecto de urbanización de determinada área y la ejecución de las obras necesarias; por solicitud de los propietarios de los terrenos, situación en que también se realizaría procedimiento competitivo para seleccionar la empresa que figuraría como agente urbanizador; o por iniciativa de las propias empresas, que tendrían legitimidad para iniciar un expediente de proposición de contratación con la finalidad de conceder a quien resulte vencedor de la licitación, el título habilitante para desarrollar la parcelación de área destinada a tal fin por el Plan Director o ley de parcelación municipal específica.

En este sentido, la relación entre urbanizador privado y la Administración Pública se formalizaría por medio de un contrato administrativo de concesión de parcelación del suelo, que englobaría la concesión de obra pública. Señalar que la legislación brasileña no es clara en cuanto a la existencia o reconocimiento de concesión de obra pública en el actual marco jurídico. La duda se amplifica cuando se prevé la remuneración del concesionario por medio de la transferencia de la propiedad de inmuebles por él mismo producidos, que no llegarían nunca a integrar el patrimonio público. En razón de la singularidad de esta nueva tipología contractual, específica del

---

<sup>950</sup> La Constitución Federal de Brasil y el Estatuto de la Ciudad reconocen plenamente el derecho de los moradores de urbanizaciones informales consolidadas en áreas urbanas públicas y privadas, a permanecer en estas áreas. En el año 2000, el derecho social a la vivienda fue recogido por el texto constitucional por medio de una enmienda. FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística...op. cit.*, p. 15.

ámbito urbanístico, sería necesario promover la disciplina de este nuevo tipo de concesión para que una figura similar a la del agente urbanizador pudiera ser introducida en el marco jurídico urbanístico brasileño.

Con respecto a la retribución del urbanizador, como regla general, ésta podría realizarse por parte de los propietarios de dos maneras: en metálico, mediante el pago de cuotas de urbanización o, en parcelas edificables resultantes del procedimiento de parcelación. El urbanizador, para percibir tales retribuciones, debería prestar garantía ante la Administración actuante de su obligación específica de convertir en solar la correspondiente parcela de quien deba retribuirle.

La participación de los propietarios del suelo en esta modalidad de ejecución de la parcelación podría producirse de dos maneras: a) limitándose a aportar sus terrenos originarios, recibiendo a cambio solares urbanizados o; b) además de su terreno, aportaren financiación para ejecutar la urbanización. En este último caso, los propietarios recibirían una mayor porción de solares que si se limitasen a aportar sus terrenos sin contribución monetaria. Los propietarios que no deseen cooperar, por entender inconveniente la incorporación de su terreno al proceso urbanístico, pueden renunciar a ello solicitando la expropiación.

De manera específica, con respecto a la promoción de expropiaciones y la figura del agente urbanizador, la cuestión se torna de difícil análisis en razón a que la expropiación urbanística no es aún una modalidad específica dentro del ordenamiento jurídico brasileño y no posee un régimen propio que pueda respaldar este tipo de actuación; además de eso, está la cuestión de la valoración del suelo objeto de expropiación, que en estos casos, debería realizarse en razón del estado actual del suelo y no en base a las expectativas que genera su eminente parcelación para fines urbanos. Cuestiones aún no desarrolladas en el ámbito normativo brasileño.

Desde nuestro punto de vista, lo recomendable sería que la expropiación se realizase por la Administración Pública pero los costes se imputasen a la operación, debiendo la Administración ser resarcida de ellos por el agente urbanizador.

## CONCLUSIONES

### **Primera. El concepto de derecho de propiedad privada en el actual ordenamiento brasileño: una situación de dualidad entre la concepción liberal y la social**

La regulación del derecho de propiedad privada en el ordenamiento brasileño revela todavía el embate entre la concepción individualista – que ha sido tradicionalmente hegemónica en este ordenamiento – y la social, que se deriva de las exigencias del actual modelo de Estado social, democrático y de derechos recogidas en la Constitución Federal, que preconiza una mayor intervención pública en la regulación del derecho de propiedad privada, principalmente la del suelo urbano y rural, en orden a la consecución de un equilibrio entre los intereses propietarios y los generales de la colectividad.

La dilatada vigencia del Código Civil brasileño de 1916, en el cual la propiedad privada se recogía como un derecho absoluto, ilimitado y perpetuo en su art. 524, fundamentado por una concepción liberal-individualista que buscaba proteger la propiedad privada de cualquier otro límite jurídico que no fuesen aquellos determinados por los derechos de vecindad y los reglamentos administrativos, sumada a la adopción de textos constitucionales en los cuales principios similares o afines al de la función social de la propiedad se recogían de manera teórica, han servido de freno y obstáculo para el reconocimiento de la propiedad privada como un instituto jurídico que debe cumplir una función social y para la evolución de la configuración de los límites impuestos a la propiedad privada del suelo de normas administrativas limitadoras del ejercicio del derecho de propiedad del suelo a normas de derecho urbanístico conformadoras de este derecho.

La situación de ambigüedad ideológica se percibe en el actual marco jurídico, donde la Constitución Federal de 1988 recoge, a la vez, las aspiraciones de un Estado social en formación y los intereses de tradicionales sectores económicos y sociales, por medio de un texto programático en el cual la propiedad privada se reconoce como un derecho fundamental y la función social de la propiedad se configura como un concepto abierto a diversas interpretaciones, lo que en la práctica ha permitido el mantenimiento de un sistema jurídico patrimonialista respaldado por la concepción individualista de derecho de propiedad orientadora de las relaciones privadas hasta la promulgación del actual marco civil en 2002, obstaculizando el desarrollo del derecho urbanístico y perjudicado la institucionalización del planeamiento urbano en la práctica de las Administraciones locales.

## **Segunda. Las causas jurídicas de la aplicación limitada del principio de la función social de la propiedad en el ámbito de la propiedad privada urbana**

Las causas jurídicas de la aplicación limitada o restringida del principio de la función social de la propiedad sobre el derecho de la propiedad privada urbana, en las normas urbanísticas brasileñas y en la práctica de los tribunales de este país, se imputan a tres cuestiones derivadas del texto constitucional o de la interpretación del mismo por el Supremo Tribunal Federal.

La primera habla respecto a la configuración del derecho de propiedad privada en el art. 5 de la Constitución Federal como un derecho fundamental, situación que ha servido para justificar el entendimiento según el cual, la aplicación extensiva de las sanciones y obligaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad urbana recogidas en el párrafo 4 de su art. 182 de la Constitución a situaciones propietarias de incumplimiento distintas de las previstas en el texto constitucional, que se restringen a inmuebles urbanos infrautilizados, no utilizados o no edificados, conforma una inconstitucionalidad. De manera tal que estas sanciones y obligaciones se limitan a las situaciones expresamente recogidas en la Constitución Federal porque se sostiene que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser objeto de penalización sino de conformidad con los estrictos criterios recogidos en el texto constitucional.

La segunda se relaciona con el entendimiento sostenido por el Supremo Tribunal Federal en los primeros años de la promulgación del texto constitucional de que los principios constitucionales, incluyendo el principio de la función social de la propiedad, no se aplicaban a las relaciones patrimoniales, en ausencia de leyes infraconstitucionales que desarrollasen sus contenidos.

La tercera se corresponde con la vinculación de la aplicación de las obligaciones y sanciones a la propiedad privada urbana infrautilizada, no utilizada o no edificada por las Administraciones locales a la promulgación de una ley infraconstitucional de desarrollo, que solamente vino a materializarse en el año 2001 por medio de la promulgación del Estatuto de la Ciudad. Hasta este momento, las Administraciones locales estaban impedidas para aplicar algunas de estas disposiciones en el ámbito de sus Planes Directores y leyes urbanísticas, conforme reiterada jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

## **Tercera. Los efectos de la configuración de la función social de la propiedad como un límite externo o como un elemento interno de la estructura del derecho de la propiedad en el ámbito de las normas y planes urbanísticos**

En el actual ordenamiento brasileño, la configuración de la función social de la propiedad como un límite externo al derecho de la propiedad conlleva, con relación a las normas y planes urbanísticos, que su alcance sobre el ejercicio del derecho de la propiedad privada urbana se limite a la imposición de condiciones y restricciones generales y abstractas que se justifican en función de un interés público, o límites generales y abstractos impuestos en razón de esa función social, y que la titularidad de parcelas aún no integradas en el desarrollo urbano pero ubicadas en zona urbana, por las cuales sus propietarios no han contribuido económicamente para su integración, implique el pago de previa y justa indemnización al propietario en razón de la imposición de una restricción que se entiende excepcional porque afecta a una facultad que integra el contenido mínimo del derecho de propiedad, que nace con un haz de facultades ilimitadas.

Entendida la función social como un elemento interno del derecho de la propiedad privada urbana, que lo conforma, identificándose con el destino urbanístico de la propiedad privada urbana previsto en los planes o leyes urbanísticas, las limitaciones o la no atribución de alguna facultad del derecho de la propiedad privada urbana en ellos no se entenderían indemnizables, porque serían vinculadas al proceso de conformación de este derecho de acuerdo con el destino urbanístico que debiera cumplir en cada caso.

#### **Cuarta. El reconocimiento de la función social de la propiedad como un elemento interno del derecho de propiedad no afecta su naturaleza jurídica de derecho subjetivo**

La función social de la propiedad opera sobre el derecho de la propiedad privada introduciendo en él intereses colectivos o generales diferentes de los del propietario en razón de los cuales le corresponderá cumplir un destino específico establecido en ley que podrá conllevar la falta de atribución de determinadas facultades propietarias, la cuantificación de las atribuidas, la imposición de condiciones para su ejercicio o de la obligación de ejercitarlas, lo que no implica en el ordenamiento brasileño una alteración o desconsideración de la naturaleza subjetiva del derecho de propiedad privada, sino el reconocimiento de un elemento funcional en su interior junto a aquel haz de potenciales facultades que integran su contenido, sobre las cuales desplegará su operatividad.

#### **Quinta. Fundamentos jurídico-constitucionales de la configuración de la función social de la propiedad como un elemento interno de la estructura del derecho de la propiedad privada urbana en el ordenamiento brasileño**

La configuración de la función social de la propiedad privada como un elemento que integra la estructura del derecho de la propiedad privada urbana se reconoce en el ordenamiento brasileño de la siguiente manera: a) De manera expresa en el art. 182 de la Constitución Federal, en el cual se determina que la propiedad privada urbana cumple su función social cuando atiende al destino urbanístico recogido en el Plan Director municipal; b) Se desprende de la lectura conjunta de los preceptos constitucionales que hacen referencia a la función social de la propiedad en consonancia con los valores y objetivos fundamentales reconocidos en distintos preceptos a lo largo del texto constitucional que preconizan una concepción de propiedad privada transformadora de la realidad social del país, informada de intereses socialmente relevantes que deben permear la conformación de este derecho y su ejecución; c) De manera implícita en el reconocimiento del legislador constitucional de la existencia de distintas propiedades conforme a la relevancia social y económica del bien objeto de derecho, situación que se impone como un efecto de la operatividad de la función social de la propiedad sobre la estructura del derecho de la propiedad, en razón del cual a cada tipo de propiedad le corresponderá cumplir un destino específico establecido en ley, conformándose para cada una de ellas distintos regímenes o estatutos jurídicos; d) Se identifica en la posición adoptada por el Supremo Tribunal Federal brasileño, máximo interprete de la Constitución, que ha calificado la función social de la propiedad como un elemento inherente al derecho de la propiedad privada en sede de Acción Directa de Inconstitucionalidad en el año 2004.

#### **Sexta. La ordenación del territorio y el urbanismo son títulos competenciales con objetivos y ámbitos de actuación distintos en la Constitución Federal brasileña**

El empleo de los términos ‘ordenación del territorio’, ‘política urbana’ y ‘política de expansión urbana’ en el texto constitucional brasileño hacen referencia a títulos competenciales atribuidos a entes federativos distintos y a materias con objetivos y alcance territorial diversos en el ordenamiento brasileño, y que por lo tanto, no pueden confundirse en la práctica de su ejercicio por las diferentes Administraciones.

El primer término se emplea en referencia a la materia ordenación del territorio, cuyos objetivos se vinculan, y en este contexto la experiencia española sirve de fundamento en cuanto factible en el ordenamiento brasileño, con la organización de la ocupación, uso y transformación del territorio supralocal mediante la distribución coherente y equilibrada de las actividades productivas y de los equipamientos públicos y privados en orden a la ocupación racional del territorio; la consideración de la

dimensión territorial como elemento de integración en el diseño de políticas sectoriales; y por último, la consideración de los recursos naturales como bienes a proteger y racionalizar su utilización. En el texto constitucional, esta competencia se atribuye expresamente a la Unión en el apartado 9 del art. 21 y a los estados federados, de manera implícita, en razón de la supletoriedad que se les atribuye en el párrafo 3 del art. 24 y expresamente en el Estatuto de la Ciudad, quedando tal competencia, por lo tanto, vinculada a la escala nacional, macro-regional o regional.

Los términos 'política urbana' y 'política de expansión urbana' se emplean vinculados a la escala territorial local, al ámbito operativo de la ordenación urbanística, cuyos objetivos son la planificación y el control del uso y la ocupación del suelo que conforma el territorio de un municipio y la ejecución del conjunto de servicios y equipamientos que les darán soporte. En cuanto competencia constitucional, la ejecución de la política urbana se atribuye a las Administraciones locales en razón de lo dispuesto en los preceptos 182 y 30.8 de la Constitución Federal.

El desarrollo de la competencia urbanística quedará, cuando se promulguen los marcos jurídicos de ordenación territorial y sus respectivos planes, vinculado al cumplimiento de los objetivos y directrices que se impongan en ellos. Y esto es así porque el urbanismo es una de las vías de realización de la ordenación del territorio, principalmente en lo relacionado con estrategias económicas, sociales y de preservación, cuyos objetivos se presentarán derivados en los Planes Directores y no como principales, porque su consecución desde la instancia local no es posible sin una coordinación de competencias más amplia.

