



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Fernández, Edésio

Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico  
en Brasil

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVII, núm. 109, enero - abril, 2004, pp. 41 - 69  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710902>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# DEL CÓDIGO CIVIL AL ESTATUTO DE LA CIUDAD: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TRAYECTORIA DEL DERECHO URBANÍSTICO EN BRASIL\*

Edésio FERNANDES\*\*

**RESUMEN:** El autor explora algunos aspectos del proceso de construcción conceptual e institucional del derecho urbanístico en Brasil. Para esto y dada la gravedad de los problemas urbanos existentes, el suscrito sabe que estudiar el derecho urbanístico del siglo XXI en Brasil presupone discutir el contexto de las posibilidades jurídicas efectivas y de las prácticas político-institucionales concretas de la gestión urbana. Por la misma razón, plantea el autor que sin dejar de ser fundamental el estudio formal e integral de las leyes, principios e instrumentos jurídicos urbanísticos, la debida comprensión del derecho urbanístico, su naturaleza y sus posibilidades, también requiere una reflexión crítica del proceso de producción de tales leyes, las condiciones para esto y los obstáculos para su cumplimiento, así como su relación con el proceso de producción social de la ilegalidad urbana.

**Palabras clave:** derecho urbanístico, ordenación territorial, planeación urbana, asentamientos humanos.

**ABSTRACT:** In this article the author examines some aspects of the process related to the conceptual and institutional construction of urban law in Brazil. To do so, he assumes that, given the gravity of the existing urban problems, the study of urban law in Brazil requires a discussion of the real legal possibilities as well as the concrete political and institutional practices related to urban management. For the same reason, the author asserts that the understanding of urban law requires not only the formal study of statutes and other urban law principles and legal instruments, but also the critical reflection on the process through which such statutes, principles and instruments are produced, and their relation with urban illegality.

**Descriptors:** urban law, zoning, urban planning, human settlements.

\* Traducción del portugués: Pedro Alves.

\*\* Profesor de la Universidad de Londres; coordinador del IRGLUS-International Research Group on Law and Urban Space.

SUMARIO: I. Introducción II. Función social de la propiedad vs. derecho individual no restringido III. Derecho urbanístico y gestión urbana IV. Ciudades ilegales. V. Regularización de asentamientos informales. VI. La autonomía del derecho urbanístico. VII. Conclusión. VIII. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

El 10 de julio de 2001 fue aprobada en Brasil la importante Ley Federal número 10.257, llamada “Estatuto de la Ciudad”, que regula el capítulo original sobre la política urbana aprobado por la Constitución Federal de 1988 (artículos 182 y 183). La nueva ley seguramente servirá para dar soporte jurídico más consistente a las estrategias y a los procesos de planeamiento urbano, y sobre todo a la acción de aquellos gobiernos municipales que se empeñan en enfrentar las graves cuestiones urbanas, sociales y ambientales que vienen directamente afectando la vida de una enorme parte —82% de la población total— de los brasileños que viven en ciudades.

Más de diez años de discusiones y modificaciones fueron necesarios para que el proyecto de ley —que a su vez era una nueva encarnación de otros diversos anteproyectos discutidos a lo largo de décadas— fuera finalmente aprobado. El texto final de la ley revela todas las dificultades del tenso proceso de negociación y regateo que se dio entre los diversos intereses existentes acerca de la cuestión del control jurídico del desarrollo urbano. Después de ser aprobada por el Congreso Nacional el 18 de junio de 2001, la nueva ley fue encaminada hacia la sanción y/o vetos del presidente de la República, y una polémica entre juristas fue explorada, y aun fomentada, por los sectores contrarios a la aprobación de varios de los principios e instrumentos de la nueva ley, en el sentido de argumentar su inconstitucionalidad y así justificar el voto presidencial. Al final de este proceso fueron vetados solamente algunos dispositivos sobre cuestiones específicas, pero la controversia jurídica no disminuyó.

Al reglamentar el capítulo constitucional sobre la política urbana, el Estatuto de la Ciudad confirmó de manera inequívoca el derecho urbanístico como una rama autónoma del derecho público brasileño. En lo que respecta a la relevancia de los nuevos instrumentos jurídicos y urbanísticos creados y/o reglamentados por la ley federal, creo que la principal importancia del Estatuto de la Ciudad se debe principalmente al marco conceptual consolidado que, si debidamente asimilado, deberá tornarse como referencia central para la debida comprensión e interpretación de las muchas y complejas cuestiones jurídicas intrínsecas al proceso de uso, ocupación y división del suelo urbano, así como para dar soporte jurídico adecuado a las prácticas de gestión urbana.

Este artículo pretende únicamente explorar algunos aspectos de este proceso de construcción conceptual e institucional del derecho urbanístico en Brasil. Parto de la base de que, dada la gravedad de los problemas urbanos existentes, estudiar el derecho urbanístico del siglo XXI en Brasil presupone discutir el contexto de las posibilidades jurídicas efectivas y de las prácticas político-institucionales concretas de la gestión urbana. Por la misma razón, por más fundamental que sea el estudio formal e integral de las leyes, principios e instrumentos jurídicos urbanísticos, la debida comprensión del derecho urbanístico —su naturaleza y sus posibilidades— también requiere una reflexión crítica del proceso de producción de tales leyes, las condiciones para eso y los obstáculos para su cumplimiento, así como su relación con el proceso de producción social de la ilegalidad urbana. Por estas razones, es imperativo que los juristas establezcan los vínculos necesarios entre los estudios jurídicos y los estudios urbanos y ambientales, ya que solamente una visión interdisciplinaria del fenómeno de la urbanización intensiva notaría la complejidad de las cuestiones y de los problemas jurídicos de las ciudades.<sup>1</sup>

Propongo como argumento, que la debida validación crítica de esta dimensión jurídica del proceso de desarrollo urbano requiere

<sup>1</sup> Para una discusión sobre la manera como los estudios urbanos y los estudios jurídicos en Brasil han considerado la dimensión jurídica del fenómeno de urbanización, véas e Fernandes (1998a).

un cambio de paradigma en la manera en que reflexionamos sobre los dos temas básicos: si el derecho urbanístico y la gestión urbana no pueden ser estudiados separadamente; es necesario separar el tratamiento jurídico del derecho de propiedad inmobiliaria del ámbito individualista del derecho civil para ponerlo en el ámbito social del derecho urbanístico, de tal forma que el derecho colectivo para la planificación de las ciudades creado por la Constitución Federal de 1988 sea materializado. Del mismo modo, es necesario separar el tratamiento jurídico de la gestión urbana del ámbito restrictivo del derecho administrativo para ponerlo en el ámbito más dinámico del derecho urbanístico, de forma que el derecho colectivo de la gestión participativa de las ciudades, también creado por la Constitución Federal de 1988, sea efectuado.

## II. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD VS. DERECHO INDIVIDUAL NO RESTRINGIDO

A pesar de que frecuentemente enmascarada por discusiones aparentemente técnicas acerca de los aspectos formales, lo que siempre estuvo en juego durante el largo proceso de discusión sobre la nueva ley — dentro y fuera del Congreso Nacional— era, y todavía es, la fuerte resistencia de los grupos conservadores ligados al sector inmobiliario, a la nueva concepción propuesta por la Constitución Federal y consolidada por el Estatuto de la Ciudad dada al derecho de propiedad inmobiliaria urbana, que es el principio constitucional de la función social de la propiedad y de la ciudad. Como último análisis, toda y cualquier ley urbanística o ambiental implica materializar el principio de la función social de la propiedad, que es sin duda el principio fundamental del derecho urbanístico y del derecho ambiental.

