

DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, URBANISMO Y DERECHO A LA VIVIENDA

WELLINGTON MIGLIARI

Es doctorando en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Dret, Universitat de Barcelona, España. Es becario de la institución federal Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Reconocimiento a la agencia brasileña por permitir el presente trabajo. E-mail: wemigliari@yahoo.com.br

Resumen

De acuerdo con el método de derecho comparado, el presente artículo profundiza la cuestión urbana sobre el derecho a la vivienda en conflicto con el sistema de propiedad privada en dos realidades constitucionales distintas bajo fuertes y singulares interpretaciones (ACKERMAN, 1977, p. 168-169; MACPHERSON, 2012, p. 125-126). Teniendo en cuenta que la justicia del Estado de São Paulo en Brasil defendió una propiedad sin cumplir con el requisito de su función social y el poder ejecutivo español en la aprobación de decretos locales para vender viviendas protegidas, se comparan los casos de desalojo de Pinheirinho y viviendas negociadas por el gobierno de Madrid en ciertos aspectos legales. La ciudad debería ser para los que en ella viven y la construyen (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012) Hay dos jueces y dos sentencias distintas que nos invitan a observar contrastes entre las mismas controversias. Las decisiones de los casos afectan a colectivos vulnerables sin hogar que deben ser defendidos, en base a interpretaciones constitucionales y ante tratados internacionales ratificados por ambos países.

Palabras clave

Derecho Comparado; Derecho Urbanístico; Derecho a la Vivienda y Propiedad.

Abstract

According to comparative law method, the present article delves into the urban question regarding the right to housing in conflict with the private property system in two different constitutional realities under strong singular interpretations (ACKERMAN, 1977, p. 168-169; MACPHERSON, 2012, p. 125-126). Taking into consideration the justice of São Paulo State in Brazil defending a property lacking its social function and the Spanish executive power in approving local decrees to sell protected state houses, we compare the cases of Pinheirinho eviction and Madrid government negotiating dwellings with some

relevant legal aspects. The city should be for those who live in it and construct it (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012). There are two judges and two different sentences that are pointed out observing contrasts for the same dispute. The decisions for the cases involve vulnerable homeless collectives that should be defended by all means with constitutional interpretations and with the help of international treaties ratified by both countries.

Key words

Comparative Law; Urban Law; Right to Housing and Property.

1. Contexto Global: España y Brasil

El derecho a la vivienda o a un techo es esencial para el desarrollo humano, social, económico y cultural de los individuos. Aún así, el panorama en algunas naciones periféricas del sistema económico global es desolador, casos como Brasil y España, han evidenciado en los últimos años una serie de esfuerzos para impulsar el tema bajo una percepción de emergencia. Sin embargo, es innegable que tener un espacio está más allá de una protección física. Por lo tanto, es importante pensar que el derecho a la vivienda se diferencia del hecho de tener simplemente un techo e incluye otros derechos como la intimidad, la dignidad, el círculo familiar, la salud psíquica y el espacio privado. Compartir un baño, una habitación o una cocina ilustran las dificultades que diferencian bien el techo de una vivienda. No estamos considerando situaciones de emergencia tales como guerras, tragedias naturales o calamidad pública. Se trata de decisiones impuestas a gran parte de la población trabajadora en las cuales los más afectados no formaron parte. Un grupo económico y político, en el ámbito del mercado inmobiliario junto a las administraciones públicas, que define medidas con efectos negativos a los sectores más pobres de la sociedad.

El contexto global suele ser tratado en el presente trabajo por su aspecto predominantemente económico. Los derechos humanos aún no se sitúan en los pareceres de órganos internacionales como OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) o IMF (International Monetary Fund). Las materias sobre la dignidad y vida humana orientadas por el eje del Estado de bienestar social y de derecho son amenazadas constantemente por demandas del sector privado. Sea por círculos económicos productores, posfordistas o del capital financiero. Desde 2008, las medidas de austeridad después de la crisis de 2008 resultaron recortes y disminución de las actividades del sector de la construcción. Así, con millones de trabajadores en situación de paro, el derecho a la vivienda como bien material elemental se ve atacado también en consecuencia de estas dimisiones.¹ El porcentaje de individuos en situación de paro a largo plazo es desolador.

1 Véase el texto del IMF en <http://bit.ly/1zx0D3F> sobre desempleo y lenta recuperación económica global. Sobretodo, una discusión cuanto al aumento de la producción, ánimos de lucro y flexibilización de

Eso quiere decir que, del total de desempleados, gran parte de la mano de obra desocupada busca un puesto de trabajo por al durante doce meses.

Figura 1 – Datos OECD

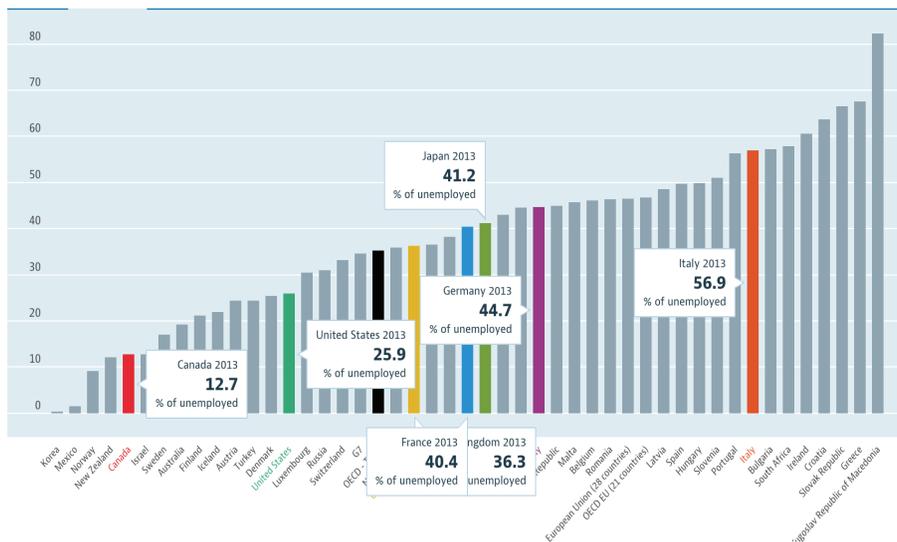
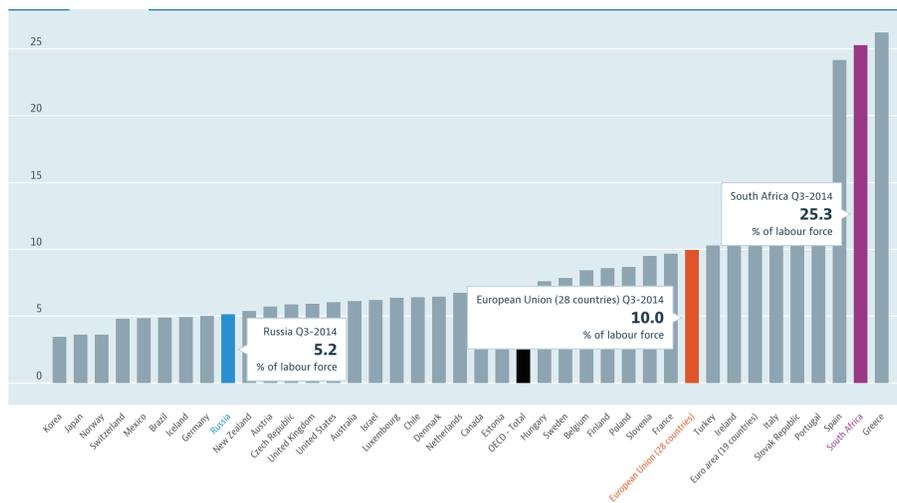