### **Séptima. Fundamentos para la promulgación de una ley federal que establezca la Política Nacional de Ordenación del Territorio brasileño**

En el actual panorama normativo brasileño la promulgación de una ley federal que establezca la Política Nacional de Ordenación del Territorio brasileño por parte de la Unión es precisa para: a) Evitar las omisiones, contradicciones e incongruencias legales y materiales que caracterizan la aplicación del actual conjunto de leyes, políticas y programas vigentes con incidencia en la regulación de las diferentes formas de uso, ocupación y protección del suelo urbano y rural, mayormente conformados por la propia Unión. La ley general les conferiría un tratamiento normativo básico, centrado en el desarrollo de una estrategia de ordenación del territorio predeterminada; b) Optimizar la planificación y el manejo de los fondos y dotaciones económicas vinculados al desarrollo de planes, programas y políticas sectoriales actualmente vigentes, evitando la fragmentación y dispersión de recursos económicos; c) Aprovechar el potencial de transformación territorial que conlleva el capital suelo

público perteneciente a la Unión; d) Desarrollar el marco jurídico-instrumental para la ejecución de la competencia de los estados federados en materia de ordenación del territorio; e) Definir conceptos, instrumentalizar la coordinación y cooperación entre las actuaciones legislativas y materiales de diferentes agentes de la Administración Pública, de distintos niveles, encargados de competencias sectoriales con incidencia en la ordenación del territorio; f) Determinar directrices y mecanismos para la necesaria coordinación del planeamiento territorial supralocal con el planeamiento urbanístico, confiriendo a la instancia municipal una vía de coordinación y conexión con la planificación económica, social y ambiental adoptada desde esferas más amplias de poder; y g) Fortalecer la unidad política del país, por medio de la coordinación de la actuación de diferentes agentes públicos con las corporaciones locales, cuya logística influye en la configuración de aspectos territoriales a nivel supralocal.

#### **Octava. El alcance de la actuación legislativa concurrente de la Unión en el ámbito del derecho urbanístico**

La Unión debe promulgar normas generales de derecho urbanístico que sean de aplicación uniforme e indistinta, sobre todo el territorio brasileño, de observancia obligatoria por parte de los ciudadanos, de las personas jurídicas y de las político-administrativas, incluyendo la propia Unión. Estas normas deben limitarse a fijar los principios y directrices fundamentales sin agotar los detalles de los asuntos por ellas regulados, estableciendo sus bases fundamentales.

Conforme a esto, la Unión debe legislar sobre las bases del régimen del suelo y de las expropiaciones, limitaciones y negociabilidad del derecho de construir, el sistema de planes urbanísticos, la gestión o ejecución del planeamiento urbano, la parcelación del suelo para fines urbanos, aspectos uniformes sobre disciplina urbanística, cooperación entre entes de la federación para el desarrollo urbano, aspectos tributarios y fiscales relacionados con la política urbana, prever técnicas para la justa distribución de las cargas y beneficios derivados del planeamiento, determinar técnicas jurídicas para la corrección de los efectos de la ocupación irregular de espacios urbanos, conformar medidas para la recuperación de las plusvalías generadas por las inversiones y actuaciones públicas, y medios para el cumplimiento de lo dispuesto en las normas y planes urbanísticos. Con el fin de estructurar y ordenar uniformemente el desarrollo legislativo pormenorizado y la ejecución de estas materias por parte de los demás entes federativos, determinando el punto de partida del cual estados y municipios ejercerán sus competencias, en razón de sus intereses y particularidades.

Por medio del ejercicio de esta competencia concurrente se conforma una legislación urbanística en la que todos los entes federativos contribuyan, en el ámbito de su respectiva autonomía, que, no obstante, dispone de una unidad mínima, identificada en las normas generales promulgadas por la Unión en representación de los intereses de toda la nación y en observancia de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley.

### **Novena. La concepción de interés local fundamenta la atribución de competencias legislativas y materiales a los municipios en el ámbito de la Constitución Federal**

La atribución de competencias materiales y legislativas, implícitas o explícitas en el texto constitucional, a los municipios se fundamenta en la concepción de interés local que permea el actual ordenamiento brasileño. Configura el interés local aquél común a todos los municipios brasileños, independientemente de sus condiciones particulares, no pudiendo configurarse, por lo tanto, como un interés exclusivo o privativo de un municipio.

El concepto de interés local versa sobre la atención más inmediata de las necesidades locales, que repercuten directamente en la vida municipal; aunque de manera indirecta y mediata, también configura un interés regional o general. Conforme a esto, los municipios deben legislar o actuar siempre que se verifique en el caso concreto, el predominio del interés local sobre el de los estados federados y el de la Unión.

### **Décima. La promulgación de normas generales sobre el régimen del suelo por la Unión y la promulgación de normas regionales sobre ordenación del territorio y urbanismo por los estados federados es una alternativa para la uniformidad de las fuentes de derecho urbanístico municipal**

Es precisa la promulgación de normas urbanísticas generales y regionales por parte de la Unión y de los estados federados, respectivamente, de modo que se conforme un sistema de fuentes de derecho urbanístico municipal más homogéneo en sus determinaciones, alcance e incidencia sobre el derecho de los propietarios y de la ciudadanía en general.

La promulgación de este marco general por la Unión constituiría un importante avance para la homogeneización de la regulación del régimen del uso y la ocupación de la propiedad urbana por las Administraciones locales y también con relación a la cuestión de la compatibilización de los regímenes del uso y la ocupación del suelo metropolitano con el de las ciudades que integran esta unidad territorial, cuestión que

se presenta como un problema pendiente de solución en el ámbito del Plan de Desarrollo Urbano Integrado previsto en el Estatuto de la Metrópoli. Tal medida se plantea en cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, previstos en la Constitución Federal.

Así mismo, una mayor presencia legislativa de los estados federados, que ostentan en el ordenamiento brasileño competencias, aunque suplementarias y supletorias en el ámbito del derecho urbanístico y de la ordenación del territorio, en el sentido de promover la regionalización de las fuentes de derecho urbanístico y de ordenación del territorio por medio de la promulgación de leyes de coordinación del planeamiento municipal conformaría una importante contribución para la institucionalización homogénea del urbanismo en el ámbito local, con la conveniencia del posible desarrollo de experiencias y modelos jurídicos alternativos en el ámbito regional con fundamento en la diversidad y peculiaridad socio económicas y culturales de cada estado federado brasileño. Estas alternativas constituirían auténticos medios legislativos de control de la producción de normas urbanísticas por las Administraciones locales con contenidos dispares, sobre los cuales se intuye, pero no puede precisarse con exactitud ante la profusión de leyes, que cada día son promulgadas, revisadas o alteradas por más de cinco mil municipios.

#### **Undécima. El planeamiento, la gestión y la disciplina urbanística como ejes orientadores de la actividad urbanística: una alternativa al fragmentado ordenamiento urbanístico brasileño**

La elaboración de la legislación reguladora de la actividad urbanística en Brasil debe realizarse en coherencia con los hitos de esta actividad que se identifican en el planeamiento, la gestión o ejecución del mismo y la disciplina urbanística, como medida al estado de la cuestión de la regulación fragmentada o no integral de esta actividad en el modelo urbanístico vigente.

En este contexto, la función de los planes urbanísticos se debe identificar con la definición del diseño del modelo territorial elegido para la ciudad y con la necesaria previsión de su modo de ejecución por medio de planes específicos que contemplan los medios e instrumentos que serán empleados para ello. Con relación a esta etapa de gestión o ejecución de las previsiones del planeamiento, su regulación es escasa en la legislación urbanística brasileña vigente, que debe complementarse por medio de la previsión normativa de sistemas de actuación o ejecución de las determinaciones del plan urbanístico alternativos a la expropiación, abarcando la regulación de mecanismos legales integrados por un conjunto de actos administrativos, actuaciones materiales e instrumentos urbanísticos de carácter no normativo, cuya función sería

facilitar la correcta plasmación física de las previsiones jurídicas del plan y, a la vez, instrumentalizar la equidistribución de cargas y beneficios entre los propietarios prevista en el apartado 9 del art. 2 del Estatuto de la Ciudad y un sistema de recuperación de plusvalías también recogido en el apartado 11 del precepto anteriormente referido, aspectos estos muy poco explorados en la práctica del urbanismo, cuyo desarrollo en normativa general urbanística propiciaría las bases necesarias para su implementación por parte de las Administraciones locales.

**Duodécima. La vía administrativa como alternativa al problema de la interposición de recursos por parte de los particulares para la revisión de las decisiones de la Administración local plasmadas en la ley del Plan Director municipal**

En razón de la naturaleza de ley de los Planes Directores en el ordenamiento brasileño, las cuestiones relacionadas con él deben ser apreciadas por el poder judicial brasileño, porque en este ordenamiento no existe jurisdicción contencioso administrativa y la vía administrativa está para la apreciación del contenido de los actos administrativos.

En estricta observancia del principio de la separación de poderes, el poder judicial solamente puede pronunciarse sobre los aspectos formales y legales del Plan Director ante lo dispuesto en la Constitución Federal, en el Estatuto de la Ciudad o en las constituciones de los estados federados, siéndole vedado realizar juicio sobre la proporcionalidad, conveniencia y oportunidad de las decisiones discrecionales que conforman el contenido del Plan Director. Esta situación constituye en la actualidad un obstáculo a la defensa de los intereses de los particulares afectados por las decisiones del planeamiento porque la naturaleza legislativa del plan, en la práctica, les impide acceder a la vía administrativa para, por medio de recurso administrativo, solicitar la revisión de su contenido.

La consolidación del reconocimiento en la práctica de las Administraciones municipales y en la jurisprudencia de una naturaleza jurídica doble al Plan Director, como ley en sentido formal, ante la exigencia legal de que su aprobación se realice por la Cámara Municipal mediante ley municipal prevista en el art. 40 del Estatuto de la Ciudad, y como acto administrativo, en razón de que su elaboración material se encarga privativamente al Poder Ejecutivo municipal, cuyas decisiones son objeto de control por la propia Administración para la verificación de su oportunidad, conveniencia y proporcionalidad, posibilitaría el empleo de la vía administrativa para la apreciación de cuestiones relacionadas con el contenido de los Planes Directores en el ordenamiento brasileño, conformando una alternativa orientada a la efectividad

de la garantía constitucional de amplia defensa de los intereses de los particulares en el ámbito de las decisiones del planeamiento.

El reconocimiento normativo del empleo de la vía administrativa, en este contexto, se desprendería de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de la Ciudad donde se determina la previsión de un sistema de acompañamiento y control de la implementación del Plan Director. En razón del cual las Administraciones locales, en el propio texto del Plan Director, podrían determinar la instrumentalización de órganos municipales con jurisdicción administrativa especial para recibir y decidir sobre los recursos administrativos interpuestos por particulares y la previsión de las consecuencias de las decisiones adoptadas.

### **Decimotercera. El concepto, función y materias que deben integrar el Plan Director municipal conforme al marco jurídico-urbanístico brasileño y las causas jurídicas de la heterogeneidad de los Planes Directores municipales en la práctica de las Administraciones municipales**

El Plan Director municipal, como instrumento básico de la política urbana previsto expresamente en el texto constitucional, en su art. 182, se presenta como la pieza central del sistema de planeamiento urbanístico municipal y por lo tanto debe contar con una satisfactoria conformación en la legislación urbanística general con relación a su función y contenido, de manera tal, que se desprenda de ella una concepción inequívoca de plan que orientará la actuación de las Administraciones municipales confiriendo homogeneidad al tratamiento de esta materia, situación que no se evidencia plenamente en el ordenamiento brasileño.

Aun en la actualidad, su elaboración y conformación por las Administraciones municipales pone de manifiesto la adopción de distintas concepciones de Plan, con contenidos y alcance regulatorio distintos con relación a la previsión de la ordenación urbanística y la regulación de la propiedad privada urbana.

Esta situación resulta, fundamentalmente, de la consolidación en la doctrina brasileña de una concepción amplia de urbanismo que ha influido en las labores del legislador del Estatuto de la Ciudad y en la práctica administrativa local, por la cual se imputan al plan urbanístico objetivos relacionados con la política de ordenación del territorio y políticas sectoriales, que no encaja con el sistema de reparto de competencias establecido en la Constitución Federal; la ausencia de planes de ordenación territorial supramunicipal orientadores de la actuación urbanística local; la adopción de concepciones diversas de función social de la propiedad que han conllevado la elaboración de planes más o menos programáticos con relación a la regulación de la propiedad urbana; la profusión de corrientes doctrinales, programas

gubernamentales y recomendaciones académicas y técnicas que adoptaban diferentes concepciones de plan; y la deficiente o incompleta previsión del contenido del Plan Director en el ámbito del Estatuto de la Ciudad, cuyas determinaciones no aclaran las materias urbanísticas que deben ser objeto de regular en el plan.

De la Constitución Federal se deriva un concepto de Plan Director de contenido estrictamente urbanístico, que produce efectos vinculantes inmediatos sobre los particulares, que recogerá la ordenación integral del territorio municipal, cuyas exigencias determinan la función social de la propiedad urbana. De ahí que el objetivo fundamental del Plan Director sea recoger el destino urbanístico de la propiedad privada urbana de acuerdo con su función social.