Se trata del principio que venía repitiéndose por todas las Constituciones brasileñas desde 1934, sin que hubiera sido claramente definido o debidamente operado a través de la creación de mecanismos e instrumentos constitucionales y legales que permitieran y garantizaran su cumplimiento. Solamente en la Constitución Federal de 1988 el principio de la función social de la propiedad se

encontró una fórmula consistente, que pudo ser así sintetizada: el derecho de propiedad inmobiliaria urbana está asegurado desde que cumple su función social, que a su vez es aquella determinada por la legislación urbanística, sobre todo en el contexto municipal. Es función del gobierno municipal, promover el control del proceso de desarrollo urbano, a través de la formulación de políticas de ordenamiento territorial en las cuales los intereses individuales de los propietarios necesariamente coexisten con otros intereses sociales, culturales y ambientales de otros grupos y de la ciudad como un todo.<sup>2</sup>

Consecuentemente, fue dado al poder público el poder de, a través de leyes y diversos instrumentos urbanísticos, determinar la medida de este equilibrio —possible— entre intereses individuales y colectivos en cuanto a la utilización de este bien no renovable esencial al desarrollo sostenible de la vida en las ciudades, sea cual sea el suelo urbano.

Con todo, el principio de la función social de la propiedad todavía es en gran medida una figura retórica, ya que hace mucho que la acción de los sectores privados ligados al proceso de desarrollo urbano ha sido pautada por otro principio, que es el del derecho de propiedad individual no restringido. La base jurídica de este principio ha sido regulada por el Código Civil de 1916 —aprobado cuando apenas cerca de 10% de los brasileños vivían en ciudades, en el contexto de un país todavía fundamentalmente agrario, pero que todavía se encuentra en vigor—. Expresando la ideología del legalismo liberal, el Código Civil defiende el principio de la propiedad individual de forma casi absoluta. A lo largo del proceso de urbanización intensiva del país, y aunque pesen los cambios drásticos ocurridos en la sociedad brasileña en este periodo, la acción del poder público en el control del desarrollo urbano ha encontrado obstáculos en los principios civiles, que todavía orientan gran parte de la doctrina jurídica y de las interpretaciones de los tribunales.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Para una discusión del principio de la función social de la propiedad en el contexto de la Constitución Federal de 1988, véase Fernandes (1995; 1998c) y Saule Jr. (1997).

<sup>3</sup> Para un análisis histórico de los procesos y discusiones conceptuales e ideológicas que engendraron la formulación del Código Civil de 1916, véase Grinberg (2001).

El contenido de los cursos de derecho —que incluyen cuatro años y medio de discusiones formales sobre un Código Civil totalmente obsoleto en muchos aspectos— ciertamente ha dificultado el cambio de perspectiva sobre la cuestión: formados en esta tradición civilista, los juristas brasileños todavía miran la ciudad a partir de la perspectiva del lote privado, y naturalmente no ven o entienden mucho más allá de los intereses individuales de los propietarios. Como mucho, aquellos juristas un poco más conscientes de la importancia de la acción del poder público en las áreas urbanas justifican la ampliación de algunas restricciones administrativas al ejercicio de la propiedad inmobiliaria. Con todo, se debe decir que, aunque pese la importancia de esta interpretación, se trata esencialmente de una reforma todavía insuficiente del paradigma liberal.

Culminando un proceso de reforma jurídica que empezó en la década de 1930, lo que la Constitución de 1988 y el Estatuto de la Ciudad proponen es exactamente este cambio de perspectiva, es decir, partiendo del nuevo paradigma conceptual de comprensión e interpretación, sustituir el principio individualista del Código Civil por el principio de la función social de la propiedad —que, dígase de paso, se encuentra presente de manera central en el orden jurídico de muchos de los países capitalistas más desarrollados.

Antes de la aprobación del Estatuto de la Ciudad, la resistencia al principio constitucional de la función social (igual que otras leyes urbanísticas, sobre todo las leyes municipales) era frecuentemente expresada a través del argumento jurídico —equivoco, pero eficiente— de que el capítulo constitucional no sería autoaplicable, con lo que era necesario que una ley federal lo reglamentara, ya que solamente otra ley federal podría modificar los principios del Código Civil sobre el derecho de propiedad. En falta de una ley federal que tratase del proceso de desarrollo urbano, la acción del poder público en este campo tenía que ser justificada por malabarismos intelectuales relacionando diversos principios constitucionales en vigor que trataban de aspectos parciales de la cuestión. Más de doce años después de la creación de la Constitución de

1988, una ley federal finalmente entró en vigor, con lo que este viejo argumento ya no puede ser utilizado.

La verdad es que, por tratarse de un tema tan central del orden económico capitalista, la discusión sobre el derecho urbanístico es con frecuencia atravesada por representaciones ideológicas no siempre explícitas, generando situaciones ambiguas y actitudes contradictorias por parte del poder público — inclusive del Poder Judicial ---, de los juristas y de la propia sociedad. Son muchos los “mitos” que deben ser aclarados para que la discusión sobre el derecho urbanístico se centre en un cuadro de mayor objetividad, apoyado en análisis conceptuales e investigaciones empíricas, de acuerdo con los principios de racionalidad académica más evidentes y en consonancia con los principios contemporáneos expresados en los diversos tratados y convenciones internacionales que Brasil ha firmado frecuentemente.

### **Los derechos de propiedad**

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

Además, argumentar que en el orden jurídico brasileño existe un concepto único de derecho de propiedad es una falacia: son muchas las formas de derecho de propiedad ---inmóvil, móvil, pública, privada, rural, urbana, intelectual, financiera, industrial, etcétera---, así como son diversas las relaciones sociales establecidas

en torno a ellas, siendo cada forma específica tratada de manera diferente por el orden jurídico. El principio liberal del Código Civil ya ha sido profundamente modificado en lo que se refiere a estos derechos, lo cual permite la intervención creciente del Estado en el dominio económico de la propiedad hasta tal punto que hoy se discute la conveniencia o no de la retirada del Estado del escenario económico y el nuevo lugar del mercado. Es en lo que se refiere a una forma específica de propiedad —la propiedad inmobiliaria— que todavía no ha sido reformado el liberalismo jurídico clásico por el Estado brasileño, por razones históricas y políticas.<sup>4</sup>

Proceder a ese cambio de paradigma, sobre todo en el contexto de las decisiones judiciales, es de fundamental importancia. La tradición incipiente de estudios jurídicos urbanísticos en Brasil tiende a ser esencialmente legalista, reforzando el principio civil del derecho de propiedad individual y no restringido. El Código Civil todavía considera la tierra y el derecho de propiedad inmobiliaria casi exclusivamente en función de las posibilidades económicas ofrecidas a los propietarios individuales, cuya medida es determinada por los mismos, reduciendo sobre todo en el ámbito para la acción del Estado en el control de los procesos de uso y ocupación del suelo urbano para hacer compatibles los diferentes intereses existentes en el desarrollo urbano.