Figura 2 – Datos OECD



derechos de los trabajadores. Un modelo intenso de posfordismo en la producción de *commodities* y dinero en el contexto internacional de las economías periféricas. Los datos sobre desempleo en las figuras 1 y 2 son de la OECD. Disponibles en <http://bit.ly/1aHUKDS> y <http://bit.ly/1FXdSgb>.

El contexto global económico de crisis del sistema productivo y su reinención ha provocado mas exclusión social. El capital internacional ha demandado en planes legales la exponencial reducción de los conceptos que caracterizan un Estado de derecho y promoviendo verdades guerras por flexibilización de reglas de inversión. ¿Por qué sería eso importante para los planes urbanísticos? En Brasil y España, las sociedades urbanas ya son una realidad irreversible, respectivamente, con grados de urbanización sobre el total de la población de 84% y 77%.² En Brasil y España, las sociedades urbanas ya son una realidad irreversible, respectivamente, con grados de urbanización sobre el total de la población de 84% y 77%. Las cuestiones de medio ambiente y sanitarias se sumarán a éste panorama de empobrecimiento urbano cada año más en las próximas décadas. Las Naciones Unidas en materia urbana y ambiental afirman que hasta 2050 dos tercios de la población del planeta vivirá en ciudades. Eso quiere decir que la vivienda digna y asequible es vital para equilibrar el consumo de los recursos naturales globales, empleo y producción.³ Quizá el nivel de desarrollo económico en las últimas décadas y su paradigma neoliberal no son adecuados o proporcionales a los límites físicos, naturales y ambientales. La construcción de la ciudad pasa por transformaciones en los propios ciudadanos, más actuantes en las transformaciones de la urbe, pues, a medida que la organización del trabajo en las ciudades genera consciencia de participación a los colectivos, las demandas por distribución de la riqueza y la disminución brutal del valor de cambio pueden ser conquistadas con una vivienda digna y asequible. La desarticulación de preceptos absolutos sobre el derecho de propiedad y de los ánimos de lucro de los promotores de vivienda, por ejemplo, dan paso a la construcción de otros derechos (HARVEY, 2008, p. 23-40).

Una aproximación al derecho urbanístico, aún en realidades tan distintas como la brasileña y la española, evidencia algunas similitudes. Primero, el alto grado de urbanización en ambos países, sus sistemas económicos periféricos rehenes de proyectos urbanos de alta concentración de renta en favor de los promotores de vivienda y las herencias de una cultura institucional forjada por dictaduras militares. En otros términos, el proceso de decisión para el desarrollo urbano y socioeconómico pasa por la toma de decisiones muy centralizadas. Juicios de magistrados y legisladores que no ven la acción colectiva urbana empoderada, es decir, los medios legales actuantes de estos grupos no son comprendidos como legítimos. Después, los grupos más vulnerables y afectados en materia de vivienda son excluidos del debate y pierden terreno frente a los *lobbyists* del mercado de la construcción o instituciones financieras. La ciudad no debe ser sustraída de los que viven en ella y no puede ser objeto de la demanda deshumanizada del capital (BRENNER; MARCUSE; MAYER, 2012; LEFEBVRE, 2013).

2 Véase en Index Mundi el grado de urbanización de Brasil y España disponible en <http://bit.ly/1ljRSZ4>.

3 Véase Temas Globales y reflexiones elaborados por las Naciones Unidas en <http://bit.ly/1IYN0Yn>.

2. Urbanismo, Unión Europea y España

El Consejo de Europa ha tenido un papel relevante en la defensa del derecho a la vivienda en Europa. Hay numerosos documentos legales que buscan promover la adecuación de la materia en el ámbito europeo y, consecuentemente, afecta a las administraciones locales. Este derecho se conecta a otros principios básicos tales como el derecho a la vida privada, a la vida en familia y a la vida. Los casos de desahucio y violación de derechos humanos también están presentes en las demandas colectivas. En los últimos años, el Comité Europeo de Derechos Sociales impulsa el derecho a la vivienda en casos concretos de desahucios como los que se pasaron entre el Centre on Housing Rights and Evictions versus France, Italy and Croacia, respectivamente, los documentos 63/2010, 58/2009 y 52/2008.⁴ El artículo 31 de la Carta Social Europea refuerza la importancia de defensa de este derecho como forma de disminución de la pobreza, exclusión y indignidad humana. España es condenada también por incumplir derechos fundamentales y por poner en riesgo la dignidad humana.⁵ La *Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri* (FEANTSA) ha litigado con el gobierno francés con la finalidad de dejar claro el máximo respeto del Estado en relación a grupos socioeconómicos vulnerables. La misma organización llevó a cabo demandas contra Eslovenia y Holanda por el mismo motivo. Los casos 30/2006, CC39/2006 y 86/2012 son ejemplos concretos de la sistemática violación de un derecho básico. Los jueces españoles no buscan interpretar el conflicto entre el sistema especulador de la propiedad y el derecho a la vivienda mediante tratados internacionales, sino poner de relieve la tradición del derecho civil (HESPANHA, 1990, p. 15-51; MARTÍNEZ, 1994, p. 191-194). Tampoco prestan la debida atención a los numerosos casos de desahucio bajo la percepción de una crisis generalizada. Actualmente, los bancos son los mayores propietarios en el estado español e incumplen normativas locales, como la 18/2007 de Cataluña, al mantener pisos y viviendas desocupadas por más de dos años.