Con relación a su contenido mínimo, la escasa previsión recogida en el art. 42 del Estatuto de la Ciudad debe completarse en orden a la consecución del planeamiento integral del territorio municipal por medio del Plan Director, integrándose en ella los siguientes contenidos: la clasificación primaria del suelo municipal o macrozonificación, la asignación de usos predominantes para cada zona del territorio, la previsión de los sistemas generales, la previsión e instalación de obras de interés general, la regulación de la conservación de la zona rural o áreas naturales, la programación temporal de la ejecución de las obras y proyectos de rehabilitación, parcelaciones para fines urbanos y operaciones urbanas consorciadas y la previsión de elaboración de otros planes urbanísticos cuya función será desarrollar y pormenorizar aquellos aspectos del planeamiento general cuya concreción no ha sido posible en el Plan Director; el límite temporal para su revisión y los hitos de este proceso; y el sistema de acompañamiento y control de su implementación, contemplando el empleo de la vía administrativa por los particulares.

Conforme a este rol de contenidos mínimos, el régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana debe recogerse como materia integrante del contenido mínimo del Plan Director, ya que el mismo se vincula directamente con el destino urbanístico del suelo y de la propiedad urbana, como resultado de la operatividad de la función social de la propiedad, que necesariamente debe plasmarse en las exigencias de ordenación recogidas en el Plan Director, conforme se determina en el párrafo 2 del art. 182 de la Constitución Federal, y no en otras leyes desconectadas de él.

**Decimocuarta. La previsión normativa de un sistema jerárquico de planes urbanísticos: alternativa para la homogenización del planeamiento urbanístico y medida de control de las alteraciones puntuales del planeamiento**

La previsión en norma general de un sistema jerárquico de planes urbanísticos, donde la función y los contenidos de cada plan se determinen de modo que, el ámbito de actuación de cada uno, esté vinculado a las determinaciones previstas en el plan jerárquicamente superior, de manera similar con la que se viene desarrollando en los sistemas de planeamiento en España, aporta una alternativa para la homogenización y uniformidad de los instrumentos urbanísticos de planeamiento previstos en el ámbito municipal y como medida de control en la realización de alteraciones puntuales de las determinaciones del planeamiento, o de las materias que componen su contenido pero están previstas en leyes de desarrollo del plan, por medio de otras leyes municipales desconectadas del planeamiento y de sus objetivos.

En el ordenamiento brasileño, a excepción del plan de parcelación y del plan de operación urbana consorciada regulados respectivamente en la Ley de Parcelación del Suelo y en el Estatuto de la Ciudad, se vienen adoptando conforme a criterios propios de cada Administración municipal distintos planes y leyes de contenido urbanístico que, en su condición de leyes municipales, pueden ser alteradas en sus determinaciones por otras leyes de mismo rango, generando una situación de inseguridad jurídica ante la vigencia o no de determinado precepto y contribuyendo a la conformación de un sistema opaco en que la participación social que se exige durante el proceso de elaboración del Plan Director y para la realización de la alteración de sus contenidos quede relegada a la teoría, ya que en la práctica es posible que la promulgación posterior de una ley altere de manera puntual el contenido del régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana.

En un sistema jerárquico de planes determinado en ley de ámbito nacional o regional, la conveniencia y oportunidad de la concreción de modificaciones y alteraciones debe ser examinada bajo el prisma del principio de jerarquía de planes urbanísticos, según el cual las determinaciones contenidas en un plan de nivel inferior no podrán contradecir las de los planes de nivel superior, matizado por la incidencia del principio de la competencia o especialidad.

#### **Decimoquinta. La identificación del concepto y contenido de la propiedad urbana en el actual ordenamiento brasileño: identificación en los planes y leyes urbanísticas**

El concepto de propiedad urbana no se determina expresamente en la Constitución Federal y en el Estatuto de la Ciudad, no obstante, el análisis de sus preceptos conduce a afirmar que la propiedad urbana es aquella objeto de regulación y conformación por el Plan Director y en ausencia de éste, en los municipios no obligados a elaborarlo, en las directrices de ocupación del suelo municipal. Conforme

a esto, el concepto de propiedad urbana se vincula al inmueble localizado dentro de los límites territoriales definidos por el legislador local o situados en zona definida por él como urbana en el Plan Director o directrices de ocupación del suelo.

En el ordenamiento brasileño, la labor de definir qué es territorio urbano o zona urbana, así como las demás clases de suelo y sus posibles usos, se imputa al legislador local, que lo decide conforme a sus criterios o de acuerdo con los criterios definidos en la legislación urbanística regional, en aquellos estados donde se ha legislado sobre el tema, que constituyen la minoría.

En razón de esta situación, actualmente no se puede precisar con exactitud el contenido jurídico de la propiedad urbana porque su regulación se encuentra atomizada en la legislación de cada municipio brasileño, incidiendo en ella las determinaciones previstas en el Código Civil con relación al derecho de construir y sus límites espaciales, lo dispuesto en la Constitución Federal en el capítulo relativo a la política urbana, en la Ley de Parcelación del Suelo con fines urbanos y en lo dispuesto en el Estatuto de la Ciudad. De ello se desprende que el contenido de la propiedad urbana debe identificarse con el destino urbanístico del bien objeto de derecho conformado en los Planes Directores o en las directrices de ocupación del suelo, puede ser temporal en razón de las determinaciones de los planes urbanísticos, conlleva obligaciones constitucionales de hacer (edificar o parcelar) y está vinculado a la infraestructura y servicios públicos que sirven al inmueble, debiendo llevar aparejado la obligación de sufragarlos conforme determinen los planes y leyes urbanísticas.

**Decimosexta. La rigidez normativa del sistema de obligaciones y sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad privada urbana en el ordenamiento brasileño no permite aportaciones desde el ordenamiento español**

La rigidez normativa del sistema de sanciones y obligaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad, recogidas en el art.182 párrafo 4 de la Constitución Federal y desarrolladas en los preceptos 5 a 8 del Estatuto de la Ciudad, cuyo empleo por las Administraciones locales es bastante restringido en la práctica urbanística actual, hace inviable la introducción de aportaciones de interés desde el ordenamiento español.

De manera específica, la aplicación restringida de las obligaciones y sanciones por incumplimiento de la función social a los inmuebles no edificados, infrutilizados o no utilizados, no permite que su régimen se amplíe a los supuestos de incumplimiento de los deberes urbanísticos por los propietarios, de manera análoga a lo dispuesto en el ordenamiento español.

Así mismo, la previsión de ejecución subsidiaria, directa o indirecta, por las Administraciones locales de las obligaciones de parcelación, edificación o utilización, de manera similar a la prevista en la normativa española, tampoco se puede verificar actualmente en el ordenamiento brasileño porque el legislador del Estatuto de la Ciudad ha adoptado una posición por la cual la ejecución de las obligaciones se imputan de manera exclusiva al propietario, correspondiendo a la Administración promulgar la ley específica que establece las condiciones y plazos para la implementación de la obligación conforme se recoge en el art. 5 del Estatuto de la Ciudad. Esta situación proviene de la idea de no sustitución de la voluntad de los propietarios en el proceso urbanístico.

En razón de la determinación secuencial de las obligaciones y sanciones que se imponen a los propietarios de inmuebles no edificados, infrautilizados y no utilizados en el texto constitucional, las Administraciones municipales no pueden, con fundamento en su poder discrecional, elegir la aplicación de las medidas que mejor se ajusten al caso concreto, tal como se faculta a las Administraciones locales en el ordenamiento español. Las obligaciones y sanciones deben ser aplicadas en todos los casos de conformidad con lo establecido en la Constitución Federal y reproducido en el Estatuto de la Ciudad: procedimiento de parcelación, utilización o edificación compulsorios, aumento progresivo en el tiempo del impuesto predial y territorial urbano y por último, el procedimiento expropiatorio.

Para que el modelo brasileño avance de modo que la aplicación de sanciones y obligaciones a los propietarios de inmuebles urbanos que no cumplan con sus funciones, represente un instrumento efectivo y operativo para las Administraciones locales, es necesaria una flexibilización del sistema constitucional y del recogido, conforme a ello, en el Estatuto de la Ciudad, acorde con un correcto entendimiento de la función social de la propiedad.

**Decimoséptima. La necesidad de una ley general urbanística para la delimitación de las distintas clases de suelo como alternativa a la atomización y fragmentación del régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana y como medida de instrumentalización de la función social de la propiedad**

La conformación en el ordenamiento brasileño del régimen del uso y la ocupación del suelo y de la propiedad urbana debe avanzar, como medida de cumplimiento de los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, hacia una regulación uniforme adoptada desde el ámbito federal, en la cual los criterios relacionados con la clasificación del

suelo, que hoy se realiza generalmente con fundamento en criterios propios de cada Administración local repercutiendo de manera diferente sobre las propiedades de los distintos municipios, se determinen de manera equivalente para todo el territorio nacional, de modo que se disponga de un régimen común de derechos, deberes y cargas. En la práctica de las Administraciones municipales, correspondería decidir sobre la aplicación de estos criterios en sus respectivos territorios: los usos de los terrenos se determinarían conforme a la clase de suelo en que se identificasen, las limitaciones y los deberes serían impuestos a la propiedad vinculados al cumplimiento de la función social de la propiedad, constituyendo requisito de necesaria ejecución para la satisfacción de los aprovechamientos atribuidos a la propiedad por el Plan Director o leyes de directrices de ocupación y en su caso, en las leyes del uso y la ocupación vinculadas a las directrices y objetivos generales del Plan Director. En este sistema, el propietario solamente ostentaría una aptitud inicial para edificar su terreno en la forma en que el plan estableciera, la integración del derecho de construir a su patrimonio se realizaría solamente tras el cumplimiento de los deberes y obligaciones determinadas en el plan para aquella clase de suelo en que el respectivo inmueble se ubicase.

#### **Decimoctava. La situación actual del inmueble como criterio legal alternativo a los criterios de clasificación del suelo más comunes empleados en el ordenamiento brasileño**

El criterio de clasificación del suelo con fundamento en la realidad física de los inmuebles y los servicios e infraestructuras aparejadas, así como su integración en el desarrollo urbano, de manera similar a la que se ha adoptado en España en la actual Ley de Suelo, debe sustituir los criterios comúnmente empleados por las Administraciones municipales para clasificar el suelo en la actualidad que son, los criterios fiscales recogidos en el Código Tributario nacional y el criterio de localización de los terrenos. El sistema de clasificación del suelo con fundamento en la situación actual del inmueble ofrece un mayor control sobre la valoración de los terrenos y sobre el proceso de desarrollo urbano de acuerdo con la planificación.

El empleo de los criterios fiscales recogidos en el Código Tributario Nacional por las Administraciones Públicas con fines urbanísticos en sus planes y leyes del uso y la ocupación del suelo ha derivado en la subversión de la función pública del urbanismo. Conforme a este criterio, se considera la solicitud de transformación urbanística por medio de proyecto de parcelación por particulares destinados a la habitación, industria y comercio, aprobados por los órganos competentes, elemento causante de la configuración del suelo como urbano o de expansión urbana. Esta

práctica está desconsiderando la lógica de la función pública del urbanismo, por la cual compete a la Administración Pública primeramente planificar en qué regiones el desarrollo urbano se debe expandir, con fundamento en estudios técnicos y en las necesidades de la colectividad, para luego clasificar estas áreas como aptas para tal función y a partir de ahí aprobar posibles proyectos de parcelación del suelo para fines urbanos. La actividad de aprobación de parcelaciones por las Administraciones debe realizarse vinculada a la clasificación del suelo planificada y no al revés.

La organización del sistema de clasificación urbanística del suelo con fundamento en el criterio de localización de los terrenos, sin restricciones clasificatorias, está implicando el reconocimiento de suelo urbano o de expansión urbana a cualquier terreno, independientemente de su grado de conexión efectiva con el desarrollo urbano y de las infraestructuras que le sirven. Los efectos de este sistema se hacen notar en el aumento de los precios de los terrenos y de los inmuebles en ellos edificados y en la dispersión de los núcleos de asentamiento, que empuja la demanda hacia áreas cada vez más alejadas en la búsqueda de nuevos terrenos, en un círculo vicioso de expectativas y especulación.

#### **Decimonovena. Alternativas para el perfeccionamiento del sistema de control de la discrecionalidad de planeamiento urbanístico previsto en Estatuto de la Ciudad**

El sistema de control de las decisiones de planeamiento, incluidas las relacionadas con la clasificación y la calificación urbanística de los terrenos, determinadas en el párrafo 4 del art. 40 del Estatuto de la Ciudad, donde se recogen como instrumentos de control en el proceso de elaboración e implementación del Plan Director la realización de audiencias públicas y debates con la participación de la ciudadanía y de asociaciones representativas de los varios segmentos de la comunidad, la publicidad de los documentos e informaciones producidas y su acceso a cualquier interesado, debe ser completado y perfeccionado para un control más efectivo de la discrecionalidad de planeamiento, a través de la integración normativa en el Estatuto de la Ciudad de las medidas siguientes: a) La obligación de justificar las decisiones del planeamiento en un documento integrante del contenido del Plan Director y de las leyes vinculadas a él, que debe recoger el análisis de las distintas alternativas posibles, la justificación del modelo elegido, las determinaciones de carácter general y las correspondientes al uso, ocupación y parcelación del suelo, y el análisis de las alegaciones, sugerencias y reclamaciones realizadas por los ciudadanos y asociaciones representativas de la sociedad; b) La obligación de justificar las modificaciones y alteraciones en el texto de la ley del Plan Director o de

las leyes vinculadas a él, con fundamento en motivaciones preestablecidas en el Estatuto de la Ciudad y de acuerdo con los principios de jerarquía de los planes urbanísticos y la proporcionalidad de las decisiones del planeamiento, prevista la participación ciudadana en este proceso; c) La necesidad de justificar la decisión de revisar el contenido del Plan Director con fundamento en la adopción de un nuevo modelo territorial más adecuado a la realidad local, la aparición de nuevas circunstancias demográficas, económicas o sociales que inciden en la ordenación urbanística, o por agotamiento de las previsiones del plan; y d) La instrumentalización de la participación ciudadana en el momento de elaboración del primer borrador del contenido de la ley del Plan Director, para que la ciudadanía contribuya en la conformación de sus líneas maestras y tras la aprobación del borrador del contenido de la ley del Plan Director.