Las ciudades brasileñas —fragmentadas, excluyentes, segregadas, ineficaces, caras, contaminadas, peligrosas, injustas e ilegales— son en gran medida el resultado del fracaso del Estado en la reforma del orden jurídico liberal, ya que la lógica especulativa del mercado ve en la propiedad solamente un valor de cambio, es decir, solamente una mercancía, y no se da cuenta de las cuestiones sociales y ambientales. Tan importante como aprobar nuevas leyes y crear nuevos instrumentos, es consolidar el paradigma propuesto por la Constitución de 1988, con el objetivo de reformar para siempre la tradición civilista que está en la base de gran parte de

<sup>4</sup> En otro trabajo —*Law and Urban Change in Brazil*— desarrollé ese tema con más profundidad, para identificar los principales papeles que el derecho ha cumplido en el proceso de urbanización brasileño; véase Fernandes (1995); véase también Fernandes (2000 b) y Fernandes y Rolnik (1998).

la resistencia ideológica a las políticas urbanas progresistas, y que desconsidera el papel central de la ley —y de la ilegalidad— en el proceso de desarrollo urbano y de gestión urbana.

El mayor distanciamiento se debe a la necesidad de comprender que el principio de la función social de la propiedad no puede ser confundido con las restricciones administrativas externas al ejercicio del derecho de propiedad, como muchos juristas han afirmado: el principio constitucional es esencial para la propia caracterización y conformación del derecho de propiedad, calificando internamente las formas de uso, gozo y disposición de los bienes inmobiliarios. En ese sentido, el derecho de propiedad inmobiliaria deja de tener un contenido económico predeterminado —cuya medida sería dada por los intereses individuales del propietario—, y pasa de tener un contenido económico a ser determinado por el poder público ---a través de las leyes, planes y proyectos urbanísticos—, una vez también considerados los otros intereses sociales, ambientales y culturales acerca de la utilización del suelo y de los bienes inmobiliarios.

Solamente la instauración inequívoca de ese nuevo marco conceptual del derecho urbanístico puede llevar a la materialización del nuevo derecho colectivo fundamental creado por la Constitución de 1988, que es el derecho de todos los ciudadanos a tener el desarrollo de sus ciudades planeado de acuerdo no sólo con los intereses individuales de los propietarios inmobiliarios, sino sobre todo de acuerdo con los intereses sociales de la comunidad ---y de la ciudad— como un todo.

### III. DERECHO URBANÍSTICO Y GESTIÓN URBANA

Como he argumentado arriba, la discusión sobre el derecho urbanístico se debe dar en el contexto de su relación con las prácticas concretas de gestión urbana.<sup>5</sup> De hecho, algunas de las ex-

<sup>5</sup> La relación entre derecho urbanístico y gestión urbana en Brasil es el tema de la copilación que organicé recientemente con contribuciones de colegas de diversas partes de Brasil; véase Fernandes (2001b); para una discusión del mismo tema no sólo en el contexto brasileño, sino también internacional, véase Fernandes (2000a).

periencias internacionales más innovadoras de gestión urbana están pasando en Brasil, tal como el presupuesto participativo introducido por el municipio de Porto Alegre y que viene siendo implementado en diversas ciudades. La aprobación del Estatuto de la Ciudad consolidó un nuevo paradigma no sólo para la planificación urbana, sino también para la gestión urbana, especialmente por reglamentar instrumentos jurídicos de implementación de políticas urbanísticas tales como edificación obligatoria, transferencia del derecho de construir, expropiación con pago en títulos de la deuda publica, impuesto progresivo de bienes inmobiliarios y usurcación especial urbana.

Por un lado, el debido tratamiento jurídico del derecho de propiedad inmobiliaria debe ser retirado del contexto individualista del derecho civil de forma que pueda ser interpretado a partir de los criterios más progresistas ---de orden público--- del derecho urbanístico. Por otro lado, las posibilidades y condiciones ofrecidas por el derecho administrativo tradicional para la promoción de una gestión urbana eficiente, justa y democrática tampoco son satisfactorias. Los principios e instrumentos en vigor, limitados, restrictivos y formalistas, no tienen la necesaria flexibilidad y el alcance debidos para manejar y garantizar la seguridad jurídica, las relaciones político-institucionales que están transformándose rápidamente en varios niveles: dentro del entorno estatal más amplio, entre niveles gubernamentales, entre Estado y sociedad, y dentro de la sociedad. Diversas estrategias de planeamiento urbano han sido formuladas con base en nuevas ideas de gestión urbana, como suelo creado, asociación público-privado, operaciones urbanas y operaciones interligadas, privatización y tercerización de la prestación de servicios públicos, aparte del propio presupuesto participativo; pero dichas estrategias todavía no encuentran soporte pleno y adecuado en el orden jurídico administrativo.

Más que nunca, dada la extensión y diversidad de los problemas del país, los juristas deben preocuparse no sólo con la interpretación formal de las leyes, sino también de las condiciones de efectividad de las normas y con la necesidad del cumplimiento de las leyes, políticas y programas urbanos — y de las promesas de re-

formas socioeconómicas y políticas en ellas contenidas. La cuestión de la gestión urbana involucra aspectos y consideraciones transdisciplinarios, que, más allá de la necesidad de una integración entre los profesionales de las diversas áreas, requieren, entre otros factores, la capacidad técnica y financiera de los gobiernos municipales, la difusión de la información sobre las existentes leyes y el combate a la corrupción. De la perspectiva jurídica más inmediata, la discusión sobre la gestión urbana —su naturaleza, sus problemas, obstáculos y posibilidades— requiere la integración de tres dimensiones interrelacionadas, como gestión político-institucional; gestión político-social, y gestión político-administrativa. Las dos primeras dimensiones tradicionalmente están en el ámbito del derecho constitucional; la última, en el ámbito del derecho administrativo. La propuesta del derecho urbanístico público es integrarlas de manera renovada.

La gestión político-institucional tiene que ver con las condiciones de organización del Estado, y la verdad es que el “mapa” del federalismo brasileño no coincide con el “mapa” de la urbanización en el país, o sea, el pacto político-institucional federativo no expresa la realidad urbana-territorial creada en el país. Muchos han sido los problemas causados por este descompás fundamental, siendo que hasta la promulgación de la Constitución Federal de 1988 varios de ellos se debían a factores y procesos complejos, tales como las condiciones distorsionadas de la distribución de las competencias legislativas; la falta de autonomía municipal y la centralización de los poderes políticos, jurídicos y financieros; el entorno autoritario de la gestión metropolitana que entró en vigor entre 1973 y 1988; el tratamiento formal idéntico dado a los municipios totalmente diferentes, etcétera.<sup>6</sup>

A pesar de su importancia, las tentativas de enfrentamiento de tales problemas en el periodo inmediatamente anterior a la convocatoria del Congreso Nacional Constituyente —por ejemplo, a través de la creación de asociaciones y consorcios de los municipios

6 Véase Fernandes (1985) para un análisis de los problemas político-institucionales enfrentados y por los a punto de ser enfrentados por el Congreso Nacional Constituyente; para un análisis crítico del ámbito jurídico-institucional de gestión metropolitana que prevaleció en Brasil entre 1973 y 1988, véase Fernandes (1992).

pios— eran jurídica y políticamente frágiles. Como resultado, surgió el movimiento de “municipalización a cualquier coste” que, para el bien y para el mal, orientó la formulación de la Constitución Federal de 1988. Desde entonces, aun pese al reconocimiento de una autonomía municipal relativamente mayor (aunque posteriormente afectada por la Ley de Responsabilidad Fiscal), diversos problemas siguen afectando las condiciones de la gestión político-institucional, tales como la falta de tratamiento adecuado de la dimensión metropolitana del ordenamiento territorial; el crecimiento artificial de municipios; relaciones intergubernamentales político-financieras poco sistemáticas, etcétera. Ese cuadro ha sido complicado aún más, por el número de problemas fiscales, financieros, sociales, urbanos y ambientales acumulados, y que urgentemente requieren una amplia acción integrada de los entes federativos.