2.1. Caso de Madrid: ¿Inconstitucionalidad en Actos del Gobierno?

En Madrid, las administraciones públicas han puesto en marcha contratos de compraventa de viviendas de protección oficial. La materia de habitabilidad urbana es un derecho social básico de la sociedad española y garantizado por la constitución en su artículo

4 Véase los artículos 2 y 8 presente en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. La Corte Europea de Derechos Humanos defiende el derecho de cada ciudadano, víctima de violación de derechos humanos, en buscar los trabajos de la institución. La Carta Social Europea, Consejo de Europa, afirma el derecho a la vivienda en varias secciones de su documento. Parte I, párrafo 31; Artículos 15.3; 16, 23 y 30.

5 Véase <http://bit.ly/1pizi2f>

47. No obstante, tal principio ha sufrido algunos ataques y dismantelamiento por parte de algunas regiones autonómicas. Es sabido que, el gobierno de Madrid inició la negociación de viviendas protegidas en un mercado con ánimo de lucro ya en 2006. Ese proceso se intensificó después de la crisis de 2008 y, desde entonces más amparado por los planes de austeridad, llegó a formar parte de políticas públicas de recortes de varias comunidades autonómicas. Han sido cada vez más frecuentes las operaciones de compraventa entre entidades extranjeras de inversión y ayuntamientos en materia de vivienda. En España, la negociación de inmuebles de protección oficial en áreas urbanas forma parte en los últimos años de los dichos planes de reestructuración de la deuda pública.

Los Decretos Autonómicos 19/2006, 74/2009 y 59/2013 que establecen las reglas de negociación de viviendas de protección oficial han sido formulados por el gobierno madrileño con la justificación de generar más seguridad jurídica, legalidad y adecuación de las competencias en materia urbana. Sin embargo, es también verdad que las acciones de un gobierno deben obedecer el ordenamiento jurídico constitucional y no crear consecuencias negativas al interés común por culpa de actitudes irresponsables. Los decretos en cuestión producirán miles y miles de sin techo, dado que los alquileres practicados por los agentes privados son impagables para una gran parte de la sociedad madrileña sin trabajo. Otro punto con efectos jurídicos negativos es el hecho de que el Poder Ejecutivo de Madrid legisle por decreto sobre materia urbana sin tener en cuenta preservar o ampliar el derecho a la vivienda, sino vulnerando los derechos sociales defendidos por la CE, documentos europeos y tratados internacionales. En otras palabras, el artículo 24.1.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (ASMC) de 1998 está en el “bloque de constitucionalidad” y deriva de él. Por lo tanto, no pueden los documentos locales sustraer derechos y principios afirmados en la CE. Es importante mencionar que las materias defendidas en los estatutos autonómicos tienen estatus jurídico de leyes orgánicas, normas emanadas de la carta constitucional conforme el artículo 81.1 también de la CE, y éstas no suelen ser contrarias a su matriz generadora. Además, el artículo 86.1 afirma que los decretos-leyes “no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas”. El derecho a la vivienda está inscrito en el título indicado por el dispositivo constitucional en cuestión y, por tanto, no puede ser objeto de ley secundaria que se sobreponga sobre derecho constitucional.

El Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) ha sido responsable por viviendas de carácter social. En el derecho comunitario, las recomendaciones Rec(80)2, (87)16 y (2007)7, elaboradas por el Consejo de Europa, Comité de Ministros, pueden ser utilizadas como herramientas flexibles para hacer frente a la gestión pública irresponsable ya que afecta a un gran número de ciudadanos. Eso produciría completamente lo contrario de la seguridad jurídica deseada por los gobernantes de Madrid. Los decretos madrileños

no solamente violan normas constitucionales y comunitarias, mas, sobre todo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el 31 de la Carta Social Europea de 1961 en materia de vivienda. Las implicaciones para los contratos internacionales privados son la posibilidad de su ilegalidad y, consecuentemente, invalidez. De esta manera, el capital de Golden Sachs International, Blackstone y Magia Real State se someten a un contexto de incertidumbre causado por el incumplimiento del debido proceso. De acuerdo con la Ley 1/1993, IVIMA es un organismo autónomo mercantil con personalidad jurídica propia, pero las discusiones de deuda pública están bajo la competencia de la asamblea de la comunidad como afirma el artículo 16.3 de la (ASMC) en su letra “c”. Así, es inevitable la interferencia legislativa y el debate constitucional más profundo en materia de vivienda.

3. Urbanismo, Latino América y Brasil

El abandono y la condición de anomia son dos elementos básicos para quien desea ver un poco más allá la realidad latino americana (DAVIS, 2006, p. 71-95). En la Región del Chaco, Argentina y Bolivia, la Organización Médicos Sin Fronteras hizo un trabajo conjunto con una periodista en un proyecto cuyo volumen publicado ganó el título Dignidade!. La descripción de la vida cotidiana de afectados por la enfermedad de Chagas puso de relieve la vida de estas personas en torno al tema de la vivienda. El Trypanossoma cruzi, protozoo flagelado, es la causa de miles de diagnósticos diarios. El vector es un insecto triatomino con muchos nombres. En español, es denominado “vinchuca” o, en portugués, “barbeiro”, “chupão”, “fincão” y “procoto”. Conforme define Eliane Brum con la ayuda de las palabras de los enfermos en su capítulo escrito sobre la Trypanosomiasis americana, la designación científica para el agente causante, se trata del mal de los insectos que se “dejan caer” (BRUM, 2012). La Organización Panamericana de la Salud muestra un mapa asustador.