**Vigésima. La previsión de cargas y deberes urbanísticos distintos en razón del nivel de desarrollo de las infraestructuras y servicios existentes o necesarios: una alternativa a la producción de parcelaciones con niveles de infraestructura y servicios heterogéneos e insatisfactorios en el ámbito de la Ley de Parcelación del Suelo**

La actual Ley General de Parcelación del Suelo para fines urbanos prevé una serie de cargas y obligaciones que deben ser cumplidos por el propietario del terreno objeto de parcelación o por el emprendedor que esté llevando a cabo la operación urbanística para la materialización de parcelaciones tanto en suelo urbano como en suelo de expansión urbana. La imposición del conjunto de cargas y obligaciones se realiza de manera desconectada de las necesidades reales de infraestructuras urbanas básicas y complementarias relativas a cada tipo de suelo, lo que acarrea la producción de parcelaciones con niveles distintos de calidad y cantidad de infraestructuras y servicios que les sirven, unas mejor conectadas y mejor urbanizadas que otras en razón de una mayor integración con el desarrollo urbano y una mejor atención a la necesidad de conexiones externas con otros sistemas.

En razón de eso, es oportuno en el ámbito de los debates preparatorios del borrador de ley de parcelación del suelo para fines urbanos, que vendrá a sustituir el texto vigente, considerar, de manera similar a la que se viene realizando en el ordenamiento español, la imposición de cargas y deberes diversos conforme a la clasificación del suelo en que se ubique el proyecto de parcelación y las reales necesidades de estructuras para su integración en el desarrollo urbano. En este contexto, en aquellas parcelaciones que se lleven a cabo en zona urbana, corresponderá al propietario o emprendedor completar la urbanización de los terrenos

para que adquieran la condición de lote y edificarlo en las condiciones de ocupación que le sean de aplicación en los Planes Directores. Para la pormenorización de las obligaciones y cargas, la Administración local debe, y así se recogería expresamente en el texto de la nueva ley de parcelación, determinar los equipamientos y obras de necesaria ejecución en la nueva parcelación en razón de los existentes en el entorno y barrios vecinos. De manera tal que estas nuevas parcelaciones en zona urbana aporten mejoras a los barrios en general, consolidándose, de esa manera, una visión integradora de planeamiento municipal, que contempla la realidad consolidada y busca su renovación.

En el ámbito de las parcelaciones llevadas a cabo en zona de expansión urbana, los deberes y obligaciones que conlleva su materialización deben relacionarse con su completa urbanización y conexión con los sistemas generales externos, imponiéndoles como requisito mínimo el cumplimiento de las previsiones ya recogidas en el ámbito del borrador de texto de la nueva ley de parcelación además del deber de costear las infraestructuras de conexión de las redes internas con las externas de servicios, y cuando sea necesario, la ampliación y reforzamiento de las mismas, para evitar posibles sobrecargas e impactos perjudiciales a la colectividad que las habitará y su entorno.

**Vigésimoprimera. La regulación a nivel nacional del régimen jurídico del suelo y de la propiedad urbana se postula como un requisito previo para la introducción de la técnica de reparcelación en el ordenamiento brasileño**

La introducción del instrumento de la reparcelación en el ordenamiento brasileño aporta una alternativa a la actual situación de las Administraciones Públicas brasileñas que no cuentan con instrumentos y técnicas urbanísticas orientadas a la promoción de compensaciones de cargas y beneficios derivados de la urbanización entre propietarios de parcelas distintas en el ámbito de proyectos de parcelación de suelo para fines urbanos y otras operaciones de urbanización. En el ordenamiento urbanístico vigente, la Administración Pública se ve compelida a adoptar un proyecto urbanístico que distribuya de manera razonablemente igualitaria las cargas y beneficios de cada parcela y expropiar el lote que ha recibido una carga desproporcional a los beneficios que generará, o expropiar el área completa objeto de la operación. En este contexto la introducción de la reparcelación, que conlleva la posibilidad de reubicación de fincas de resultado, se presenta de interés para que las cargas y beneficios sean distribuidos de manera justa, su versatilidad, ofrece amplias ventajas con relación a los actuales instrumentos de parcelación del suelo y expropiaciones.

La completa operatividad en el ordenamiento brasileño de este instrumento depende de la definición de un régimen jurídico básico de la propiedad, en el cual se prevean las cargas, deberes y obligaciones imputables a los propietarios de suelo y de propiedades urbanas en razón de la situación en que se encuentre el nivel de desarrollo de la infraestructura y servicios que les sirve; de lo contrario, sucumbiría a la casuística concreta de cada uno de los más de cinco mil regímenes jurídicos del suelo que se han establecido en la actualidad.

**Vigesimosegunda. La introducción en el ordenamiento brasileño de la posibilidad de transferencia y negociabilidad del aprovechamiento urbanístico no conlleva su configuración como un derecho independiente del de la propiedad del suelo**

La consideración del derecho de construir, materializado en el aprovechamiento urbanístico, como una facultad del derecho de la propiedad privada urbana en el ordenamiento brasileño, no obsta su tráfico jurídico independiente de este derecho. Las transferencias y la negociabilidad del aprovechamiento urbanístico se fundamentan en una escisión temporal de la facultad de edificar del contenido del derecho de propiedad y no en una situación de desvinculación y consideración de tal facultad como un derecho autónomo con un régimen independiente del de la propiedad privada.

La condición de vinculación entre el derecho de construir y el contenido del derecho de propiedad se confirma en el ordenamiento brasileño porque cualquier negocio jurídico que se establezca con relación al aprovechamiento urbanístico parte de la verificación de la previa titularidad de la propiedad urbana, titularidad que no puede ostentarse sino en razón del derecho de propiedad. Configurar la facultad de edificar como un derecho independiente sería exceder este margen operativo, lo que no resulta posible desde el punto de vista técnico de la construcción jurídica constitucional en materia de propiedad urbana.

**Vigesimotercera. La previsión de diferentes coeficientes por las Administraciones locales para el empleo del instrumento de otorgamiento oneroso del derecho de construir no constituye una limitación al derecho de construir sino un reflejo de la operatividad de la función social de la propiedad sobre el contenido del derecho de la propiedad privada urbana**

La normativización en el Estatuto de la Ciudad del instituto 'suelo creado' por medio del mecanismo de otorgamiento oneroso del derecho de construir, por el cual se permite a las Administraciones locales establecer diferentes coeficientes de

aprovechamiento, incluyendo un coeficiente básico por encima del cual habría la necesidad de otorgamiento específico por parte del Poder Público a los particulares, no se fundamenta en el poder de policía de la Administración Pública para imponer límites al derecho de propiedad como consecuencia de su deber de garantizar el orden territorial, conforme sostiene el Supremo Tribunal Federal, en adopción de una posición desfasada del perfil propietario propuesto por la Constitución Federal.

Conforme al actual estado de configuración del derecho de propiedad en el ordenamiento brasileño, la previsión de diferentes coeficientes de aprovechamiento urbanístico por las Administraciones locales es reflejo de la operatividad de función social de la propiedad sobre el contenido del derecho de propiedad, cuyos efectos se extienden sobre las facultades que lo integran, incluyendo la facultad de edificar el suelo, que será cualificada y cuantificada en razón de este elemento en los planes y leyes urbanísticas, de conformidad con los intereses de la colectividad y con la planificación urbana sostenible de los territorios municipales.

**Vigesimocuarta. La noción de patrimonialización del aprovechamiento urbanístico como alternativa a la atribución, sin restricciones, de un mínimo de edificabilidad a las propiedades ubicadas en zona urbana en el ordenamiento brasileño**

La introducción en el ordenamiento urbanístico brasileño de la noción de patrimonialización del aprovechamiento urbanístico, de manera similar a la que se ha desarrollado en la Ley de Suelo española, por la cual la simple previsión de edificabilidad por el plan o leyes urbanísticas del uso y la ocupación o zonificación del suelo no produce su inmediata incorporación en el patrimonio del propietario del suelo, conllevando como requisito para ello, el cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes propias del régimen que corresponda a cada tipo de suelo, debe realizarse para evitar la práctica en las leyes urbanísticas municipales de atribuir, sin restricciones, un mínimo de edificabilidad a las propiedades ubicadas en zona urbana, en razón de la adopción de entendimiento por el cual la edificabilidad integra el propio concepto de propiedad urbana. Entendimiento este que no condice con la configuración del derecho de la propiedad privada urbana en el actual ordenamiento brasileño, cuyo contenido se conforma en las leyes y planes urbanísticos en razón de la operatividad de la función social de la propiedad.

Actualmente en la práctica de la actividad pública urbanística local, de manera predominante, se entiende que cada propiedad ubicada en zona urbana posee un mínimo de edificabilidad ya incorporado a su contenido mínimo, que puede ser aumentada o disminuida, respetando siempre este mínimo definido en las leyes o

planes urbanísticos, que se entienden como normas administrativas fundadas en el poder de policía de la Administración para limitar el derecho de propiedad, que nace como un haz de facultades naturales.

De acuerdo con el actual marco constitucional, en el cual las normas urbanísticas son conformadoras del derecho de propiedad y se fundamentan en la función social de la propiedad y no tanto en el poder de policía de la Administración Pública para limitar el ejercicio del derecho de la propiedad urbana, el reconocimiento de un mínimo de edificabilidad ya incorporado al patrimonio del propietario, sin que él haya llevado a cabo acción urbanística alguna que justifique la incorporación de esta plusvalía a su patrimonio, conforma un enriquecimiento sin justa causa. Además acarrea efectos nocivos para la colectividad en la medida en que la atribución de edificabilidad se entiende como un reflejo de un derecho natural y no como el resultado de la operatividad de la función social de la propiedad sobre el derecho de propiedad, por la cual la facultad de edificar puede o no atribuirse en razón del interés en integrar este terreno al desarrollo urbano o mantenerlo en estado de conservación o reservado para futuros desarrollos.

De ahí que la introducción en el ordenamiento brasileño de la noción de la necesaria patrimonialización de la edificabilidad por medio del cumplimiento de las cargas, deberes y obligaciones que se impongan a la propiedad en razón del régimen urbanístico que le sea de aplicación, es factible y conforma una evolución natural del urbanismo en este ordenamiento, donde el derecho de propiedad no nace absoluto y luego es restringido posteriormente por el poder de policía, sino que se conforma en razón de la operatividad de la función social de la propiedad en las normas urbanísticas, según el planeamiento urbano, orientando la acción de los propietarios conforme al interés de la colectividad.

#### **Vigésimoquinta. La introducción de la figura del agente urbanizador en el ordenamiento brasileño como una alternativa al monopolio de la ejecución de urbanizaciones por los particulares y en el ámbito de las urbanizaciones de interés social**

En el marco de la Ley de Parcelación del Suelo para fines urbanos, la iniciativa para promover nuevas parcelaciones y proponer su urbanización se confiere íntegramente a los propietarios, pese ser una función pública esencialmente municipal en el ordenamiento brasileño. Esta situación crea un bloqueo con relación a la ejecución de urbanizaciones por los particulares, que muchas veces ya poseen el proyecto de parcelación aprobado pero por circunstancias ajenas al interés público, no llegan a ejecutarlo. Ante esta situación, la introducción en el ordenamiento brasileño

de una figura urbanística similar al agente urbanizador, previsto en la legislación de suelo española, se postula de interés para romper con la dependencia del interés de los propietarios de suelo para promover su desarrollo urbanístico.

Por medio de esta figura, las Administraciones locales tomarían para sí la iniciativa de ejecutar la urbanización, realizándola directamente en el ejercicio de sus funciones, en aquellos casos en que el atractivo comercial no se manifestase claramente, o encargándosela a un agente empresarial especializado, que redactaría el proyecto de urbanización, lo ejecutaría y se encargaría de girar las cargas a los propietarios o asumirlas como costes de la operación imputables al beneficio final de la misma.

La participación de los propietarios de suelo en esta modalidad de ejecución de la urbanización se produciría por medio de la aportación de sus terrenos originales, recibiendo a cambio parcelas edificables o, aportando financiación a la operación, además de terrenos. Aquellos propietarios que no desearan cooperar, renunciarían a ello solicitando la expropiación de sus terrenos.

La relación entre el agente urbanizador empresarial y la Administración Pública se formalizaría mediante contrato administrativo de concesión de obra pública, conllevando la necesidad de que se regularizase la remuneración de los concesionarios mediante la transferencia de la propiedad de los inmuebles producidos por ellos, cuestión aún no regulada expresamente en el ámbito de la legislación administrativa, pero que se postula como un requisito para la plena efectividad y operatividad de esta figura en el ordenamiento brasileño.

## BIBLIOGRAFÍA

AGOUES MENDIZABAL, Carmen. *El Régimen Jurídico de la Planificación Territorial: Conflictos Competenciales y Aspectos Jurídicos*. Oñate: Instituto Vasco de la Administración Pública, 1996.

– “La función social de los derechos, en especial, el derecho de propiedad”. En SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (Dir.). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Las Rozas, Madrid: La Ley, 2010, pp. 519-550.

– “Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamento en relación con los planes urbanísticos”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 190, enero/abril 2013, pp. 197-226.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil*. Derecho de bienes. Tomo III. 11ª Ed. Madrid: Edisofer, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traducción SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia y FERNANDES, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

– “Estatuto da Cidade: razão de descrença ou otimismo? Adicionando complexidades à reflexão sobre a efetividade da lei”. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Vol. 8, núm. 47, septiembre/octubre 2009, pp. 17-23.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz. *Estudio sistemático del Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: Dykinson, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª Ed. São Paulo: Altas, 2010.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

ALONSO IBAÑEZ, María Rosario. “De la política urbanística a la política urbana: Los retos actuales del Derecho Urbanístico”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 46, núm. 277, 2012, pp. 13-28.