La gestión político-social tiene que ver con la relación amplia entre el Estado y la sociedad. La verdad es que, por varias razones, el orden jurídico-político constitucional no expresa el orden político-social construido en el cotidiano de los procesos políticos del país. Algunos problemas existentes hasta la promulgación de la Constitución Federal de 1988 se referían a la exclusión popular del proceso político, esencialmente autoritario, incluso debido al hecho de que los alcaldes de las capitales no eran elegidos hasta 1982; elección indirecta del presidente de la República hasta 1988; Poder Legislativo impedido, en todos los niveles gubernamentales, a proponer leyes en materia financiera y presupuestal; uso indiscriminado de medidas de excepción como el decreto-ley; sistema electoral excluyente; mecanismos de representación popular viciados; Poder Judicial atrapado por el Poder Ejecutivo y con estructura obsoleta, etcétera. Las tentativas de enfrentamiento de estos problemas que fueron formulados sobre todo a partir del final de la década de 1970, con la crisis creciente de legitimidad del Estado y frente al surgimiento de nuevas formas de organización social como movimientos sociales, sindicatos fuertes, etcétera, resultaron en la importante creación de consejos, comisiones y comités con participación creciente de la sociedad civil.

Después de 1988, dentro de muchos otros problemas político-sociales existentes, se puede destacar el hecho de que, aunque la Constitución proponga la combinación entre democracia representativa y democracia directa de variadas formas, el fortalecimiento del Poder Legislativo ha llevado a tensiones con los mecanismos de participación popular ---presupuesto participativo, consejos deliberantes, etcétera--- que se dan en el seno del Ejecutivo; la estructura del Poder Judicial fue lamentablemente poco alterada; también el sistema electoral fue poco alterado, etcétera. En fin, son muchos los problemas que necesitan ser urgentemente confrontados.

Desde la perspectiva de la gestión político-administrativa, también hay muchas cuestiones complejas por ser enfrentadas. Con la crisis fiscal, la redefinición del papel del Estado originado por las políticas de liberalización, las presiones originadas de la globalización económica, el incremento de la pobreza social, los avances tecnológicos, etcétera, ha habido una presión creciente de la flexibilidad de la planificación urbana y de la acción administrativa, de tal forma que respuestas más rápidas puedan ser dadas a las cuestiones urbanas. Surgieron entonces los principios de asociación público-privado, operaciones urbanas, operaciones interligadas y ganancias de la planificación, siempre con énfasis en la idea del regateo, del crédito y de la estimulación. Con base en dichas estrategias, está la crítica a la burocratización excesiva del derecho administrativo en vigor, a la rigidez de las reglas que orientan el contrato administrativo, y la inflexibilidad de los principios que rigen la relación entre el Estado y el sector privado. Con todo, otros problemas igualmente serios tienen origen en los cambios en las prácticas de la gestión político-administrativa: las nuevas estrategias adoptadas frecuentemente no se han basado en criterios transparentes. La seguridad jurídica de las nuevas relaciones entre el sector estatal y el sector privado ha sido cuestionada, la falta de criterios y de control en las decisiones tomadas han hecho que nuevos espacios hayan sido abiertos para corrupción, favorecimiento político y amiguismo, etcétera.

También en el contexto de la gestión urbana es fundamental que el paradigma del derecho urbanístico sea consolidado, para crear una verdadera esfera pública que no sea reducida al sector estatal y que sea efectivamente democrática y participativa, para que así sea materializado el otro nuevo derecho colectivo creado por la Constitución Federal de 1988, que es el derecho colectivo a la participación directa e indirecta de todos en el proceso de gestión de las ciudades.

#### IV. CIUDADES ILEGALES

Tal y como he destacado anteriormente, no es posible hablar de derecho urbanístico en el Brasil actual sin hablar de ilegalidad urbana. La proliferación de las formas de ilegalidad en las ciudades, especialmente en el contexto cada vez más significativo de la economía informal, es una de las mayores consecuencias del proceso de exclusión social y segregación espacial que ha caracterizado el crecimiento urbano intensivo en los países en desarrollo. Este fenómeno se vuelve aún más importante en lo que se refiere a los procesos socioeconómicos y culturales de acceso al suelo y producción de la vivienda: un número cada vez mayor de personas han tenido de incumplir la ley para tener un lugar en las ciudades, viviendo sin seguridad jurídica de la tenencia, en condiciones precarias, así como insalubres y peligrosas, generalmente en áreas periféricas o en áreas centrales desprovistas de infraestructura urbana adecuada. Diversos datos de fuentes distintas han revelado que, si consideradas dichas formas de acceso al suelo urbano y de producción de la vivienda, entre 40% y 70% de la población urbana en las grandes ciudades de los países en desarrollo están viviendo ilegalmente, considerando que tales índices llegan a 80% en algunos casos. Datos recientes de los municipios de São Paulo y Río de Janeiro han reconocido que por lo menos 50% de la población de aquellos municipios vive ilegalmente.

Ese fenómeno complejo ha atraído cada vez más la atención de los investigadores a nivel internacional, y diversas publicaciones importantes recientes han registrado las conclusiones de tales in-

vestigaciones.<sup>7</sup> En cuanto a sus especificaciones, esta discusión sobre la ilegalidad urbana tiene que quedar dentro del contexto más amplio de la reflexión sobre el papel central que el derecho — comprendiendo no solamente las leyes existentes, pero también los principios jurídicos, decisiones judiciales y la dinámica más amplia del orden jurídico— han tenido en la determinación del padrón del proceso de crecimiento urbano en los países en desarrollo. De hecho, la discusión crítica sobre la ley y la ilegalidad en el contexto del desarrollo urbano ha ganado protagonismo en los últimos años, especialmente desde que la Agenda Hábitat de la ONU resaltó la importancia fundamental del derecho urbanístico.<sup>8</sup>

No hay más que ignorar que la legalidad e ilegalidad son dos caras del mismo proceso social de producción del espacio urbano. La ilegalidad urbana tiene que ser comprendida no solamente en términos de la dinámica entre sistemas políticos y mercados de tierras, sino también en función de la naturaleza del orden jurídico en vigor, sobre todo en lo que se refiere a la definición de los derechos de propiedad inmobiliaria urbana. A partir de la mitad de la década de 1990, también en Brasil juristas y no juristas han debatido cada vez más las causas e implicaciones del proceso creciente de ilegalidad en las ciudades, partiendo de, y combinando, diversas perspectivas ---jurídica, sociológica, política, económica, ambiental y antropológica.—<sup>9</sup> Diversos estudios han explorado la relación entre la legislación de la planificación urbana, exclusión social y segregación espacial; más recientemente, otro factor importante está asociado a esa ecuación, que es la creciente violencia urbana.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Este es el tema de la copilación *Illegal Cities Law and Urban Change in Developing Countries*, que organicé junto con Ann Varley, con contribuciones de diversos países (1998); véase también Fernandes (1999c; 2001a).