La enfermedad conocida como Tungiasis se encuentra presente en muchas zonas degradadas urbanas. Las Favelas brasileñas no dejan de ser parte en las estadísticas. Causada por el contacto con pulgas de la especie *Tunga penetrans*, el mal prolifera en algunas grandes ciudades brasileñas. Un estudio sobre el tema fue publicado en 2007 en una favela en la región de Serviluz y Vicente Pinzón II, Estado de Fortaleza, Ceará, nordeste de Brasil. En los resultados presentes en la muestra, las personas infectadas son más vulnerables por las malas condiciones de las viviendas y por las precariedades del entorno. Enfermedades parasitarias de piel como Escabiose, *Larva migrans* y pediculosis son frecuentes en áreas similares. En Rio de Janeiro también se ha constatado la aparición de la enfermedad (CARVALHO et al, 2003). Es apenas, uno más de los casos, entre los innumerables que se acumulan sobre cuestiones de viviendas. El deterioro de la piel y los puntos negros que

se forman en todo cuerpo son muy parecidos a aquellos vistos en los libros sobre la peste negra durante el siglo XIV (ARIZA et al, 2007).⁶ Los investigadores, así, confirman la relación entre enfermedad y pobreza en áreas urbanas degradadas como variables dependientes (EISELE et al., 2003).

La tuberculosis es una enfermedad que sigue siendo una realidad en las favelas brasileñas o zonas urbanas degradadas. En Rio de Janeiro, Rocinha, 2008, el número de diagnosticados era de 600 casos al año por cada 100 mil habitantes. Condición elevada según lo que indica la Organización Mundial de la Salud a 5 por cada 100 mil habitantes. Las favelas y la segregación tienen una conexión con la historia de la formación de las ciudades latinoamericanas. Los pobres infectados y endémicos están cada vez más aislados de la red formal de los centros higiénicos de las clases más ricas en los anillos externos de las metrópolis. Conforme Nicolau Sevchenko, la historia se repite en los procesos de higiene social y segregación (SEVCENKO, 2010, p. 46). La favela do Morro da Dona Marta tiene un muro de 650 metros de extensión por 3 metros de altura que la separa del los alrededores de Botafogo. Los pobres se encuentran “concretamente segregados” (FERREIRA, 2009).

En Brasil, además de los casos de enfermedades íntimamente conectadas con condiciones inadecuadas de las viviendas, el Movimiento de los Trabajadores Sin Techo (MTST), organización colectiva con similar demanda jurídica de FEANTSA, apunta la falta de acceso a la vivienda digna y asequible en el país. La dificultad de tener un techo obliga ciudadanos a convivir de tres formas precarias distintas, i.e., por medio de la cohabitación familiar, la excesiva densidad por hogar y las condiciones insalubres de las viviendas. Según datos de la Fundación João Pinheiro, la suma de estas tres categorías representaron más del uno 54% de los 5,7 millones de casas en el país. La otra mitad excluye aquellos individuos con un contrato de alquiler, pero también vulnerables a las tres formas de vulnerabilidad. Para empeorar las cosas, la irresponsabilidad de los propietarios privados complica el escenario. Hoy en día, la mayoría de los deudores del Impuesto sobre

6 Véase LONDON, Jack. **The People of the Abyss**. Memphis: Botton of the Hill Publishing, 2012. Hay dos fragmentos interesantes en los cuales podemos observar las deplorables condiciones de vivienda de la clase operaria: “My first impression of East London [1903] was naturally a general one. Later the details began to appear, and here and there in the chaos of misery I found little spots where a fair measure of happiness reigned – sometimes whole of rows of houses in little out-of- the-way streets [periphery/segregation], where artisans dwell and where a rude sort of family life obtains”. p. 28; “I looked out of the window, which should have commanded the back yards of the neighbouring buildings. But there were no back yards, or, rather, they were covered with one-storey hovels, cowsheds, in which people lived. The roofs of these hovels were covered with deposits of filth, in some places a couple of feet deep—the contributions from the back windows of the second and third storeys. I could make out fish and meat bones, garbage, pestilential rags, old boots, broken earthenware, and all the general refuse of a human sty”. p. 35

Bienes Inmuebles (IBI) en la ciudad de São Paulo conforma los clubes de deportes, centros comerciales, hospitales privados y las instituciones educativas privadas.⁷

Los impagos del IBI afectan al ordenamiento urbano, una vez los ayuntamientos dependen del dinero de tasas sobre estas propiedades para impulsar proyectos hacia la sociedad. El caso de la Vía Sul Shopping Mall y Pinheirinho, respectivamente Ceará y São Paulo, dos provincias distintas, son muy ilustrativos por la reflexión sobre otras cuestiones derivadas la función social de la propiedad como medio ambiente y derechos humanos (CUNHA, 2011; KENNA, 2006, p. 189-213). El 6 y 7 de febrero de 2015, el MTST ocupó seis regiones diferentes en Brasília, la capital política de Brasil, al mismo tiempo. Brazlândia, Ceilândia, Planaltina, Recanto das Emas, Samambaia y Taguatinga son áreas administradas por los Estados de la compañía Terracap, que es una agencia inmobiliaria creada por la Ley 5.861 en 1972. Según el MTST, el déficit de vivienda en el Distrito Federal ha sido de de 350.000 unidades y, por lo tanto, es importante una acción de ocupación dado que los fondos presentes en muchos proyectos de Terracap son públicos y no benefician a las familias más vulnerables. Señalaron que las inversiones masivas se mantuvieron por el espíritu empresarial de Estado hacia la demanda de las clases medias y no para los más pobres de la población brasileña. Vila Nova Palestina, Copa do Povo y Ocupação Carlos Marighella son algunos otros ejemplos en la periferia de São Paulo, donde el MTST ha actuado condenando la misma lógica del consumismo, la especulación urbana y la segregación de los que no pueden permitirse una casa adecuada.⁸

3.1. Caso de São Paulo: ¿Inconstitucionalidad en Actos del Judiciario?

En Brasil, una propiedad llamada Pinheirinho, que fue ocupada por el *Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto*, es un ejemplo muy claro que podemos utilizar para observar

7 En Brasil, es competencia del estado federal brasileño aplicar el impuesto sobre la propiedad rústica. Por su vez, los municipios se encargan del impuesto sobre bienes inmuebles en áreas urbanas y se denomina Imposto Territorial Predial Urbano (IPTU). Ver, respectivamente, los artículos 153, VI y 156, I de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Los atrasos de estos dueños irresponsables llegaron a 650 millones de reales, (o unos 300 millones de dólares de Estados Unidos calculados sobre el valor de acotación medio del año vigente) en 2013 sólo en la área metropolitana de São Paulo. En Araraquara, otra ciudad brasileña en la Provincia de São Paulo, la administración pública debería haber recibido 20 millones de reales en impuestos de sólo 30 familias acomodadas. Esa cantidad representa el 30% del presupuesto municipal que se recoge para cubrir los servicios públicos locales. Hay más de cinco mil municipios de todo el país y la mayoría de ellos se enfrentan a la misma situación. Las incursiones de ocupación en estas propiedades deudoras por el MTST sirven para dejar claro los impagos de tasas al poder público y, por lo tanto, el ataque al derecho constitucional de la función social de la propiedad.