– “Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 41, núm. 234, 2007, pp. 106-134.

ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al Derecho Urbanístico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. “Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas dimensões constitucionais da organização do Estado Brasileiro”. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal. XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, septiembre de 1998. Disponible en <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes1.htm>

AMADEI, Vicente Abreu. *Urbanismo realista. A Lei e a Cidade, princípios de direito urbanístico, instrumentos de política urbana e questões controvertidas*. Campinas: Millenium, 2006.

ANGOSTO SÁEZ, José Fulgencio. *El ius aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*. Murcia: Servicios de Publicaciones Universidad de Murcia, 1998.

APPARECIDO JÚNIOR, José Antônio. *Propriedade urbanística e edificabilidade: o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca de cidades sustentáveis*. Curitiba: Juruá, 2012.

ARANTES, Otília. "Uma estratégia fatal". En ARANTES, Otília; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 11-70.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. "O marco normativo do sistema de organização territorial no Brasil". En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (Coord.). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 21-48.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. 5ª Ed. Traducción BATH, Sérgio. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 65-107.

ARRUDA, Alvim. "Função social da propriedade". En REALE, Miguel (Coord.). *Principais controvérsias no novo Código Civil: textos apresentados no II Simpósio Nacional de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 17-31.

ASÍS ROIG, Agustín E. de. (Dir.). *Legislación del Suelo: Análisis comparativo. Incidencia de la STC 61/1997*. Madrid: La Ley-Actualidad, 1997.

ATALIBA, Geraldo. "Decreto regulamentar no sistema brasileiro". *Revista de Direito Administrativo*. Núm. 97, julio/septiembre 1969, pp. 21-33.

– "Regime constitucional e leis nacionais e federais". En CLÉVE, Clémerson Merlin y BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito constitucional*. Organização do Estado. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 280-305.

AURÉLIO, Dicionário da língua portuguesa versão online. Disponible en <http://www.dicionariodoaurelio.com>

ÁVILA ORIVE, José Luis. *La ordenación del territorio en el País Vasco: Análisis, ejercicio y delimitación competencial*. Madrid: Civitas, 1993.

– *El suelo como elemento ambiental. Perspectiva territorial y urbanística*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1998.

AZCÁRATE Y MENÉNDEZ, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*. Época Feudal – Época de la Monarquía. Época de la Revolución. Tomo II. Madrid: Revista de la Legislación, 1880.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. "A luta pela terra urbana". En RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 71-92.

BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. "Repartição constitucional de competências no Estado federal brasileiro". Editora Ferreira, 2013. Disponible en [https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/toq18\\_antonio\\_henrique.pdf](https://www.editoraferreira.com.br/Medias/1/Media/Professores/ToqueDeMestre/AntonioLindemberg/toq18_antonio_henrique.pdf)

BAÑO LEÓN, José María. *Derecho Urbanístico Común*. Madrid: Iustel, 2009.

– “Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico”. En GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique (Dir.). *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 147-164.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins y TRISTÃO, Virgínia Talaveira Valentini. “Federalismo, clientelismo e reforma fiscal”. *Caderno de Pesquisa em Administração*. Vol. 1, núm. 8, enero/marzo 1999.

BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Traducción GARCÍA RODRÍGUEZ, Jesús Ernesto. Madrid: Trotta, 1996.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario*. Madrid: Civitas, 1988.

– *Distribución de competencias en materia de urbanismo: Estado, Comunidades Autónomas, Entes Locales. Análisis de la jurisprudencia constitucional*. Barcelona: Bosch, 2002.

– “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”. En BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coord.). *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 25-66.

BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción. *Las áreas metropolitanas*. Madrid: Civitas, 1993.

BARROSO, Lucas y PASSOS, Cristiane Lisita Abreu (Coord.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Brasileiro - O problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BASSOLS COMA, Martín. *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812 – 1956)*. Madrid: Montecorvo, 1973.

– “El urbanismo metropolitano: Evolución y nuevas perspectivas”. En BOQUERA OLIVER, José María (Coord.). *Derecho Urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 369-380.

BASTOS, Celso Ribeiro y MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUZÁ MARTORELL, Felio José. “Hacia la creación de un mercado del suelo en España”. *Procesos de Mercado: Revista Europea de Economía Política*. Vol. 10, núm. 2, 2013, pp. 265 a 281.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *¿Qué es la propiedad privada?*. Barcelona: La Gaya Ciencia, 1977.

BERMEJO VERA, José. “Análisis previo de la expropiación forzosa”. *Revista Documentación Administrativa*. Núm. 222, abril/junio 1990, pp. 5-20.

BERTAN, José Neure. *Propriedade privada e função social*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas. Edição histórica*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

– *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BONAVIDES, Paulo y ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9ª Ed. Brasília: OAB, 2008.

BONDUKI, Nabil. "Origens da habitação social no Brasil". *Análise Social*. Vol. 29 (127), 1997.

BONIZZATO, Luigi. *A Constituição Urbanística e Elementos para a Elaboração de uma Teoria do Direito Constitucional Urbanístico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORRELL Y SOLER, Antonio M. *El dominio según el Código Civil español*. Barcelona: Bosch, 1948.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

BRASIL, Luciano de Faria. "Alguns tópicos sobre Planos Diretores". *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponible en <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/plandir.pdf>

BREMAKER, François. "As receitas tributárias municipais em 2009". *Estudo Técnico núm. 113*. Fórum Permanente de Secretários de Finanças do Estado da Bahia, septiembre 2010. Disponible en [http://eventos.sefinmba.org.br/erss/downloads/estudo\\_tecnico\\_113.pdf](http://eventos.sefinmba.org.br/erss/downloads/estudo_tecnico_113.pdf)

BRITTO, Carlos Ayres. "Direito de propriedade: O novo e sempre velho perfil constitucional da propriedade". *Revista de Direito Público*. Vol. 22, núm. 99, julio/septiembre 1989, pp. 44-51.

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. "Abandono e arrecadação de imóveis urbanos na perspectiva da política urbana". *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*. Vol. 7, núm. 42, junio/julio 2012, pp. 5-25.

BRUNO FILHO, Fernando Guilherme y DIAS, Solange Gonçalves. "Política urbana, parcelamento do solo e autonomia federativa". *Revista Jurídica*. Vol. 10, núm. 90, abril/mayo 2008. Disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/Fernando\\_Guilherme\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/Fernando_Guilherme_Rev90.pdf)

BUGS, Geisha. "Modelos de gestão de projetos urbanos". *Revista Iberoamericana de Urbanismo*. Núm. 1, 2009, pp. 41-56.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y CRESPO PÉREZ, Manuel A. "La gestión del urbanismo: aspectos generales". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 645-652.

CÂMARA, Jacintho Arruda. "Plano diretor". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAMPOS FILHO, Candido Malta. "Qualidades práticas da requisição urbanística como instrumento de qualificação urbana". En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 417-435.

CANO MURCIA, Antonio. "La participación ciudadana en la elaboración del planeamiento. Los avances del planeamiento". *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*. Núm. 23, 2009, pp. 3498 a 3505.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Instituciones de derecho urbanístico*. 5ª Ed. Madrid: Montecorvo, 1992.

– *Introducción al derecho urbanístico*. 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CARDOSO, Adauto Lucio. "A cidade e seu Estatuto: uma avaliação urbanística do Estatuto da Cidade". En RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 27-53.

CARDOSO, Adauto y RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. "O solo criado como instrumento de reforma urbana: uma avaliação do seu impacto na dinâmica urbana". *Ensaio FEE*. Vol. 13, núm. 1, abril/1992, pp. 370-381.

CARDOSO, Fernanda Lousada. *A propriedade privada obriga? Análise do discurso doutrinário e da aplicação jurisprudencial*. São Paulo: Renovar, 2008.

CARNEIRO, Dionísio Dias. "Crise e esperança: 1974-1980". En ABREU, Marcelo de Paiva (Org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana, 1889-1989*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, pp. 295-322.

CARNEIRO, José Mario B. "Município: parte integrante da Federação?". *Cadernos Adenauer. Avanços nas prefeituras: novos caminhos da democracia*. Vol. 4, núm. 1. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, junho 2004, pp. 23-33.

CARPINTÉRO, Marisa Varanda Teixeira. "Utopia urbanística e o urbanismo utópico". En MONTEIRO, John Manuel y BLAJ, Ilana (Org.). *História e Utopias*. Textos apresentados no XVII Simpósio Nacional de História. São Paulo: ANPUH, 1996, pp. 37-44.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

– *Manual de Direito Administrativo*. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, José Murilo de. "República, democracia e federalismo. Brasil, 1870-1891". *Revista Varia Historia*. Vol. 27, núm. 45, enero/junio 2011, Belo Horizonte, pp. 141-157.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Español, Común y Foral*. Derecho de cosas. Los derecho reales en general, el dominio, la posesión. Tomo II. Vol. I. 14ª Ed. Madrid: Reus, 1992.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CEPAM – FUNDAÇÃO PREFEITO FARIA LIMA. *Roteiro para elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado*. São Paulo: CEPAM, 1975.

COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Bosch, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. "Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade". En STROZAKE, Juvelino José (org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 130-147.

CORRÊA, Antônio Celso di Munno. "Planejamento urbano: competência para legislar dos estados e dos municípios". *Revista de Direito Público*. Vol. 24, núm. 98, abril/junio 1991, pp. 256-262.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*. Derechos reales y derecho hipotecario, derecho de familia y derecho de sucesiones. Tomo II. Revisado por COSSÍO Y MARTÍNEZ, Manuel y LEÓN ALONSO, José. Madrid: Civitas, 1988.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado - Planejamento Urbano - Das Constituições aos Tribunais Luso-Brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Regina Helena. "O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos da política urbana". *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 24, núm. 51, julho/diciembre 2001, pp. 81-98.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Traducción BARROS, Frederico O. Pessoa de. São Paulo: Editora das Américas, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Vol. II. São Paulo: Forense, 1966.

CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier. *El agente urbanizador en el Derecho urbanístico español*. Madrid: Reus, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

– "Instrumentos de política urbana". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 75 a 89.

– "Reforma Urbana". *Problemas e reforma: subsídios para o debate constituinte*. 7ª Painel. Presidente: Dr. Antônio Cláudio Mariz de Oliveira. Expositor: Prof. Adilson Abreu Dallari. Debatedores: Des. José Osório de Azevedo Júnior. Dr. Biasse Antônio Ruggero. Coordenadores: Dra. Leila Buzar. São Paulo: OAB-SP, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*. São Paulo: Forense, 1981.

– "As leis municipais e o direito de construir". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. Vol. 65, 1970, pp. 105-126.

DE MIGUEL GONZÁLEZ, Rafael. "Políticas metropolitanas en España: entre urbanismo y ordenación del territorio". *Geographicalia*. Núm. 32, 1995, pp. 53-62.

DEL NERO, João Alberto Shutzer. "O significado jurídico da expressão função social da propriedade". *Revista da Faculdade de São Bernardo do Campo*. Vol. III. São Bernardo do Campo: 1997, pp. 79-81.

DELGADO BARRIO, Javier. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Madrid: Civitas, 1993.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Leis municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DERANI, Cristiane. "A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da 'função social'". *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 27, julho/septiembre 2002, pp. 63-76.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*. 2ª Ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.

– "Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 295 a 318.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri: Manoele, 2004.

– "Competências urbanísticas". En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 63-74.

DIAS, Daniella S. "A efetividade do direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira". *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 47, núm. 186, abril/junio 2010, pp. 77-88.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Vol. VI. Derechos reales. Cizur Menor: Civitas, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN, Luis. "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución". En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 1257-1270.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral. 7ª Ed. Madrid: Techos, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV. Direito das coisas. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Mônica. "Sesmarias e posse de terras: Política fundiária para assegurar a colonização brasileira". *Histórica Revista Online do Arquivo Público do Estado de São Paulo*. 2ª Ed. Junio 2005. Disponible en <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia03/>

DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio. *Registro de la Propiedad y Administración Pública (Servicio público y función pública registral)*. Granada: Comares, 1995.

DORNELAS, Henrique Lopes. "Abordagem do instituto jurídico da outorga do direito de construir". En PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade e o Plano Diretor Municipal. Teoria e modelos de legislação*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007, pp. 127-192.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Traducción POSADA, Adolfo. Granada: Colmares, 2007.

EMBID IRUJO, Antonio. "Los planes especiales. Régimen jurídico general". En BOQUERA OLIVER, José María (Coord.). *Derecho Urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992, 169 a 199.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*. Madrid: Montecorvo, 1979.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio. *Uma hermenêutica para o programa constitucional do trabalho rural*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Vol. II. Derechos reales. 7ª Ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1985.

ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual de derecho urbanístico*. 7ª Ed. Granada: Ed. Comares, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. "Estado, posse e propriedade: do espaço privado à função social". *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Vol. 06, núm. 11, Curitiba, 1997, pp. 36-51.

– "Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo". *Revista Jurídica*. Vol. 51, núm. 304, febrero 2003, pp. 17-22.

FACHIN, Luiz Edson y GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. "Aspectos da funcionalização da propriedade no modelo brasileiro". En ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, pp. 124-147.

FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Vol. V. 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2001.

FELDMAN, Sarah. *Planejamento e zoneamento. São Paulo: 1947-1972*. São Paulo: Edusp, 2005.