<sup>8</sup> Agenda Hábitat es el plan global de acción adoptado por la comunidad internacional en la Conferencia Hábitat II de la ONU, realizada en Estambul, Turquía, en junio de 1996.

<sup>9</sup> Entre otros colegas juristas que han escrito y publicado frecuentemente sobre el tema merecen destacarse Betania de Moraes Alfonsin, Jacques Alfonsin, Leticia Marques Osoiro e Nelson Saule Jr.; entre los no juristas, debe ser destacado el trabajo pionero, combativo e imprescindible de Erminia Maricato y Raquel Rolnik.

<sup>10</sup> Para la discusión de la relación entre legislación, planificación y violencia, véase los resultados de la investigación recién coordinada por Raquel Rolnik (1999).

En suma, también como ha indicado la Agenda Hábitat, ha quedado cada vez más claro que la promoción de la reforma urbana depende en parte de la promoción de una reforma jurídica amplia, sobre todo en lo que se refiere a la regulación de los derechos de propiedad inmobiliaria y del proceso más amplio de desarrollo urbano, planificación y gestión. La Campaña global de la ONU por la Buena Gobernancia Urbana también revela que la promoción de la reforma jurídica ha sido vista por organizaciones nacionales e internacionales como una de las principales condiciones para el cambio del patrón excluyente del desarrollo urbano en los países en desarrollo y en transición, y para la efectiva confrontación de la ilegalidad urbana.<sup>11</sup> En especial, es fundamental que se reconozca que, en casos como el de Brasil, en los que la ilegalidad urbana dejó de ser la excepción y pasó a ser la regla, ésta es estructural y estructurada de los procesos de producción de la ciudad —y necesita ser enfrentada como tal, requiriendo la formulación de directrices y estrategias específicas en el contexto más amplio del planeamiento urbano y de la gestión urbana, y no meramente a través de políticas sociales y/o urbanísticas aisladas y marginales.

Hay otros tres aspectos de ese proceso que necesitan ser mencionados, aunque brevemente: juzgando por las reacciones de las autoridades públicas y de la propia opinión pública, parece que existen en Brasil “grados de ilegalidad”, es decir, algunas prácticas de ilegalidad urbana son más toleradas e igualmente más justificables de lo que otras —que provocan la acción represiva del Estado. En general, se puede decir que la mayor o menor tolerancia de las prácticas de ilegalidad tiene que ver con la existencia de documentos formales—por más jurídicamente precarios que sean ---que sugieren una tentativa de continuidad en la cadena de transmisión de las propiedades—.<sup>12</sup> Además, hay que recordar que las prácticas de ilegalidad en las formas de acceso al suelo y a la vivienda no son de forma alguna restrictivas a los pobres. De

<sup>11</sup> Véase el sitio del UNCHS-United Nations Centre for Human Settlements (Habitat) [www.unchs.org/govern](http://www.unchs.org/govern) para información sobre la Campaña Global para la Buena Gobernancia Urbana.

<sup>12</sup> Véase Fernandes (1997) para una discusión acerca de ese punto.

hecho, son muchos los ejemplos de prácticas ilegales verificadas entre los grupos más privilegiados, que van desde la falta de respeto frecuente a las normas urbanísticas hasta los llamados “condominios cerrados”, que, entre otros efectos negativos, impiden la libre circulación de todos en las calles y el libre acceso a las playas —que son bienes de uso común de todos—. En cuanto a esas formas de ilegalidad, la regla ha sido la impunidad. Por fin, la crisis generalizada del orden jurídico ha llevado a la proliferación de formas informales de distribución de la justicia, cada vez más “sofisticadas” y asimiladas sobre todo en la cotidianeidad de las comunidades excluidas del acceso al sistema jurídico oficial. Tales prácticas naturalmente cumplen sus importantes funciones sociales, políticas e ideológicas, pero en su esencia el fenómeno es peligroso, ya que pone en evidencia los patrones básicos de la organización sociopolítica del país.<sup>13</sup>

## V. REGULARIZACIÓN DE ASENTAMIENTOS INFORMALES

Una de las cuestiones que más han ocupado a los juristas involucrados con la cuestión urbana internacionalmente hacen referencia a los programas de regularización de asentamientos informales que han sido implementados en varios países. Preocupados con las graves implicaciones sociales, económicas, ambientales y políticas del proceso de ilegalidad urbana, sobre todo para la población pobre ---y en especial mujeres y niños—, a lo largo de las últimas dos décadas también los administradores y planificadores urbanos de diversas ciudades en varios países de Latinoamérica, África y Asia han, siempre con mucha dificultad, buscado formular programas de regularización de la tenencia de tales asentamientos informales, buscando promover la urbanización de esas áreas y reconocer en alguna medida los derechos de sus ocupantes. Esa necesidad de enfrentamiento urgente a la ilegalidad urbana con el objetivo de promover la integración socioespacial de los

<sup>13</sup> Para una discusión más profundizada de ese tema, véase Fernandes (1999b; 2001a); la tradición de estudios sobre el fenómeno de la justicia informal y del pluralismo jurídico se debe a la contribución pionera fundamental de Boaventura de Sousa Santos.

grupos que viven en asentamientos informales es el tema central de la Campaña Global por la Seguridad de la Tenencia que viene siendo promovida desde 1999 por la agencia Hábitat de la ONU.<sup>14</sup>

En Brasil, dichos programas de regularización han sido implementados en diversos municipios — como Porto Alegre— desde la mitad de la década de 1980, y sobre todo a partir del inicio de la década de 1990, cubriendo tanto las favelas como, en una escala menor, los llamados “loteos clandestinos” y/o “irregulares”. De hecho, entre otras formas de ilegalidad urbana, la proliferación de favelas y loteos clandestinos/irregulares es una de las consecuencias más fundamentales del proceso de exclusión socioespacial que han caracterizado el crecimiento urbano en el país. A lo largo de las décadas de urbanización intensiva, dada la combinación entre la falta de una política habitacional de padrón social y a la ausencia de opciones accesibles y adecuadas ofrecidas por el mercado inmobiliario, un número cada vez más grande de brasileños han tenido en las favelas y en los loteos periféricos la única forma posible de acceso al suelo urbano y a la vivienda. Más recientemente, con el aumento significativo de la pobreza urbana, la adquisición de lotes en loteos ilegales se ha vuelto prohibitiva para una parte cada vez más grande de la población, con lo que el número de favelas han crecido desorbitadamente en las áreas periféricas de diversas ciudades, juntamente con la mayor densidad de ocupación de las favelas centrales ya existentes. A falta de políticas habitacionales adecuadas, “corticos” e invasiones, generalmente en áreas impropias para la ocupación humana, han sido las formas contemporáneas de acceso a la vivienda en las ciudades.