8 Los artículos 5, XXIII; y 170, II, remiten a la función social de la propiedad y su respectiva responsabilidad con el orden económico del país. De acuerdo con los legisladores de la Constitución Federal Brasileña de 1988, la propiedad posee varios límites y no debe ser tratada como bien material que promueva el desequilibrio social.

esta negligencia administrativa. En primer lugar, el poder público cobraba impuestos por la propiedad a la fallida Selecta S/A —grupo responsable de una quiebra empresarial y con muchos trabajadores que aún esperan sus indemnizaciones, ya dictadas por tribunales específicos en materia de trabajo. Respecto a los impuestos urbanos de esta ex-empresa, sus impagos llegaron a desequilibrar el presupuesto público y fueron considerados por la Ley Federal 6.830 de 1980 como una infracción muy grave. La empresa debería haber sido perseguida inmediatamente por jueces designados para ello, tal y como prevén los artículos 2, § 1; 4, 4§; 6, apartado I de la ley en cuestión. En segundo lugar, los costes sociales que los administradores irresponsables de Pinheirinho le han generado al sistema jurídico brasileño no serán compensados. Además, el caso expuesto revela como el exceso de carga de trabajo hace imposible el trabajo eficiente de los tribunales y los juristas responsables en el sistema público. En relación a la función social de la propiedad, la área no generó impuestos a la comunidad de São José dos Campos y, encima aumentó los costes sociales de interés colectivo debido al desalojo de mil familias de la propiedad deudora. En tercer lugar, los descuentos arbitrarios en el pago de impuestos que ofrece el Ayuntamiento de la localidad de São José dos Campos para Selecta S/A no han sido considerados hasta ahora por la Justicia del Estado de São Paulo como un tema de interés público. En cuarto lugar, las funciones sociales acordadas previamente respecto a la área ocupada, que había sido previamente destinada por el Gobierno del Estado de São Paulo a viviendas populares, desaparecieron al realizar Selecta S/A una alegación de invasión de la propiedad privada.

Hay una desviación imprevista de lo que se encuentra en el derecho civil y en las obligaciones que los contratos privados deben respetar. En la Constitución Brasileña de 1988, Capítulo II, sección sobre cuestiones urbanas, el artículo 182, *caput*, menciona que la política de desarrollo urbano está bajo el poder municipal. Como había previsto la legislación específica sobre vivienda, el objetivo de la función social de la propiedad era el completo desarrollo de la función social de la ciudad, no solo en lo relativo a la propiedad. Las garantías de vivienda para el bienestar de los habitantes de Brasil aparecen como una de las prioridades sociales en la Carta Magna de 1988. En el primer párrafo, se indica que el modelo de planificación debe ser aprobado por el poder legislativo municipal y actualmente es de obligada referencia en el Estatuto de la Ciudad para aquellas ciudades con más de veinte mil habitantes. En este documento derivado de las prerrogativas constitucionales, el modelo de planificación es entendido como el instrumento fundamental para el fomento de la participación política de la sociedad en el desarrollo urbano. En el segundo párrafo, la propiedad urbana debe priorizar su función social si es utilizada dentro de las prerrogativas de los derechos individuales en el modelo de planificación de la ciudad. En el cuarto párrafo, el poder municipal tiene la posibilidad de aumentar progresivamente los impuestos urbanos a lo largo del tiempo. Sin embargo, en el artículo 182,

párrafo cuarto, número III, la expropiación se realiza bajo el pago de la deuda a través de títulos públicos aprobados por el Senado Federal. Respetarán el límite máximo de diez años y la deuda pagada en cuotas anuales, iguales y sin interrupción. El valor real de la indemnización y los intereses jurídicos debe observarse también. En otras palabras, el marco constitucional plantea muchas de las garantías exigidas por los propietarios privados y las necesidades sociales al mismo tiempo. El Estatuto de la Ciudad, la Ley 10.257 aprobada en 2001, podría leerse, por lo tanto, como un esfuerzo en términos de concesiones de propiedad y de aplicar medidas para fomentar una mayor igualdad material en Brasil a través de su sistema de propiedad.⁹

4. Constitucionalismo Comparado: El Derecho a la Vivienda en el Contexto Urbano

El método del derecho comparado es imprescindible también por incluir las decisiones jurídicas de diferentes realidades sociales, económicas e históricas sobre una misma materia. Además, el papel de los jueces puede, al mismo tiempo con sus distintas interpretaciones y formas de argumentación, revelar de modo objetivo qué tipo de efecto tienen sus decisiones en una sociedad. Dictar sentencias no se resume los trabajos de un tribunal o la burocracia formal de sus funciones. Así, las personas, sus profesiones e intereses involucrados determinada demanda son también relevantes para la evaluación de casos concretos (ZWEIGERT; KÖTZ, 1987, p.1-12) . Al comparar juicios, los contrastes, los acercamientos y singularidades de cada universo legal damos más cuerpo a los tipos de técnicas utilizadas en Brasil y España por jueces para solucionar la disputa entre

9 Una vez el gobierno promueve el Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), reglado por la Ley 11.977/2009, hay algunos avances importantes. Los grupos familiares en zonas de riesgo geofísico y mujeres responsables de familias monoparentales, grupos previstos en el artículo 3, apartados II y III, pueden ser entendidos como cambios relevantes. Sin embargo, es necesario aclarar que el proyecto de construcción masiva de viviendas no se inserta en un plano nacional de disminución sistemática de desigualdades. El artículo 2 de la norma, por ejemplo, prevé la viabilidad del programa conforme la disponibilidad financiera del estado federal brasileño. En otras palabras, el coste social para el desarrollo del derecho a la vivienda con construcción de unidades habitacionales, artículo 23, IX, de la Constitución Brasileña de 1988, no es tratado como fijo, pero determinado por las variaciones de la contingencia económica. El artículo 21, XX, hace referencia a la construcción de vivienda y a la promoción de políticas de saneamiento básico. No obstante, la construcción de una infraestructura de alcantarillado aún se ve determinada por la lógica centro-periferia en las ciudades brasileñas. Las regiones más centrales o bien ubicadas en el plano urbano de las gran ciudades brasileñas cumplen relativamente lo que determina la Ley 11.445/2007 en materia de saneamiento básico. Hay todavía un gran número de municipios con enfermedades relacionadas a saneamiento básico en Brasil. Los datos oficiales demuestran que más de la mitad de la totalidad de los ayuntamientos en el país sufren con el problema. Son más de 2400 municipios brasileños afectadas de un total de más de 5.000. En las regiones del nordeste y norte, son los niños que se encuentran más expuestos a la falta de servicios básicos. Véanse <http://bit.ly/1KV5Vwq> y <http://bit.ly/1Epp6Kd>.