FERNANDES, Bernardo Mançano. "O MST no contexto da formação camponesa no Brasil". En STROZAKE, Juvelino José (Org.). *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 15-87.

FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

– "Direito urbanístico e política urbana no Brasil: uma introdução". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 11-52.

– "A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil". En ALFONSIN, Betânia y FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico. Estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 3-23.

– "Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: Algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México. Vol. 37, núm. 109, enero/abril 2004, pp. 41-69.

– "Política urbana na Constituição Federal de 1988 e além: implantando a agenda da reforma urbana". *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Vol. 7, núm. 42, noviembre/diciembre 2008, pp. 48-57.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio. *Derecho Privado Romano*. Madrid: Iustel, 2012.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. "Un nuevo modelo en la gestión urbanística: la experiencia de la legislación valenciana". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 32, núm. 166, 1998, pp. 89-112.

– "El agente urbanizador en la nueva legislación autonómica". *Revista de Estudios Locales. Cunal*. Núm. Extra 1, 1999 (Ejemplar dedicado a: Urbanismo), pp. 325-338.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2007

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. 5ª Ed. Madrid: Civitas, 2008.

– *Manual de Derecho Urbanístico*. 22ª Ed. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Traducción ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y GREPPI, Andrea. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1975.

– *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000.

– *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, José Sette Whitaker. "A cidade para poucos: Breve história da propriedade urbana no Brasil". *Anais do Simpósio Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização*. São Paulo: UNESP Bauru e SESC Bauru, 2005. Disponible en: [http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j\\_whitaker/artigos.html](http://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j_whitaker/artigos.html)

- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- “Competências administrativas dos Estados e Municípios. Licitações”. *Revista Trimestral de Direito Público*. Núm. 8, 1994, pp. 24-39.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Estatuto da Cidade comentado*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FLORES, Patrícia Teixeira Rezende. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- FONSECA FERRANDIS, Fernando E. *La liberalización del suelo en España. Presupuesto y marco jurídico-constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. “A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Núm. 44, 2006, pp. 61-76.
- FREITAS, José Carlos de. “Plano diretor como instrumento da política urbana”. *Ministerio Público do Distrito Federal*. Disponible en [http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/pdfs/PLANO\\_DIRETOR\\_INSTR\\_POLITICA\\_URBANA.pdf](http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/pdfs/PLANO_DIRETOR_INSTR_POLITICA_URBANA.pdf)
- GALÁN GALÁN, Alfredo. “La organización intermunicipal en los Estatutos de Autonomía, Comunidades Autónomas y Gobiernos locales”. En ZAFRA VICTOR, Manuel. *Relaciones institucionales entre Comunidades Autónomas y Gobiernos locales*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 77 a 92.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo. “Aprovechamientos urbanísticos”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 653-675.
- GARCÍA CAPDEPÓN, Pedro María. “Comentario al artículo 6”. En GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel (Dir.). *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 144-180.
- GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”. *Criterio jurídico*. Núm. 7, 2007, pp. 281-294.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 95, 1997, pp. 407-416.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Madrid: Civitas, 1981.
- GARCÍA RUBIO, Fernando. *Problemas actuales del derecho urbanístico*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos y Dykinson, 2007.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, Alfonso. *Textos de Derecho local español en la Edad Media: catálogo de fueros y costumbres municipales*. Madrid: Instituto de Ciencias Jurídicas, 1989.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 3ª Ed. Madrid: Civitas, 2001.
- GIORDANI, Iginio. *Carta Encíclica “Rerum Novarum”*. 14ª Ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

GIROLDO, Camila y KEMPFER, Marlene. "Autonomia municipal e o federalismo fiscal brasileiro". *Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina*. Vol. 7, núm. 3, septiembre/diciembre 2012. Disponible en <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/12846>

GODOY, Marcos Vinícius Ferreira de. "Função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do direito municipal". *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora*. Vol. 1, núm. 1. Belo Horizonte: enero/diciembre 2011, pp. 37-60.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2006.

– *Direitos reais*. 21ª Ed. Revisada y actualizada por FACHIN, Luiz Edson. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

– "Significado e evolução contemporânea do direito de propriedade". *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais*. Vol. 5, octubre 1953, pp. 57-70.

GÓMEZ OREA, Domingo. *Ordenación territorial*. Madrid: Ediciones Mundi-Prensa y Editorial Agrícola Española, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Vol. XI, Tomo I. 2ª Ed, São Paulo: Max Limonad, 1957.

GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles. "Distribución y conflictos de competencia". En QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). *Derecho urbanístico. Guía teórico-práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 13-37.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *La titularidad de los bienes del dominio público*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (Dir.). *Comentarios a la Ley de Suelo*. Vol. II. 2ª Ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis. *Teoría y práctica del planeamiento urbanístico*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969.

– *Estudios de urbanismo. Propiedad y suelo. Áreas metropolitanas. Financiación del urbanismo. Urbanismo y costas*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1992.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Urbanismo y Ordenación del Territorio*. 4ª Ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007.

GOUVÊA, Denise y RIBEIRO, Sandra. "A revisão da Lei Federal no 6766/79 – novas regras no 'jogo' da cidade?". *Ponencias y comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, pp. 633-652.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

– *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

– *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAZIA, Grazia de y RODRIGUES, Evaniza. "Uma alternativa para a gestão urbana: o Ministério das Cidades e seus desafios". *Revista Rio de Janeiro*. Núm. 9, enero/abril 2003, pp. 11-21.

GRISARD FILHO, Waldyr. "A função social da propriedade (do direito de propriedade ao direito à propriedade)". En RAMOS, Carmen Silveira (Org.). *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 232-252.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. "Comentarios al artículo 7". En SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2006, pp. 119-127.

GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio. "Principio inspirador indirecto: la lucha contra la especulación". En GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel. *Estudio del articulado del Texto Refundido de la Ley de Suelo Estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 106-114.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio. "Regiões metropolitanas e autonomia dos municípios". *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 264, septiembre/diciembre 2013, pp. 135-159.

HERNÁNDEZ-TEJERO JORGE, Francisco. *Derecho romano*. Madrid: Universidad de Madrid, 1959.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5ª Ed. Actualizada por HORTA, Juliana Campos. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "3ª Conferência Nacional das Cidades - Desenvolvimento urbano com participação popular: avançando na gestão democrática das cidades". Disponible en [http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Cidades III/texto base 3 conferencia cidades.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Cidades%20III/texto_base_3_conferencia_cidades.pdf)

JELINEK, Rochelle. "O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil". *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, 2006. Disponible en <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos Fundamentales: conceptos y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

JIMÉNEZ LINARES, María Jesús. *El Derecho al Aprovechamiento Urbanístico*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. "Autonomia municipal na Alemanha e no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 32, núm. 128, octubre/diciembre 1995, pp. 107 a 125.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil*. Derechos reales. Posesión y propiedad. Tomo III. Vol. I, parte 2. Barcelona: Bosch, 1988.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e introducción al Derecho*. Revisada por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María. Madrid: Dykinson, 2006.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. Introducción al Derecho. 11ª Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

– *Principios de Derecho Civil*. Propiedad y derechos reales de goce. Vol. IV. 7ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2007

– "Consideraciones previas al estudio del derecho de edificación: pluralismo de la propiedad privada". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. LXXII, núm. 1. Madrid: Editorial Reus, 1976, pp. 3-32.

– "Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad". *Estudios de Deusto*. Vol. 25, enero/junio 1977, pp. 101-121.

LASO MARTÍNEZ, José Luis. *Derecho Urbanístico*, Vol. III. Madrid: Montecorvo, 1982.

LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente. *El aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

LE CORBUSIER. *Principios de urbanismo (La carta de Atenas)*. Traducción de La charte d'Athènes. Barcelona: Ariel, 1989.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEGUINA VILLA, Jesús. “El régimen constitucional de la propiedad privada”. *Derecho Privado y Constitución*. Núm. 3, mayo/agosto 1994, pp. 9-28.

LEME, Maria Cristina da Silva; FERNANDES, Ana; y GOMES, Marco Aurélio Filgueiras (Org.) *Urbanismo no Brasil 1895-1965*. São Paulo: Studio Nobel/FAU USP/FUPAM, 1999.

LIMA, Tatiana Silva Mello de. “O federalismo brasileiro: uma forma de Estado peculiar”. *Revista Estação Científica Online*. Núm. 5, enero 2008. Disponible en <http://portal.estacio.br/media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estado-peculiar.pdf>

LOBATO GOMÉZ, J. Miguel. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Montecorvo, 1989.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. “A constitucionalização do direito civil brasileiro”. En TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, pp.19-28.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Direito civil*. Vol. VI. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano y MUÑOZ MACHADO, Santiago. *El planeamiento urbanístico*. 1ª Ed. Madrid: Iustel, 2007.

– “El planeamiento urbanístico”. En MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director). *Tratado de derecho municipal*. Tomo III. 3ª Ed. Madrid: Iustel, 2011, pp. 3273-3392.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. *Introducción al Derecho urbanístico*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

– “Ordenación del territorio”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 97-124.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel. *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid: Tecnos, 1988.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta. *Historia de la legislación urbanística*. Madrid: Iustel, 2007.

LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de. *El derecho de propiedad. Crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: Edersa, 1993.

LUCHESE, Maria Cecília. “Transferência do direito de construir – um instrumento mal aplicado”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 343-363.

LUNGO, Mario y ROLNIK, Raquel. *Gestión estratégica de la tierra urbana*. San Salvador: PRISMA-Programa Salvadoreño de Investigación y Desarrollo y Medio Ambiente, 1998. Disponible en [www.prima.org.sv](http://www.prima.org.sv)

MACEDO, Marina Michel de. “Os índices urbanísticos e os princípios esculpidos no art. 2º, incisos IX y XI do Estatuto da Cidade”. En MOTA, Maurício y TORRES, Marcos Alcino. *Transformações do Direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2009, pp. 347-376.

MACHADO, Andréa Soler. “Princípios de Le Corbusier no Rio Grande do Sul: o projeto do bairro residencial da Praia de Belas em Porto Alegre”. *Urbana*. Revista do centro interdisciplinar de estudos sobre a cidade. Campinas. Vol. 6, núm. 8, junio 2014, pp. 799-830.

MACRUZ, João Carlos y MACRUZ, José Carlos. “Competência constitucional do município em urbanismo”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 47-69.

- MAGALHÃES, José Antônio Fernandes de. *Ciência política*. 3ª Ed. Brasília: Vestcon, 2003.
- MALDANER, Alisson Thiago. *O individualismo proprietário e a função social da propriedade na Constituição de 1988*. Monografia. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2012.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- *Limitações ao direito de propriedade*, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MANTECA VALDELANDE, Víctor. “La ejecución subsidiaria en la práctica de la Administración Pública”. *Actualidad Administrativa*. Núm. 11, 2011, p. 5.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade desigualdade e violência*. São Paulo: Hucitec, 1996.
- *Habitação e Cidade*. São Paulo: Atual Editoria, 1997.
  - *Brasil, Cidades. Alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.
  - “As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias”. En ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos B y MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*. 3ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 121-188.
  - “Metrópole, legislação e desigualdade”. *Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*. Vol.17, núm. 48, mayo/agosto, 2003, pp. 151-167.
  - “O Ministério das Cidades e a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano”. *Boletim de Políticas Sociais. Acompanhamento e análise*. Núm. 12, febrero 2006, pp. 211 a 220.
  - “Preço de desapropriação de terras: limites às políticas públicas nas áreas de habitação, meio-ambiente e vias públicas em São Paulo”. *Seminário: A questão fundiária e as políticas sociais*. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, diciembre 2000. Disponible en [http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/produtos/relatorio\\_preco\\_desaprop.pdf](http://www.usp.br/fau/deprojeto/labhab/biblioteca/produtos/relatorio_preco_desaprop.pdf)
  - “A cidade sustentável”. *IX Congresso Nacional de Sindicatos dos Engenheiros - Sociedade, Energia e Meio Ambiente*. Porto Velho: CONSENTE, 2008, Disponible en <http://coptec.org.br/biblioteca/Agroecologia/Artigos/A%20cidade%20sustent%E1vel%20-%20Erminia%20Maricato.pdf>
- MARICATO, Ermínia; RIBEIRO, Luiz César de Queiroz y BARAT, Joseph. “Infraestrutura econômica, social e urbana”. En CARDOSO JR., José Celso y SIQUEIRA, Carlos Henrique Romão de (Org.). *Complexidade e desenvolvimento*. Vol. III. Brasília: Ipea, 2011, pp. 131-154.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Outorga onerosa do Direito de Construir (Solo criado)”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 226-249.
- MARTÍN BLANCO, José. *Los Planes Directores Territoriales de Coordinación en la nueva Ley del Suelo*. Madrid: Ministerio de Vivienda/Servicio Central de Publicaciones, 1975.
- MARTÍN MATEO, Ramón. “Gestión metropolitana. Bases normativas”. En FERRER REGALÉS, Manuel (Coord.). *Planeamiento y gestión metropolitana comarcal y municipal: uniformidad y diversidad, control y flexibilidad*. Pamplona: EUNSA, 1993, pp. 15-29.

MARTÍN REBOLLO, Luis. "Derecho Urbanístico: concepto y contenido". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 65-79.

– "La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 179-208.

– "El Planeamiento municipal: perspectiva general". En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 249-259.

MARTÍNEZ ARANCÓN, Ana. *La Revolución francesa en sus textos*. Madrid: Tecnos, 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. "As normas gerais de direito urbanístico". *Revista de Direito Administrativo*. Núm. 239, enero/marzo 2005, pp. 67-87.

MATTOS, Liana Portilho. "Limitações urbanísticas à propriedade". En FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 55-75.

MEDAUAR, Odete. "Recursos administrativos". *Revista dos Tribunais*. Núm. 583, mayo 1984, pp. 9-16.