El papel de la legislación en ese proceso de producción de la ilegalidad urbana y de la segregación espacial merece destacar, especialmente en lo que se refiere, como he insistido, a la visión individualista y excluyente de los derechos de propiedad inmobiliaria que todavía son vigentes en el país. Además, se debe resaltar el papel importante cumplido por las leyes elitistas y socialmente

<sup>14</sup> Véase el sitio del UNCHS-United Nations Centre for Human Settlements (Habitat) [www.unchs.org/tenure](http://www.unchs.org/tenure) para información sobre la Campaña Global por la Seguridad de la Tenencia.

inadecuadas que históricamente han desconsiderado las realidades de los procesos socioeconómicos de producción de la vivienda, exigiendo patrones técnicos y urbanísticos inalcanzables, acabando por reservar las áreas nobles y proveídas de infraestructura para el mercado inmobiliario destinado a las clases media y alta, e ignorando así las necesidades de vivienda de los grupos menos favorecidos. Tal proceso ha sido agravado por la falta de políticas urbanísticas y fiscales efectivas de combate a la especulación inmobiliaria.<sup>15</sup>

De igual manera, las posibilidades ofrecidas por el cuadro jurídico en vigor para la formulación de políticas de regularización fundiaria necesitan ser comprendidas mejor, sobre todo por aquellos gobiernos municipales comprometidos con propuestas de democratización de las formas de acceso al suelo y a la vivienda. Dar respuestas adecuadas a los problemas complejos originados por la ilegalidad urbana es difícil, y las soluciones particulares no siempre pueden ser repetidas en otros casos. En un último análisis, un programa de regularización bien sucedido depende de la acción gubernamental sistemática, y requiere tanto inversiones de dinero en cuanto a la promoción de reformas jurídicas se refiere.

Aunque se reconozca el carácter paliativo de estos programas y la necesidad de inversiones públicas y políticas sociales que efectivamente den opciones de vivienda social accesibles y adecuadas, sobre todo en las áreas centrales de las ciudades, la legitimidad de los programas de regularización de los asentamientos informales existentes es innegable, y puede ser claramente justificada sea por razones pragmáticas, sea por involucrar derechos fundamentales. De modo general, los programas de regularización de favelas en Brasil han sido más sistemáticos y consistentes que los programas de regularización de loteamientos, reflejando una mayor movilización de los moradores en favelas, lo que quizá pueda ser explicado por su condición jurídica más precaria y su mayor vulnerabilidad política y socioambiental. Porto Alegre es uno de los pocos municipios brasileños donde una política consistente de regularización de loteamientos está siendo implementada.

<sup>15</sup> Este punto fue expuesto brillantemente por Rolnik (1997) y Maricato (1996).

A la vez, las favelas son contemporáneas del proceso de urbanización, y el fenómeno ha sido debido y ampliamente investigado y analizado en Brasil e internacionalmente. Juntamente con el caso de Brasilia, la experiencia de Belo Horizonte, ciudad planificada, expresa de manera inequívoca la naturaleza excluyente del proceso de desarrollo urbano y el padrón segregador de las relaciones históricas que se han dado entre legislación, planificación urbana, mercado inmobiliario y sociedad, sobre todo en la creación de la dinámica y posibilidades del mercado y en la determinación del lugar de los pobres en la ciudad. En Belo Horizonte, una vez que las necesidades de los pobres —constructores de la ciudad— fueron ignoradas por los planificadores urbanos, las primeras favelas fueron constituidas, antes mismo de la inauguración oficial de la ciudad: en 1895, cerca de 3,000 personas ya vivían en favelas en la nueva ciudad que estaba siendo construida. Cerca de 100,000 familias viven actualmente en favelas en Belo Horizonte, equivalente a más del 20% de la población total, siendo en otras ciudades, como Salvador y Recife, un porcentaje superior al 40%.<sup>16</sup>

En Belo Horizonte, como en varias otras ciudades brasileñas, como Porto Alegre y Recife, dada la creciente movilización social de los favelados reivindicando por el reconocimiento de sus derechos y por la urbanización de las favelas, las políticas públicas municipales han avanzado a lo largo de varias décadas en el sentido de reconocer en alguna medida el derecho de los favelados a tener un lugar más adecuado en el espacio de la ciudad. A partir de la década de 1970, en varios municipios las expulsiones violentas y remociones forzadas fueron siendo gradualmente sustituidas por la relativa tolerancia de estas formas de ocupación ilegal, culminando con el reconocimiento oficial de algunas de las áreas de las favelas y de los derechos de las comunidades que en ellas viven.

También en esa nueva realidad Belo Horizonte es una referencia fundamental en el contexto brasileño. La ley que creó el Pro-Favela de Belo Horizonte, en 1983, fue pionera al proponer un pro-

16 Hace muchos años que escribo regularmente sobre la experiencia de Belo Horizonte; véase, por ejemplo, Fernandes (1998b).

grama social de regularización de las favelas, introduciendo una fórmula original: la combinación entre la identificación y demarcación de favelas como áreas residenciales para fines de vivienda social ---inicialmente denominadas “sectores especiales”--- en el contexto de la planificación del territorio municipal; la definición de normas urbanísticas específicas de uso, división y ocupación del suelo en dichas áreas, y la creación de mecanismos político-institucionales de gestión participativa de los programas de regularización. Esta formula acabó convirtiéndose en un paradigma seguido por diversas otras ciudades, como Recife, Salvador y Porto Alegre, en las cuales también fueron creadas “zonas/áreas especiales de interés social” con patrones urbanísticos propios y sometidas a un proceso participativo de gestión institucional.<sup>17</sup>

De hecho, la creación de las zonas residenciales especiales para fines de vivienda social dentro de la ley que regula las áreas municipales han sido consideradas un gran avance desde el punto de vista que permiten redefinir en parte, o por lo menos minimizar, la dinámica del mercado inmobiliario, garantizando así los espacios en el territorio de la ciudad para los grupos pobres. Ese modelo ha sido exportado a otros países, sobre todo en África, en parte por el reconocimiento internacional de las innovaciones de las experiencias brasileñas, y también debido a la acción de ONGs extranjeras, como la GTZ y la AVSI, que actuaron en ciudades brasileñas. En Brasil, combinando políticas de urbanización — implementación de infraestructura y prestación de servicios--- y políticas de legalización — de las áreas y de los lotes individuales—, y aunque pesen sus diferencias, casi todos los programas de regularización de favelas han sido estructurados en torno a dos objetivos principales, que son: el reconocimiento de alguna forma de seguridad jurídica de la tenencia para los ocupantes de las favelas, bien como la integración socioespacial de dichas áreas y comunidades en el contexto más amplio de la estructura y de la sociedad urbana. Se debe mencionar que las políticas de legalización que intentan proveer de seguridad jurídica a la propiedad requieren

<sup>17</sup> Para un amplio análisis comparativo de las principales experiencias brasileñas, véase el trabajo fundamental de Betania de Moraes Alfonsin (1997; 2001).

una atención aún mayor en lo que se refiere a las implicaciones del género del proceso.