propietarios y ocupantes. En el presente trabajo, la comparación de nivel macro evidencia instrumentos legales de uno de los jueces que parecen atacar el derecho de propiedad (HUFFMAN, 2013). Sin embargo, la finalidad de imponer límites a la propiedad y garantizar su función social también se incluye en la protección de derechos humanos.

4.1. *São Paulo, la Justicia Brasileña y el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo*

La área de Pinheirinho se reintegró a sus administradores después que el Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo confirmara la decisión de la juez Márcia Faria Mathey Loureiro, 6ª Juzgado Civil del municipio de São José dos Campos. Como Brasil es una federación, el sistema judicial local es independiente del federal con excepción del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia, este último siendo la esfera superior de los juzgados locales. Según el juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente del Tribunal de Justicia de São Paulo, hubo un problema tanto de competencia para el impedimento de la reintegración de posesión como de procedimiento. Primero, solamente la justicia paulista del Estado de São Paulo y el Supremo Tribunal Federal podían determinar esta cuestión. Sin embargo, si hubiera un elemento pasivo de la unión, a saber, si la esfera federal se denunciara afectada por el caso, el Tribunal Regional Federal sí que tendría competencia para impedir la retirada forzosa de los trabajadores sin techo de la propiedad Selecta.¹⁰ Conforme el propio juez Ivan Ricardo Garisio Sartori resalta, bajo los artículos 36, apartado III, y 34, VII, letra “b”, de la Constitución Federal brasileña de 1988, solamente las instancias jurisdiccionales constitucional y superior tienen competencia para impedir la decisión inicial de la jueza de la 6ª Vara Márcia Faria Mathey Loureiro. En segundo lugar, es importante decir que, aún si hubiera un conflicto de competencias, la corrección de procedimiento podría multiplicar efectos positivos en las esferas privada, social y de derechos humanos. Según el jurista de procesos Cândido Rangel Dinamarco, el proceso no debe ser tomado con un fin en si mismo, sino, sobre todo, como medio apto para asegurar un derecho invocado sea por quien fuere (CANDIDO, 1996, p.266). Por lo tanto, la interpretación de la justicia federal en no ver razones para la interferencia del estado brasileño en la jurisdicción del Estado de São Paulo no anula la legalidad de defensa constitucional de derechos humanos y devalúa el establecimiento del contradictorio propuesto por los órganos independientes del poder judicial como el Ministerio Público Federal.¹¹

10 Véase la decisión del Tribunal de Justiça de São Paulo, año de 2012, en <http://bit.ly/1HaWryE>.

11 La decisión final y la relación por lo que denominamos cortesía negativa está en el sitio de la Justicia Federal. La instancia jurisdiccional de la unión federal no demostró interés en el caso. Véase <http://bit.ly/1JYBw2N>.

La apreciación del caso podría ser motivada por el juzgado federal o por la justicia del Estado de São Paulo si uno de ellos se hubiera declarado interesado en él. Los impuestos impagados del propietario de Pinheirinho en el municipio de São José dos Campos serían utilizados por la justicia de la provincia como *facto jurídico* para expropiación forzosa. El estado si que indemnizaría el Grupo Selecta S/A, pero la finalidad de la expropiación sería mantener en la propiedad un colectivo y construir en el sitio viviendas de carácter social. Ese proceso seguiría su lógica constitucional y el debido proceso si la propiedad estuviera libre de cualquier sospecha de ilegalidad en su escritura. No se trata bien de eso, una vez hay dudas sobre el *facto* de Pinheirinho ser una propiedad completamente idónea.¹² Sin embargo, si consideramos la área libre de pruebas contrarias cuanto a la veracidad de su título de compraventa u origen legal, el juez federal o de la provincia no debería garantizar el derecho de propiedad hasta que su responsable fuera un ciudadano o empresa ejemplar. Además, calcularía que los costes sociales con los descuentos sobre la deuda del propietario, la expropiación forzosa de otro terreno y la construcción de viviendas en la periferia del municipio conllevan más desequilibrio social (KENNEDY, 1976, 2011). El mensaje a la sociedad asegura la idea de propiedad absoluta y sin límites.

Entonces, la pregunta inicial sería si un bien que se declaró en quiebra continuaría generando costes para la administración pública; o si el presupuesto público depende de los pagos de los impuestos de una sociedad. De acuerdo con la Ley Federal 6.830, de 22 de Septiembre de 1980, constituyen deudas activas aquellos tributos o tasas que fueron pagos a las administraciones públicas. En el artículo primero, después de constatado el débito y el deudor en un certificado, el cobro es susceptible de ejecución judicial para la unión, estados y municipios. El artículo segundo explicita que no es necesario que la deuda tenga naturaleza tributaria o no, ya que las cuentas públicas son elaboradas y equilibradas bajo tales ingresos. El párrafo primero, artículo 2º, destaca que cualquier “valor, cuya cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Además, en el artículo segundo, párrafo 2º, “A Dívida Ativa da Fazenda Pública [...] a tributária e a não tributária, abrange a atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato”. Después de evaluada e inscrita por el órgano de la Procuradoria da Fazenda Nacional, el juez estará apto para la ejecución de la deuda.¹³ El artículo cuarto de la Ley Federal 6.830, apartado IV, prevé la ejecución fiscal de la “*massa falida*” – empresa que se ha declarado en quiebra;

¹² Véase <http://bit.ly/1coZtlk>.