MEDINA DE LEMUS, Manuel y CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Centro de Estudios Registrales, 1995.

MEIRELLES, Fernanda. "Governança interfederativa: Estatuto da Metrópole tem texto confuso e pouco preciso". *Revista Consultor Jurídico*, 13 de febrero de 2015. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/fernanda-meirelles-estatuto-metropole-confuso-preciso>

MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de direito público*. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

– *Direito de construir*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

– *Direito municipal brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

– *Parecer sobre o projeto de lei que dispõe sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano*. Brasília: Resolução do CNDU, 1982.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. "O 'Ser' e o 'Ter' na codificação". En FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-111.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

– "Discriminação constitucional de competências legislativas: a competência municipal". En MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 270-280.

– "Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social". *Revista de Direito Público*. Vol. 14, núm. 57/58, enero/junio 1981, pp. 233-256.

– “Natureza jurídica do zoneamento”. *Revista de Direito Público*. Núm. 147, enero/marzo 1982, pp. 23-38.

– “Novos aspectos da função social da propriedade no direito público”. *Revista de Direito Público*. Vol. 20, núm. 84, octubre/diciembre 1987, p. 39 a 45.

– “O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro”. *Interesse Público – IP*. Vol. 13, núm. 66, marzo/abril 2011, s/p. Disponible en <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf>

MELO, Marcus André Barreto Campelo de. “Municipalismo, nation-building e a modernização do Estado no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 23, núm. 8, 1993, pp. 8-100.

– “Crise federativa, guerra fiscal e hobessianismo municipal: efeitos perversos da descentralização?”. *Revista São Paulo em Perspectiva*. Vol. 10, núm. 3. São Paulo: 1996, pp. 11-22.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *Urbanismo y corrupción*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2008.

– “La propiedad en la nueva Ley del Suelo”. *Revista de Derecho Privado y Constitucional*. Núm. 3, mayo/agosto 1994, pp. 63-130.

MERELO ABELA, José Manuel. *Régimen Jurídico y Gestión del suelo urbano y urbanizable*. Madrid: CissPraxis, 2000.

MESQUITA, Rodrigo Octávio. “Desmitificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e Legislação infraconstitucional”. *Revista dos Tribunais*. Vol. 860, núm. 860, junio 2007, pp. 91-133.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO *et. al.* *Subsídios para a definição da Política Nacional de Ordenação do Território – PNOT (Versão preliminar)*. Brasília: agosto, 2006. Disponible en [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=45546192-e711-497a-8323-07244ee574ce&groupId=24915](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=45546192-e711-497a-8323-07244ee574ce&groupId=24915)

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL; SECRETARIA DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL; INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO PARA A AGRICULTURA. *Política Nacional de Desenvolvimento Regional – PNDR*. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2004. Disponible en [http://www.mi.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=240b7eb3-af5d-458a-ad65-1e9f4d5e9095&groupId=24915](http://www.mi.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=240b7eb3-af5d-458a-ad65-1e9f4d5e9095&groupId=24915)

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL y SECRETARIA DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL. *Para pensar uma política nacional de ordenamento territorial: Anais da Oficina sobre a Política Nacional de Ordenamento Territorial, Brasília, 13-14 de novembro de 2003*. Brasília: IICA, 2005.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal nº 11.977/2009*. Brasília: Ministério das Cidades Secretaria Nacional de Acessibilidade e Programas Urbanos y Secretaria Nacional de Habitação, 2013. Disponible en [http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos\\_PDF/Cartilha-Digital-30.10.2013.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/Cartilha-Digital-30.10.2013.pdf)

– “Planejamento territorial urbano e política fundiária”. *Cadernos MCidades: Programas Urbanos, Planejamento Territorial Urbano e Política Fundiária*. Núm. 3, noviembre 2004. Disponible en <http://www.capacidades.gov.br/biblioteca/detalhar/id/105/titulo/cadernos-mcidades-3---programas-urbanos-planejamento-territorial-urbano-e-politica-fundiaria>

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MONTEIRO, Vera. “Parcelamento, edificação ou utilização compulsórias da propriedade urbana”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 90-103.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. III. Direito das coisas. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

– *Curso de direito civil*. Vol. III. Direito das coisas. 42ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Yara Darcy Police y MONTEIRO, Egle dos Santos. “Transferência do direito de construir”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 294-304.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís. *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo (Un estudio evolutivo desde el Código Civil hasta la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, 1980.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª Ed. São Paulo, Atlas, 2002.

MORALES SCHECHINGER, Carlos. “Políticas de suelo urbano, accesibilidad de los pobres y recuperación de plusvalías”. En CARMONA, Marisa y ARRESE, Álvaro. *Globalización y grandes proyectos urbanos: La respuesta de 25 ciudades*. Buenos Aires: Infinito, 2005, pp. 93-112.

MOREIRA Mariana; AMBROSIS, Clementina De; y AZEVEDO NETTO Domingos Theodoro de. “Política Urbana, Plano Diretor, Instrumentos Urbanísticos”. En MOREIRA, Mariana (coord.). *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 435-482.

MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar. “Introducción a un análisis de derecho comparado sobre la organización territorial del Estado”. En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (Coord.). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 13-18.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

– “Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais”. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 25, núm.100. Brasília: octubre/diciembre 1988, pp. 127-162.

MOREIRA, Antonio Cláudio M. L. “Plano diretor e função social da propriedade urbana”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 145-163.

MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo; SUÁREZ LÓPEZ, José María; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Urbanismo y Corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*. Madrid: Dykinson, 2013.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio. “Áreas metropolitanas”. En MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Diccionario de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid: lustel, 2005, pp. 237-242.

MORRETI, Ricardo de Sousa. *Critérios de urbanização para empreendimentos habitacionais*. Tesis Doctoral – Escola Politécnica, Universidad de São Paulo. São Paulo: 1993.

MOTTA, Diana Meirelles da. “Propostas de legislação federal sobre política urbana e o desafio da gestão das cidades”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 15-44.

MOURA, Rosa y HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. "Estatuto da Metrópole: enfim, aprovado! mas o que oferece à metropolização brasileira?". *Observatório das Metrópoles -INCT/CNPQ*. Enero 2015. Disponible en [http://www.observatoriodasmetrosoles.net/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1098:estatuto-da-metropole-nova-lei-para-a-gestao-metropolitana-do-brasil?&Itemid=180&lang=en](http://www.observatoriodasmetrosoles.net/index.php?option=com_k2&view=item&id=1098:estatuto-da-metropole-nova-lei-para-a-gestao-metropolitana-do-brasil?&Itemid=180&lang=en)

MOYSÉS, Aristides; BERNARDES, Genilda y AGUIAR, Maria do Amparo. "Políticas urbanas no Brasil nos últimos 30 anos". En MOYSÉS, Aristides (Coord.). *Cidade, Segregação urbana e planejamento*. Goiânia: UCG, 2005, p. 225-260.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid. *El derecho de propiedad del suelo. De la Constitución a la Ordenación Urbana*. Cizur Menor: Civitas, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. La formación de las Instituciones públicas y su sometimiento al Derecho. Vol. I. 3ª Ed. Madrid: lustel, 2011.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

– "Política urbana e constituinte". *Folha de São Paulo*. 30 de julio 1988, p. 18. Disponible en <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/121758>

MUSTAFÁ TOMÁS, Yásser-Harbi. "Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial el régimen de la Comunidad Valenciana". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 43, núm. 252, 2009, pp. 65-98.

NEGRO PAVÓN, Dalmacio. *Comte, positivismo y revolución*. Madrid: Cinsel, 1992.

NERY JÚNIOR, José Marinho. "O zoneamento como instrumento de segregação em São Paulo". *Cadernos Metrópole*. Núm. 13, 1º semestre 2005, pp. 171-198.

– *Um século de políticas para poucos: o zoneamento paulistano 1886- 1986*. Tesis Doctoral. São Paulo: Universidade de São Paulo. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. 2002.

NUÑEZ RUIZ, Miguel Ángel. *Derecho Urbanístico español*. Madrid: Montecorvo, 1967.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III. 2ª Ed. Madrid: Edersa, 1988.

OLBERTZ, Karlin. *Operação urbana consorciada*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVERIA, Francisco de. "Acumulação monopolista, Estado e urbanização: a nova qualidade do conflito de classes". En MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena; OLIVEIRA, Francisco de; SOUZA, Sérgio de. *Contradições urbanas e movimentos sociais*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra/CEDEC, 1978, pp. 65-76.

ORDUÑA PRADA, Enrique. "Las áreas metropolitanas". En CARBONERO GALLARDO, José Manuel. *La intermunicipalidad en España*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 2005, pp. 93-116.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho urbanístico general*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

– "El artículo 33.3 de la Constitución y la crisis de la garantía expropiatoria". En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II. Madrid: Civitas, 1991, pp. 1271-1300.

PARDO ÁLVAREZ, María. *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *El concepto del Derecho Administrativo*. Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1984.

– *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 1992.

– “Comentario de urgencia sobre los pronunciamientos básicos de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo; en particular la regla de la supletoriedad del derecho general-estatal”. *Actualidad Administrativa*, núm. 29, 14 al 20 de julio de 1997, pp. 571-585.

PAREJO ALFONSO, Luciano y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger. *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*. Madrid: Iustel, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion de. *Estatuto da Cidade e o Plano Diretor Municipal. Teoria e modelos de legislação*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

PENALVA SANTOS, Ângela Moulin S. y MATTOS, Liana Portilho. “Reformas constitucionais e autonomia municipal no Brasil”. *Revista Economía, Sociedad y Territorio*. Vol. V, núm. 20, enero/abril de 2006, pp. 731-752.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil. Direitos reais*. Vol. IV. 22ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Luís Portella. *A função da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntesis, 2003.

PERES, Renata Bovo y CHIQUITO, Elisângela de Almeida. “Ordenamento territorial, meio ambiente e desenvolvimento regional: novas questões, possíveis articulações”. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*. Vol. 14, núm. 2, noviembre 2012, pp. 71-86.

PÉREZ ANDRÉS, Antonio Alfonso. “La limitación constitucional de la remisión legislativa al planeamiento”. *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*. Año nº 30, núm. 146, 1996, pp. 57-96.

PESSÔA, Álvaro. “Aspectos jurídico-institucionais do uso do solo urbano”. *Revista de Administração Pública*. Vol. 12, núm. 2, 1978, pp. 51-65.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

– *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 4ª Ed. (revisada y ampliada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

– “Do Estatuto da Cidade ao Código de Urbanismo”. En MANEGUIN, Fernando B. (Org.). *Agenda Legislativa para o desenvolvimento nacional*. Brasília: Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, 2013, pp. 145-158.

– “O reparcelamento do solo: um modelo consorciado de renovação urbana”. *Texto para Discussão 130*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado Federal, 2013. Disponible en <http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-130-reparcelamento-do-solo-urbano-um-modelo-consorciado-de-renovacao-urbana>

PIPES, Richard. *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*. Traducción DIEGO, Josefina de. Madrid: Ed. Turner Publicaciones, 1999.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

POLIDO, Fabrício Pasquot. “A Constituição de Weimar de 1919 e o conteúdo normativo da ‘Função Social’ dos direitos dos proprietários”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 27, julio/septiembre 2006, pp. 3-47.

PONTES, Daniele; MILANO, Giovanna y IWASAKI, Micheli. "Reflexões sobre a codificação da propriedade fundiária moderna brasileira: diálogos entre direito e economia política". En: TEPEDINO, Gustavo y FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Pensamento crítico do direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 286 a 305.

PORTUGAL, José María de Jesús. *El positivismo: su historia y sus errores*. Barcelona: Eugenio Subirana, 1908.

PRADO, Sergio. "A questão fiscal na Federação brasileira: diagnóstico e alternativas". *Informe Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe*. Marzo 2007. Disponible en <http://www.cepal.org/brasil/publicaciones/xml/9/28329/LCBRSR179SergioPrado.pdf>

PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. El derecho real, la posesión, la propiedad, sus límites, adquisición y pérdida, ejercicio de acciones. Vol. III, parte 1. 4ª Ed. Barcelona: Bosch, 1994.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.). *Derecho urbanístico. Guía teórico-práctica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

RABELLO, Sonia. "Direito urbanístico e Direito administrativo: imbricação e inter-relações". *Revista de Direito da Cidade*. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Harbra, núm. 1, vol. 1, mayo de 2006, pp. 197-210.

RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. "A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras". En FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 3-17.

RASCÓN GARCÍA, César. *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*. 4ª Ed. Madrid: Tecnos, 2011.

REALE, Miguel. "Visão geral do novo Código Civil". *Revista dos Tribunais*. Vol. 808, febrero 2003, pp. 11-19.

– "O novo Código Civil e seus críticos". Disponible en <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>

REBOUÇAS, Gabriela Maia. "Solo criado: um instrumento controverso". *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*. Núm. 3, 2002, pp. 261-270.

RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades: um fato cuja solução também passa pelo direito como um instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul: Educs, 2007.

REIS, Jane Moreira dos. "Desapropriação e função social da propriedade. Um estudo sobre a natureza da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade na Constituição de 1988". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*. Vol. 4, 2002, pp. 157-172.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. "El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997". *Cuadernos de Derecho Público*. Núm. 1, 1997, pp.157-170.

REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución española*. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

REZENDE, Vera; FURTADO, Fernanda; OLIVEIRA, Maria Teresa y YORGENSEN JUNIOR, Pedro. "Outorga Onerosa do Direito de Construir e o Solo Criado – Uma necessária avaliação das matrizes conceituais". *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*. Vol. 11, núm. 2, noviembre 2009, pp. 51-71.