Con todas sus limitaciones, estos programas han sido más exigentes en lo que se refiere a las políticas de urbanización que a las políticas de legalización, siendo beneficiadas a lo largo de los años de inversiones públicas, muchas de las favelas que ya están más bien equipadas con infraestructura urbana y servicios públicos que los loteos ilegales de las periferias de las ciudades.<sup>18</sup>

En especial, planificadores y administradores urbanos, sobre todo aquellos trabajando en las agencias de regularización, deben tomar conciencia acerca de las amplias, a veces perversas, implicaciones de sus propuestas, especialmente en lo que se refiere a la legalización de los asentamientos informales. El reconocimiento de los tan aclamados derechos sociales de la vivienda no pueden ser reducidos al reconocimiento de los derechos individuales de propiedad. De hecho, la legalización de las actividades informales, particularmente a través del reconocimiento de los títulos individuales de la propiedad plena, no implica automáticamente la integración socioespacial. Por el contrario, si no fueran formulados dentro del ámbito de las políticas socioeconómicas comprensivas, los programas de regularización de la tenencia pueden tener otros efectos indeseados, como nuevos cargos financieros para los ocupantes, teniendo un impacto poco significativo en la reducción de la pobreza urbana y, lo que es aún más importante, reforzando directamente el conjunto de fuerzas económicas y políticas que han causado tradicionalmente la exclusión social y la segregación espacial.<sup>19</sup>

### **Legalidad e ilegalidad**

Es necesario que juristas, planeadores y administradores urbanos comprendan que existe una relación directa entre la ilegalidad ur-

<sup>18</sup> Para una evaluación crítica de las experiencias sobre la legalización de las favelas en Brasil, véase Fernandes (1999a).

<sup>19</sup> Este es el tema del proyecto de investigación “Enfoques innovadores para la seguridad de la propiedad para los pobres en las áreas urbanas”, para el que escribí el relato sobre Brasil comparando las experiencias de Recife y Porto Alegre; véase Payne (2001).

bana y la naturaleza del orden jurídico en vigor. La sobrevivencia no cuestionada de la legalidad liberal en lo que concierne a la propiedad de la tierra se debe naturalmente a una combinación histórica de factores sociales, políticos y económicos que posibilitaron la formación y sobrevivencia de la estructura de propiedad de la tierra altamente concentrada del país, y que han de ser comprendidos antes de que cualquier programa de legalización pueda ser implementado.<sup>20</sup> Las principales cuestiones siguen sin ser respondidas por los juristas, porque ellos tampoco las tienen claras: ¿que tipo de implicaciones ha tenido el orden jurídico en el proceso del crecimiento urbano, y quién se ha beneficiado de la manutención no cuestionada del *statu quo*?

La búsqueda de soluciones jurídico-políticas innovadoras para las políticas de legalización de la tenencia requiere la compatibilidad entre la promoción de seguridad individual de la propiedad y el reconocimiento de los derechos sociales de vivienda; la incorporación de una explícita dimensión de género hace tan negligenciada, y la tentativa de minimización de los impactos de tales políticas en el mercado, de tal forma que los beneficios de la inversión pública sean capturados directamente por los ocupantes —y no por los promotores inmobiliarios privados—. Perseguir esos objetivos es de fundamental importancia, dentro del contexto más amplio de la promoción de una estrategia de reforma urbana que busque promover la inclusión socioespacial. Diversas ciudades como Porto Alegre y Belo Horizonte, han intentado manejar la agenda urbana progresista con la reforma de su orden jurídico; avances significativos han incluido, más allá de la creación de las zonas de interés especial, la aprobación de normas y reglamentaciones urbanísticas menos elitistas, así como el enfrentamiento de la naturaleza excluyente de los mecanismos fiscales de captura del valor de la tierra, para volverlos menos regresivos.

El mayor aprendizaje de las experiencias brasileñas e internacionales de regularización de asentamientos informales es que, a pesar de que generan efectos negativos, las políticas de legalización

<sup>20</sup> Véase Maricato (2001) para un análisis de ese punto, y en especial de como la Ley de Tierras de 1850 fue fundamental para la configuración de ese cuadro.

no pueden ser formuladas de manera aislada, y no se dan por fuerza de ley o decreto. Un factor fundamental para que la discusión sobre tales programas y políticas sean efectivamente incluidos en el contexto más amplio de la agenda de las políticas sociales y urbanísticas de la ciudad es ciertamente la participación popular en las varias instancias del proceso de su discusión, formulación e implementación-participación que también es lo que garantiza la legitimidad de los programas y políticas de regularización.

Con todo, se debe decir que la resistencia ideológica a los programas de regularización de favelas ha crecido, siendo muchas veces expresada a través de argumentos ambientales. Aun pese al papel fundamental que la institución ha tenido en la construcción de un orden público en Brasil, el propio Ministerio Público con frecuencia confronta los valores ambientales contra los valores sociales ---como el derecho social, constitucional, de vivienda—, aun en áreas urbanas (públicas y privadas) donde los asentamientos humanos ya fueron consolidados a lo largo de varias décadas de ocupación informal.

La medida de tal resistencia ideológica puede ser percibida por la lectura inversa de los términos de una decisión judicial reciente: en una acción en contra de las personas de condición económica privilegiada que habían construido verdaderas mansiones en un “condominio cerrado” en un área pública, el juez negó el pedido de demolición de las casas bajo el argumento de que, a pesar de la ilegalidad manifiesta de la ocupación, él no podía ignorar que el dinero había sido invertido en las construcciones y que había generado empleos. Se debe preguntar si el mismo argumento sería aceptado en el caso de que esta acción propusiera el desplazamiento de los favelados.

## VI. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO URBANÍSTICO

Muchos de los —todavía pocos— juristas que se han ocupado de la cuestión urbana todavía lo hacen a través de la perspectiva restrictiva del derecho administrativo. Mientras las ciudades y sus

problemas crecen espantosamente, y a pesar del hecho de que miles de leyes urbanísticas han sido aprobadas en todos los niveles de gobierno desde la década de 1930, pero sobre todo a lo largo de las tres últimas décadas, tales juristas todavía pierden tiempo en discusiones sin sentido acerca de la autonomía del derecho urbanístico. De modo general, el derecho urbanístico solamente ha sido aceptado como una subrama del derecho administrativo o, en algunos casos, del derecho ambiental. Como he insistido, creo que tal resistencia es de naturaleza ideológica y tiene que ver con nociones preconcebidas y no cuestionadas acerca del derecho de propiedad inmobiliaria. La mayor aceptación del derecho ambiental parece deberse en parte al hecho de que la “agenda verde” es frecuentemente la expresión de una visión naturalista de un espacio abstracto y sin conflictos, siendo ciertamente más próxima a la sensibilidad de las clases medias de lo que lo es la “agenda marrón” de las ciudades contaminadas —que son estructuradas a partir de los conflictos político-sociales y jurídicos alrededor de la tierra y de las relaciones de la propiedad—.

La verdad es que ya se ha avanzado mucho, desde que las posibilidades de acción del Estado en el control de la propiedad inmobiliaria y del desarrollo urbano eran limitadas al binomio usufructo/expropiación. Del Código Civil de 1916 al Estatuto de la Ciudad de 2001, es decir, del principio de la propiedad individual irrestricta al principio de las restricciones urbanísticas al derecho de propiedad, hasta llegar al principio de la función social de la propiedad y de la ciudad, el orden jurídico del control del desarrollo urbano fue totalmente reformado. En ese contexto, ya no hay cómo negar la autonomía académica y político-institucional del derecho urbanístico, no solamente por las referencias explícitas hechas a esa rama del derecho en la Constitución Federal de 1988, sino también por el hecho de que fueron claramente cumplidos todos los “criterios” tradicionalmente exigidos para el reconocimiento de la autonomía de una rama del derecho: el derecho urbanístico tiene objeto, principios, institutos y leyes propias.