¹³ Véase <http://bit.ly/1GXghIm>. Los diez mayores deudores de Impuesto Predial e Territorial Urbano en São Paulo, la ciudad más grande de Brasil, son clubs, centros comerciales, hospitales y facultades. La deuda de estos propietarios para la administración pública llega a 650 millones de reales o aproximadamente 300 millones de dólares. La ciudad de Araraquara tiene que recibir 20 millones en impuestos de apenas 30 familias. Esa cantidad representa un 30% de todo el presupuesto en el género. Hay más de cinco mil municipios en todo el país. Véase <http://bit.ly/1bHMiLU>.

y, en el apartado V, contra “o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado”. La referida ley indica en sus artículos primero y cuarto, párrafo 4, el Código Civil y el Código Tributario Nacional – éste en los artículos 186, 188 hasta 192 – como subsidiarios. El artículo sexto, apartado I, confiere al juez el *imperium* de la ejecución de la deuda activa y los procedimientos de la petición inicial como documentos comprobatorios, valores, requerimiento y el propio certificado. La discusión sobre deudas públicas en Brasil solamente es posible mediante ley conforme al artículo 38°. Es importante resaltar que no hay prescripción para la ejecución de deudas activas conforme el artículo 40°. Si el ejecutado no posee recursos para pagar sus débitos públicos, el artículo undécimo, IV, alerta que sus inmuebles están sujetos a pignoración. En el artículo 23, la alienación de cualquier bien que esté confiscado pasará por subasta pública en sitio definido por el juez encargado. La respuesta final al caso tanto por la Justicia Federal cuanto por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo generó un diálogo sobre competencia y procedimiento.

4.2. *Cataluña, la Justicia Española y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

El caso Aziz versus Caixa d’Estalvis de Catalunya siguió el mismo curso, pero con extremo valor simbólico. Un señor y su familia, después de años de cumplir con sus obligaciones hipotecarias, según la cultura jurídica del derecho de propiedad, debería ir a la calle. Al final, el Tercer Juzgado Mercantil de Barcelona, juez José María Fernández Seijo, planteó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) si, bajo un contrato con cláusulas abusivas, una persona tendría como resultado final quedarse sin techo. El TJUE aceptó la demanda de Mohamed Aziz, obrero marroquí, y las consecuencias jurídicas para el Estado Español fueron numerosas. Primero, el hecho de cambiar la cultura jurídica de desahuciar siempre con los mismos criterios. Los casos de grupos socioeconómicos más vulnerables son indudablemente sensibles. Después, el derecho del consumidor importa en este y otros casos similares, ya que la buena fe y condiciones de pago también deben ser propuestas por el consumidor. La base legal para tales interpretaciones proviene de los artículos 3 y 3.1 de la Directiva 93/13/CEE. Tercero que el cumplimiento de un derecho privado o de contrato no puede afrontar un principio constitucional. La materia debe ser analizada a la luz de valores descendientes de la dignidad y protección humana, no sustancialmente por la lógica de mercado, ánimos de lucro y deuda. Por fin, suele cambiar la cultura jurídica dogmática, puesto que la imparcialidad y el equilibrio económico han favorecido históricamente a los mismos grupos sociales. Es decir, bancos, grandes promotores de vivienda y agencias gestoras de inmuebles siguen engrosando sus beneficios materiales con el mercado de propiedades y sobrecargando el acceso a la justicia para endeudar a los menos favorecidos. El derecho a la vivienda se revela en conflicto con el sistema de

propiedad vigente en España. Tal tensión es muy positiva, porque promueve a la vez otros derechos sociales si hay más efectividad para el derecho a la vivienda digna y asequible.

El artículo 148.3 de la Constitución Española (CE) de 1978 atribuye materias de planificación del suelo edificable a las Comunidades Autónomas. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda son competencias de las regiones y no del Estado español. Sin embargo, los estatutos aprobados en parlamentos locales no deben generar conflictos con derechos y principios constitucionales. Según Javier Perez Royo, dicha desconexión entre derechos constitucionales y leyes orgánicas, en consecuencia, los estatutos autonómicos, “choca con la finalidad perseguida por el legislador, que no era otra que la de integrar a las Leyes Orgánicas en una suerte de ‘bloque de constitucionalidad’” (ROYO, 2008, p. 75). Si consideramos el problema desde la perspectiva del derecho público, tampoco los decretos autonómicos pueden amenazar normas que tiene como fin la buena administración. Incluso el Consejo de Europa, recomendación R(2007)07, documento aprobado por su Consejo de Ministros, ha puesto de relieve la responsabilidad de las administraciones y competencias que tienen hacia un gran número de individuos y al *interés* general. La negociación de viviendas de *protección* oficial en régimen de mercado con *ánimo de lucro es un ataque a los recursos provenientes de los ciudadanos, a los derechos sociales inscriptos en la CE y a la buena administración. De los dos casos en España, el juez catalán del tercero juzgado mercantil de Barcelona fue lo que más influyó la demanda del derecho a la vivienda a la luz de tratados internacionales y, consecuentemente, asegurar un derecho constitucional.*

5. Conclusión: Dos Jueces y dos Sentencias a la Luz del Derecho a la Vivienda

El derecho a la vivienda es una forma de distribución de renta, ya que su efectividad promueve otros derechos básicos presentes en la Constitución Española de 1978 y la Constitución Federal Brasileña de 1988. En el plano internacional, el principio constitucional pone de relieve materia de derechos humanos y promueve una agenda de superación de las condiciones de vida deplorables en las grandes ciudades globales. Por lo tanto, una vivienda digna y asequible es elemento crucial para el desarrollo urbano inclusivo, democrático y de equilibrio social. La efectividad de este derecho impulsa modelos de planeamiento del suelo urbano edificable cuyo actor primordial para su realización es la persona humana. No parece ser sostenible del punto de vista jurídico tampoco económico la liquidación de viviendas construidas con dinero y financiamientos públicos, casos de ciudades españolas y brasileñas, con excusas estratégicas de supuesta superación de crisis económicas. El urbanismo es materia altamente conectada al derecho a la vivienda y las competencias locales no pueden amenazar normas de naturaleza internacional o constitucional. Por lo que la defensa de un estado social y democrático de derecho no puede pautarse en su propia destrucción. El cuerpo legislativo es contrario a su papel cuando

genera reglas jurídicas que tienen como efecto la liquidación de derechos. Por lo que se refiere al poder judicial, no debe ser esta una entidad parcial cuyas decisiones agudicen diferencias absurdas en el orden social. En España, hay más de 3.4 millones de viviendas desocupadas y miles de desahucios cada día.