– “Outorga onerosa do direito de construir: Panorama e avaliação de experiências municipais”. *Anais Encontros Nacionais ANPUR*. Vol. 12, mayo de 2007, pp. 1-20. Disponible en <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/2373/2346>

RIGATTI, Décio. “Loteamentos, expansão e estrutura urbana”. *Revista Paisagem Ambiente*. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. Núm. 15, 2002, pp. 35-69.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Vol. I. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

– *Direito das coisas: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das coisas*. Vol. V. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROLNIK, Raquel. “Para além da lei: legislação urbanística e cidadania”. En SOUZA, Maria Adélia (Org.). *Metrópoles e Globalização*. São Paulo: CEDESP, 1999, s/p.

– “Planejamento e gestão: um diálogo de surdos?”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 113-119.

– “As tipologias e os requisitos urbanísticos e ambientais do parcelamento do solo urbano no projeto de Lei nº 3.057/00”. En SAULE JUNIOR, Nelson. *A perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei de parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008, pp. 42-48.

– “Regulação urbanística no Brasil. Conquistas e desafios de um modelo em construção”. *Anais do Seminário internacional Gestão da terra urbana e habitação de interesse social*. PUCCAMP, 2000. Disponible en <https://raquelrolnik.files.wordpress.com/2009/10/regulacao-urbanistica-no-brasil.pdf>

ROLNIK, Raquel, *et al.* “Regulação urbanística e solo urbano para habitação de interesse social - a experiência dos municípios do Estado de São Paulo na década de 90”. Fundação de amparo a investigação do Estado de São Paulo - FAPESP 2009/2011. Disponible en [http://www.vivendaconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2011/07/Elisamara-ARTIGO\\_REGULACAO\\_URBANISTICA\\_SOLO\\_URBANO.pdf](http://www.vivendaconsultoria.com.br/wp-content/uploads/2011/07/Elisamara-ARTIGO_REGULACAO_URBANISTICA_SOLO_URBANO.pdf)

ROMERO REY, Carlos. “Los límites a la potestad de planeamiento urbanístico”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 38, núm. 210, 2004, pp. 11-48.

RÜCKERT, Aldomar A. “A Política Nacional de Ordenamento Territorial. Uma política territorial contemporânea em construção”. *IX Coloquio Internacional de Geocrítica*. Los problemas del mundo actual. Soluciones y alternativas desde la geografía y las ciencias sociales. Realizado del 28 de mayo al 1 de junio de 2007. Porto Alegre: Universidad Federal del Rio Grande del Sur. Disponible en <http://www.ub.edu/geocrit/9porto/aldomar.htm>

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. *La propiedad: sus problemas y su función social*. Vol. I. Salamanca: Ediciones Anaya, 1961.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. “La regla de supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del Derecho Estatal”. *Revista de Estudios Políticos*. Núm. 99, 1998, pp. 281-302.

SANCHÉZ GOYANES, Enrique. *La potestad normativa del municipio español: ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*. Madrid: Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000.

SÁNCHEZ-CERVERA DE LOS SANTOS, Luis. *Ciudadanía participativa y Administración municipal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

SANT'ANA, Ana María. *Plano Diretor Municipal*. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

SANTOS, Renata L. F. “Efetivando a função social da propriedade através dos instrumentos de política urbana. Direito de construir e suas implicações: outorga onerosa do direito de construir. Edificação e parcelamento compulsórios. IPTU progressivo. Desapropriação - sanção para fins de reforma urbana. Direito de preempção”. En MOTA, Maurício y TORRES, Marcos Alcino (Coord.). *Transformações do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus, 2009, pp. 319-346.

SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio. *Derecho Urbanístico. Manual para Juristas y Técnicos*. 7ª Ed. Madrid: Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2008.

SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos y MONTANDON, Daniel Todtmann (Org.). “Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas”. *Projeto Rede de avaliação e capacitação para a implementação dos Planos Diretores participativos*. Rio de Janeiro: Observatório das Cidades, IPPUR/UFRJ, 2011. Disponible en [http://www.observatoriodasmetroles.net/download/miolo\\_plano\\_diretor.pdf](http://www.observatoriodasmetroles.net/download/miolo_plano_diretor.pdf)

SANZ CEBRIÁN, Ricardo. *Cuaderno de planeamiento urbanístico*. Bilbao: El Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya y la Delegación en Vizcaya del C.O.A.V.N., 2003.

SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

– *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

– “A competência do município para disciplinar o território rural”. En SANTORO, Paula y PINHEIRO, Edie (Org.). *O município e as áreas rurais*. Cadernos Pólis. Núm. 8. São Paulo: Instituto Pólis, 2004, pp. 41-52.

– “O direito à cidade e a revisão da Lei de parcelamento do solo urbano”. En SAULE JUNIOR, Nelson (Org.). *A perspectiva do direito à cidade e da reforma urbana na revisão da lei de parcelamento do solo*. São Paulo: Instituto Pólis, 2008, pp. 7-29.

– “Temas estratégicos da reforma urbana no Projeto de Lei 3057/2000 - Revisão da lei 6766/1979”. *Boletim Fórum Nacional da Reforma Urbana*. Rio de Janeiro. Vol. 4, núm. 51, septiembre 2008. Disponible en <http://www.fase.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/26/File/Parcelamento%20do%20Solo%20para%20Boletim.doc> (última consulta febrero de 2015).

SCAFF, Fernando Facury. “Aspectos financeiros do sistema de organização territorial do Brasil”. En MOREIRA MAUÉS, Antonio G. y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar (coordinadores). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 211-235.

SCHEREIBER, Anderson. “Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 6, abril/junio 2001, pp.159-182.

SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO URBANO DA CIDADE DE SÃO PAULO (SEMPA). *Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo (2002-2012)*. São Paulo: Senac, 2002.

SECRETARIA NACIONAL DE PROGRAMAS URBANOS. “Política Nacional de Desenvolvimento Urbano: Programa de reabilitação de áreas urbanas centrais”. Brasília: Oficina de implementação de ações em áreas urbanas centrais e cidades históricas, julio 2010. Disponible en [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100705oficina\\_mobilidadeiphan.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/100705oficina_mobilidadeiphan.pdf)

SEGOVIA ARROYO, José Antonio. “Alcance de concretas determinaciones de la potestad urbanística en la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. Año núm. 37, núm. 201, 2003, pp. 63-88.

SENRA, Kelson Vieira. “Cinquenta anos de políticas públicas federais de desenvolvimento regional no Brasil”. En FARIA, Rodrigo y SCHVARBERG, Benny (Org.). *Políticas urbanas e regionais no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2011, pp. 168-194.

SHULTZ, Fritz. *Derecho romano clásico*. Traducción SANTA CRUZ TEIGEIRO, José. Barcelona: Bosch, 1960.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

– *Processo constitucional de formação das Leis*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

– *Direito urbanístico brasileiro*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

– *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

– “Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana”. *Revista de Direito Público*. Núm. 53-54, enero/junio 1980, pp.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SMOLKA, Martim. “Problematizando a intervenção urbana: falácias, desafios e constrangimentos”. *Cadernos do IPPUR/UFRJ*. Vol. 8, núm. 1, abril 1994, pp. 19-42.

SOUZA, Maria Regina Rau de y MARASQUIN, Marilú. “Solo criado – a experiência em Porto Alegre”. En MOREIRA, Mariana (Coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: CEPAM, 2001, pp. 332-343.

SUAY RINCÓN, José. “Peculiaridades de los planes urbanísticos. Algunas consideraciones sobre sus incuestionables particularidades (caracteres, régimen jurídico y sistema de relaciones)”. En SANTANA RODRÍGUEZ, Juan José (Coord.) *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 137-174.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

– “Função social da Propriedade”. En DALLARI, Adilson Abreu y FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Temas de direito urbanístico*. Vol. I. São Paulo: RT, 1987, pp. 1-22.

– “O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais”. En DALLARI, Adilson Abreu y FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 47-62.

– “Condicionamentos e sacrifícios de direitos – Distinções”. *Revista Trimestral de Direito Público*. Núm. 4, 1993, pp. 79-83.

TÁCITO, Caio. “Problemas atuais da desapropriação”. *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 120, abril/junio 1975, pp. 1-13.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEJEDOR BIELSA, Julio Cesar. *Propiedad, equidistribución y urbanismo*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

– “Reparcelación”. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 676- 696.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”. En TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 8-21.

– “Contornos constitucionais da propriedade privada”. En TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 267-291.

– “A função social da propriedade e o meio ambiente”. En TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 182-196.

– “Normas constitucionais e relações privadas na experiência das Cortes Superiores brasileiras”. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Núm. 28 y 29, julio/diciembre 2008, pp. 191-208.

TEPEDINO, Gustavo y SCHREIBER, Anderson. “O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade”. En STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões Agrárias. Julgados Comentados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002, pp. 91-131.

TOSCANO GIL, Francisco. “El área metropolitana en el ordenamiento jurídico español”. *Cuadernos de Derecho Local*. Núm. 25, 2011, pp. 112-120.

– “Áreas metropolitanas: Diversidad jurídica y planificación territorial”. *Revista de Estudios Regionales*. Núm. 93, 2012, pp. 65-92.

TRÓLEZ HUERTA, Antonio. “Tema 1. El derecho real. El derecho de propiedad”. En DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo II. Vol. I. Madrid: Civitas, 2002, pp. 19-180.

VARELA, Laura Beck y LUDWIG, Marcos de Campos. “Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito”. En MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 763-789.

VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. Leme: LED, 1998.

VELLOSO, Andrei Pitten. “Mutações paradigmáticas da codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002”. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*. Vol. 21, núm. 57, 2004, pp. 9-52.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

– *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

VERA, Flávia Santinoni. “A função social do direito de propriedade e o conceito de produtividade no Brasil”. En TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti y PAIVA, João Pedro Lamana (Coord.). *Novo Direito Imobiliário e Registral*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 299-317.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VILLAÇA, Flávio. *As ilusões do plano diretor*. São Paulo: edición del autor, 2005. Disponible en [http://www.flavioillaca.arq.br/pdf/ilusao\\_pd.pdf](http://www.flavioillaca.arq.br/pdf/ilusao_pd.pdf)

– “Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil”. En DEÁK, Csaba y SCHIFFER, Sueli Ramos (Org.) *O processo de urbanização no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 199, pp. 170-243.

– “Perspectivas do planejamento urbano no Brasil de hoje”. *Seminário cidades brasileiras: Desejos e possibilidades*. Agosto de 2000. Disponible en [http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/campo\\_gde.pdf](http://www.flaviovillaca.arq.br/pdf/campo_gde.pdf)

ZIRMMERMAN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.

## JURISPRUDENCIA

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Sentencia 26/1981, de 17 de julio (FJ 14). Recurso de Amparo 203/1980 216/1980 (acumulados).

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 11/1981, de 8 de abril (FJ 8). Recurso de Inconstitucionalidad 192/1980.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Sala Primera. Sentencia 62/1983, de 11 de julio. Recurso de Amparo 218/1982.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 37/1987, de 26 de marzo (FJ 3). Recurso de Inconstitucionalidad 685/1984.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre (FJ 4). Cuestión de Inconstitucionalidad 704/1984.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 98/2004, de 25 de mayo (FJ 6). Recurso de Inconstitucionalidad 1297/97.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 2608/1989 de 24 de abril.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 465/1992, de 13 de febrero (FJ 3). Recurso de Apelación.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1.376/1992 de 14 de octubre (FJ 2). Recurso 772/1989.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil. Sentencia 832/2005, de 24 de octubre (FJ 3). Recurso 1111/1999.

ESPAÑA. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia 1527/2012 de 8 de marzo (FJ 5). Recurso 2305/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Constitucionalidad ADI 796-3/ES, juzgada en 5 de noviembre de 1992. Relator ministro Neri da Silveira, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario 140436/SP, juzgado en 25 de mayo de 1999. Relator ministro Carlos Velloso. Segunda Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.344 QO/SP, juzgada en 23 de noviembre de 2000. Relator ministro Celso de Mello, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 1918 ES, juzgada en 23 de agosto de 2001. Relator ministro Maurício Corrêa, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI-MC 2213 DF, juzgada en 4 de abril de 2002. Relator ministro Celso de Mello, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Constitucionalidad ADI 1841/RJ,

juzgada en 1 de agosto de 2002. Relator ministro Celso de Mello, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 2.903/PB, juzgada en 1 de diciembre de 2005. Relator ministro Celso de Mello, Pleno.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad AI 491.420-AgR, juzgada en 21 de febrero de 2006. Relator ministro Cezar Peluso, Primera Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 644368, juzgado en 5 de noviembre de 2010. Relator ministro Joaquim Barbosa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 1842/RJ juzgada en 13 de septiembre de 2013. Relator ministro Luiz Fux. Fallo ministro Gilmar Mendes. Pleno.

BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial 27.039-3/SP, juzgado en 8 de noviembre de 1993. Relator ministro Nilson Naves, Tercera Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justicia. Recurso Especial 32.222-8/PR, juzgado en 17 de mayo de 1993, Relator ministro Garcia Vieira, Primera Turma.

BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Paraná. Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 0157892-3, juzgado en 15 de abril de 2005. Relator Mário Rau, Órgano Especial.

BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Paraná. Acción Directa de Inconstitucionalidad. Procedimiento 1905834, PR 1190583-4, juzgado en 07 de julio de 2014. Relator Luiz Osorio Moraes Panza, Órgano Especial.

BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de Rio de Janeiro. Apelación Civil nº 2000.001.09199, juzgada en 26 de marzo de 2001. Relator Milton Fernandes de Souza, Quinta Cámara Civil.

BRASIL. Tribunal de Justicia del estado de São Paulo. Procedimiento APL 994040268608 SP, juzgado en 19 de abril de 2010. Relator Rui Stoco. Cuarta Cámara de Derecho Público.