Como objeto, el derecho urbanístico tiene como objetivo promover el control jurídico del desarrollo urbano, es decir, de los

diversos procesos de uso, ocupación, subdivisión y gestión del suelo en las ciudades. La urbanización intensiva fue seguramente el fenómeno socioeconómico más significativo del siglo XX, provocando cambios drásticos de todo tipo. El impacto de ese proceso en el orden jurídico no puede ser ignorado.

También los principios del derecho urbanístico son claros, siendo los más importantes sin duda el de la función social de la propiedad y de la ciudad, bajo el cual las demás normas e instrumentos, políticas y programas deben ser interpretados —y los conflictos deben ser resueltos—. Varios otros principios importantes consagrados por el Estatuto de la Ciudad pueden ser brevemente mencionados: el del urbanismo como función pública, que no se reduce a la acción estatal; el carácter normativo de las reglas urbanísticas, que cubren no sólo la acción del poder público, sino que también actúan en el medio social y en el dominio privado; la conformidad de la propiedad urbana a las normas urbanísticas; la separación entre el derecho de construir y el derecho de propiedad, que está en la base del instituto del suelo creado y de la transferencia del derecho de construir. También el principio de la cohesión de las normas urbanísticas se aplica, cohesión ésta que, como he dicho arriba, se da sobre la égida del principio mayor de la función social de la propiedad y de la ciudad. Otros dos principios importantes interrelacionados fueron materializados por el Estatuto de la Ciudad, que son: el de la justa distribución de los beneficios y costos de la urbanización; por ejemplo, a través de la utilización extrafiscal de la tributación, y el de la afectación de las plusvalías al costo de la urbanización, de tal forma que el poder público pueda recuperar, y redireccionar a favor de la comunidad, la valorización inmobiliaria que origina la inversión pública para las propiedades privadas.

Son muchos los institutos típicos del derecho urbanístico; por ejemplo, los planes (plan director, plan de acción, plan estratégico, etcétera); la subdivisión del suelo urbano (“arruamento”, “loteamiento”, “desmembramiento”); o zonificación (incluyendo los índices urbanísticos, como tasa de ocupación, coeficiente de aprovechamiento, modelos de asentamiento, reculadas, “gabaritos”,

etcétera). Más que nunca, el derecho urbanístico brasileño tiene su propio conjunto de leyes propias y específicas, incluyendo, más allá de las disposiciones del capítulo constitucional sobre la política urbana y del Estatuto de la Ciudad, la importante Ley Federal de División del Suelo y diversas otras leyes federales ambientales y sobre el patrimonio histórico-cultural; centenas de leyes estatales y millares de leyes municipales.

En suma, si desde la década de 1930 la legislación urbanística estaba siendo construida para materializar el principio de la función social de la propiedad introducida por la Constitución Federal de 1934, con la aprobación del Estatuto de la Ciudad, el orden jurídico-urbanístico está consolidado y necesita ser urgentemente reconocido con la debida seriedad, inclusive por los temarios de las facultades de derecho.

## VII. CONCLUSIÓN

La aprobación del Estatuto de la Ciudad ha consolidado el orden constitucional en cuanto al control jurídico del desarrollo urbano, con el objetivo de reorientar la acción del poder público, del mercado inmobiliario y de la sociedad, de acuerdo con nuevos criterios urbanísticos, económicos, sociales y ambientales.

Su efectiva materialización en las leyes, y sobre todo en las políticas públicas, con todo, depende fundamentalmente de la amplia movilización de la sociedad brasileña, dentro y fuera del ámbito estatal. El papel de los juristas en ese proceso es de fundamental importancia para que sean cambiadas las bases del proceso —de expoliación y de autodestrucción socioambiental— que ha caracterizado el crecimiento urbano en Brasil.

## VIII. REFERENCIAS

ALFONSIN, Betania de Moraes (1997), **Direito à moradia: instrumentos e experiencias de regularização fundiária nas cidades brasileiras**, Río de Janeiro, FASE/IPPUR.

- ---- (2001), “Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade”, de Fernandes, Edésio (org.) **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**, Belo Horizonte, Del Rey.
- Fernandes, Edésio, (1985) “Algumas ideias sobre a Assembleia Constituinte” de Weffort, F. et al. (org.) **Brasil: crise e alternativas**, Belo Horizonte, Partido dos Trabalhadores/SEGRAC.
- ---- (1992), “Juridical-Institutional Aspects of Metropolitan Administration in Brazil”, 14 **Third World Planning Review**.
- ---- (1995), **Law and Urban Change in Brazil**, Aldershot, Avebury.
- ---- (1997), “Access to Urban Land and Housing in Brazil: ‘Three Degrees of Illegality’”, Working Paper WP97EF1, Cambridge, Lincoln Institute of Land Policy.
- ---- (1998a), “Direito urbanístico: entre a cidade ‘legal’ e a cidade ‘ilegal’”, de Fernandes, Edésio (org.) **Direito urbanístico**, Belo Horizonte, Del Rey.
- ---- (1998b), “A regularização de favelas: o caso de Belo Horizonte”, de Fernandes, Edésio (org.) **Direito urbanístico**, Belo Horizonte, Del Rey.
- ---- (1998c), “Direito e urbanização no Brasil”, de Fernandes, Edésio (org.) **Direito urbanístico**, Belo Horizonte, Del Rey.
- ---- (1999a), “A regularização jurídica das favelas no Brasil”, de Saule Jr., Nelson (org.) **Direito à cidade**, São Paulo, Max Limonad/Polis.
- ---- (1999b), “The Illegal City”, **Habitat Debate** (UNCHS, vol. 5, núm. 3).
- ---- (1999c), “Redefining Property Rights in the Age of Liberalization and Privatization”, **Land Lines** (Lincoln Institute of Land Policy, November).
- ---- (2000a), (org.) **Direito e governança: tendências da gestão urbano-ambiental e a reforma do setor público**, Belo Horizonte, Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.
- ---- (2000b), “Law and the Production of Urban Illegality: Urban Development in Brazil”, de Faundez, Julio et al. (eds.), **Governance, Development and Globalization**, London, Blackstone.
- ---- (2001a), “Land and the Production of Urban Illegality”, **Land Lines** (Lincoln Institute of Land Policy, May).

- (2001b), “Direito urbanístico e política urbana no Brasil”, de Fernandes, Edésio (org.), **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**, Belo Horizonte, Del Rey.
- y Rolnik, Raquel (1998), “Law and Urban Change in Brazil”, de Fernandes, Edésio & Varley, Ann (org.), **Illegal Cities-Law and Urban Change in Developing Countries**, London, Zed Books.
- y Varley, Ann (org.) (1998), **Illegal Cities-Law and Urban Change in Developing Countries**, London, Zed Books.
- GRINBERG, Keila (2001) **Código Civil e cidadania**, Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- MARICATO, Eminia (1996), **Metropole na periferia do capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violencia**, São Paulo, Hucitec.
- (2000), “As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias”, de Arantes, Otilia et al., **A cidade do pensamento unico: desmanchando concensos**, Petropolis, Vozes.
- PAYNE, Geoffrey (2001) (no prelo), **Innovative Approaches to Tenure for the Urban Poor**, London, United Kingdom Department for International Development.
- ROLNIK, Raquel (1997), **A cidade e a lei**, São Paulo, Studio Nobel.
- (1999) (org.), “Regulação urbanística e exclusão territorial”, São Paulo, **Polis**, núm. 32.
- SAULE JR., Nelson (1997), **Plano diretor**, Porto Alegre, Fabris.