La decisión del juez José María Fernández Seijo en consultar de TJUE fue una alternativa que no se pautó en los posibles errores de procedimientos. Es importante mencionar que la demanda del afectado Mohamed Aziz *versus* Caixa d'Estalvis de Catalunya no llegó a el como un problema puramente de derecho de consumidor. No obstante, el juez tenía claro que plantear el caso o dar una solución solo en el campo de los derecho humanos no resultaría una sentencia transformadora. Además, era necesario cambiar la lógica jurídica de pensar el problema del derecho a la vivienda por medio del contexto social y histórico de tiempos difíciles. Parámetro este inclusive de acuerdo con el Código Civil Español, artículo 3.1, i.e., “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Es importante decir que la actitud del magistrado en el caso Aziz reveló un comprometimiento los valores y principios de garantías fundamentales, pero, sobre todo, en una ética basada en la dignidad de la persona humana. Después que el TJUE dictó su parecer, hubo un cambio colosal en las decisiones de jueces españoles cuanto al conflicto entre el sistema d propiedad y derecho a la vivienda.

En comparación al caso brasileño, es interesante notar que el juez del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo *indicó inconsistencia de procedimiento como causa de no aceptación del pedido de expropiación del Grupo Selecta S/A. contra los ocupantes de la propiedad. Reconoce el interés social y la acción del MTST junto a otros movimientos en la lucha por vivienda. El juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente del Tribunal de Justicia de São Paulo, afirmó que la justicia federal no se presentó interesada después de la decisión de expropiación de la 6º Vara.*¹⁴ *De alguna manera, el silencio del poder judicial federal brasileño conformó la justificación del magistrado paulistano en no intervenir para el orden social. Mismo ante la clara motivación de interés social presente en la ocupación de Pinheirinho, incluso prevista en el Código Civil Brasileño de 2002, artículo 1.228, § 3º, la solución fue el desahucio. Además de las consecuencias morales y jurídicas, el Ayuntamiento de São José dos Campos aplicó un descuento de un 10% sobre los impuestos de la propiedad impagados hacía años. Para los impuestos futuros, un bono sobre el valor de facto de un 6.5%. Antes el cobro del IBI era de un 8%, desde el desahucio, pasó a ser de un 1.5%*¹⁵ *El beneficio del Grupo Selecta S/A. se incrementa, porque los gobiernos federal y de la provincia formalizaron*

14 En el sistema jurídico brasileño, es el juzgado de primero rango y a lo que todos los ciudadanos deben dirigirse en caso de cuestiones de derecho civil.

15 Véase <http://bit.ly/1Eqj2Bi>.

un acuerdo de construcción de viviendas con interés social. Los costes de indemnización en una nueva área más la construcción de unidades superan 172,8 millones de reales y recaen en toda la sociedad brasileña, pues el gobierno federal pagará 136,8 millones del total. La deuda del Grupo Selecta S/A sigue subiendo. Once meses después de la ocupación llegó a casi 30 millones de reales.¹⁶ Esa lógica de decisión jurídica genera irresponsabilidades de privados y asegura a la propiedad ningún tipo de obligación jurídica. Se trata de un poder absoluto e imperioso. Sin embargo, es imprescindible reconocer la importancia del tema urbano y la manera como él se relaciona con la clase trabajadora. El derecho a la vivienda se ve más vulnerable en un estado social y de derecho cuyas políticas públicas de oportunidad de empleo son las más degradantes. Hay un reto ante la sociedad mundial urbana sobre el tema y las ocupaciones con claro interés social son expropiaciones forzosas indirectas al amparo de la función social de la propiedad.¹⁷

6. Referencias

- ACKERMAN, Bruce A. **Private Property and the Constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977.
- ARIZA, Liana et al. Tungíase: doença negligenciada causando patologia grave em uma favela de Fortaleza, Ceará. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, vol. 40, n.1, p. 63-67, 2007.
- BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. **Cities for People, not for Profit: Critical Urban City and the Right to the City**. New York: Routledge, 2012.
- BRUM, Eliane et al. **Dignidade! Nove Escritores Vivenciam Situações-Limite e Relatam o Comovente Trabalho da Organização Médicos Sem Fronteiras**. São Paulo: Leya, 2012.
- CARVALHO, R.W. et al. The patterns of tungiasis in Araruama township, state of Rio de Janeiro, Brazil. **Memórias do Instituto Oswaldo Cruz**, 2003, n. 98, p. 31-36, 2003.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. The social function of property in Brazilian law. **For-dham Law Review**, n. 80, p. 1171-1181, 2011.
- DAVIS, Mike. **Planeta de Ciudades Miseria**. Madrid: Akal, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹⁶ Véase <http://bit.ly/1F8CkyM>.

¹⁷ Véase <http://bit.ly/1KAd1Wp>.

- EISELE M. et al. Investigations on the biology, epidemiology, pathology and control of *Tunga penetrans* in Brazil: I. Natural history of tungiasis in man. **Parasitology Research**, n. 90, p. 87-99, 2003.
- FERREIRA, Álvaro. Favelas no Rio de Janeiro: Nascimento, Expansão, Remoção e, agora, Exclusão através de Muros. **Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales**, vol. 14, n. 828, jun. 2009.
- HARVEY, David. The right to the city. **New Left Review**, n. 53, p. 23-40, Sep-Oct, 2008.
- HESPANHA, A. M. **Derecho Privado y Revolución Burguesa**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- HUFFMAN, James L. **Private Property and the Constitution**. New York: Palgrave, 2013.
- KENNA, Pdraic. **Los Derechos a la Vivienda y los Derechos Humanos**. Terrassa: ProHabitatge, 2006.
- KENNEDY, David. Some caution about property rights as a recipe for economic development. **Accounting, economics and Law**, vol. 1, n. 1, p. 01-62, 2011.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1685-1778, 1976.
- LEFEBVRE, Henri. **La Producción del espacio**. Madrid: Capitán Swing, 2013.
- LONDON, Jack. **The People of the Abyss**. Memphis: Botton of the Hill Publishing, 2012.
- MACPHERSON, C. B. **Democratic Theory: Essays in Retrieval**. Ontario: Oxford University Press, 2012.
- MARTÍNEZ, Ferando Rey. **La Propiedad Privada en la Constitución Española**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994.
- SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: Mentas Insanas em Corpos Rebeldes**. São Paulo: Cosac Naif, 2010.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1987.