

VII.— UNA NUEVA CONCEPCION: EL DERECHO URBANISTICO.

Nos señala el Maestro García Máynez que existe el Derecho como conciencia en cuanto consta de una sistemática y de una técnica jurídica, cuyo objeto sería el dar una exposición ordenada y coherente de un derecho positivo determinado y el estudiar los problemas de interpretación, integración, vigencia, retroactividad y conflictos de las leyes que se suscitan con motivo de la aplicación del Derecho.

I.— LA SISTEMATICA DEL DERECHO URBANISTICO.

El pretender obtener un sistema ordenado y coherente de normas será pues nuestro primer paso para saber si existe el Derecho Urbanístico como una nueva disciplina jurídica.

Así hemos de buscar si ya se da una elaboración legislativa, doctrinal y jurisprudencial que le justifique y observar cuáles son las instituciones por él normadas, y una vez definida su esencia y sus características hemos de situarla dentro del contexto del orden jurídico general.

Podemos analizar la existencia de tal elaboración a dos niveles: uno, comparando las normaciones existentes al respecto en nuestro país; y dos, analizando como se presenta tal legislación a nivel internacional.

a) ELABORACION LEGISLATIVA

Si analizamos nuestro proceso histórico, ya en la sociedad tribal como lo fueron los aztecas existían ciertas normas que si bien no eran escritas, sí eran observadas como obligatorias. De esta manera encontramos posible el desarrollo urbanístico de la gran Tenochtitlán que llevó al asombro a los conquistadores españoles.

Por otra parte en los antecedentes españoles existían diversas medidas previstas en ley (Las Doce Partidas de Alfonso el Sabio, la legislación dada por Felipe IV en 1665 las medidas de Carlos III en 1765, el Decreto del 21 de octubre de 1788, etc.) que son un inicio burdo de la apli-

cación de un urbanismo que aún no existía como ciencia, pero que ya daba señales de una conciencia sobre la necesidad de resolver el problema de una sociedad en desarrollo.

Si iniciamos el análisis de nuestra legislación mexicana actual en materia urbanística nos encontraremos ante una situación por demás difícil.

Ciertamente existen una gran variedad de leyes de orden estatal que van desde la ley ordinaria que rige en materia urbana, y que entre paréntesis señalamos, reciben los más diversos nombres, tales como: (Ley sobre planificación; Ley sobre planificación y urbanización; Ley de desarrollo urbano; Leyes sobre fomento y protección a ciudades nuevas completas; Leyes de fomento y protección a ciudades industriales nuevas), hasta reglamentos sobre construcción, sobre fraccionamientos, de tránsito, de aseo y ornato, sobre anuncios en la vía pública, etc.; así como Leyes más especiales, unas que definen un intento de Plan Regulador; otras, cuyo objeto será la conservación del aspecto típico de una población determinada.

Por otra parte, a nivel federal, también existen diversas Leyes que por su materia afectan al orden urbanístico, entre otras: Leyes sobre contaminación, las leyes que ordenan instituciones tales como el INFONAVIT, y el INDECO, así como diversos Fideicomisos que al efecto se han creado.

Si pasamos al análisis detenido del contenido de tal legislación el panorama que descubrimos resulta aún más confuso.

En cuanto al contenido sustantivo encontramos una grave indefinición de conceptos, ausencia de un contenido lógico, una señalada imprevisión de casos que se dan en la realidad, normas de contenido obsoleto, y demás no suelen establecer materias básicas como lo sería la relativa a usos del suelo.

En lo relativo al contenido adjetivo observamos una ausencia de reglamentación que da por resultado la falta de una instrumentación útil a las normas sustantivas, por falta de procedimientos adecuados; pero sí vemos curiosamente y en exceso, la creación de organismos burocráticos de complejidad, pero de dudosa eficacia, y en algunos casos pecando aún de inconstitucionalidad.

Ahora bien si tomamos la legislación en sí como conjunto de normas, y refiriéndola al orden legal encontramos contradicciones entre leyes que rigen materias semejantes ya sean de igual, menor o mayor jerarquía, la que además no se encuentra aún definida; su contenido resulta más adjetivo que sustantivo, y en casos diversos resulta inconstitucional.

Ciertamente hay motivos que en cierta forma justificarían tal situación, pero consideramos que es deber de los legisladores y de los jurisperitos en general el tratar de sanear tal situación de la que ya somos plenamente conscientes.

b) ELABORACION DOCTRINAL

A pesar de los avances que en este campo se han hecho a nivel internacional, como son los casos de Francia, Inglaterra, España, Estados Unidos, Unión Soviética, etc. sin embargo su influencia en nuestro medio aún es poca.

La doctrina en esta materia poco ha aportado. Los escasos autores que existen en México sobre el tema son generalmente arquitectos urbanistas o abogados, que dada su formación profesional y la falta de un lenguaje y de conocimientos comunes, suelen estudiar el punto desde su particular ciencia sin llegar a profundizar en el tema.

Por otra parte, si aún entre los mismos técnicos de una sola rama ya sean urbanistas o abogados no existen acuerdos en cuanto al enfoque teórico, en la metodología a seguir, y menos aún en las respuestas técnicas adecuadas, el resultado será que los trabajos relativos al tema suelen carecer de un fundamento que permita el desarrollo de esta ciencia.

Específicamente en el campo jurídico se han hecho algunos estudios sobre metodología, basándose en modelos de participación popular a través de la investigación de campo ⁽²⁾, pero que si bien es realista en cuanto al enfoque social, no resulta aplicable en un marco general de Derecho clásico como es el orden jurídico mexicano.

En cuanto al establecimiento de una sistemática y más aún de una técnica jurídica no conocemos ningún trabajo hasta el momento de escribir estas líneas.

Así, nuestros analistas sólo se han detenido en escribir críticas a la legislación vigente y a los problemas prácticos que presenta su aplicación; críticas que si bien suelen diferir dadas la variedad de enfoques en su interpretación, si señalan en común un marco de realidades de las cuales, si existiesen los instrumentos teóricos adecuados, podría ser útil al desarrollo de conceptos y técnicas que permitan la debida elaboración jurídica.

¿Qué podemos esperar de la tarea de elaboración doctrinal en el futuro? Ciertamente es difícil el querer aplicar nuevos enfoques y tratar de partir de nuevas concepciones jurídicas de origen interdisciplinario o específicamente sociológico a un sistema de Derecho clásico. Por otra

parte lo es igualmente el intentar enfrentar con la visión clásica, románica y francesa un problema que requiera bases técnicas interdisciplinarias, sin embargo que tales dificultades constituyen un reto a resolver por quienes gustan de intentar la aplicación acertada de la disciplina jurídica a la problemática de la realidad.

Debemos asimismo, subrayar la necesidad de difusión de los trabajos que al respecto se han realizado para que mediante la comunicación y el intercambio de experiencias e ideas se acrecienta tan indispensable acervo doctrinal.

c) ELABORACION JURISPRUDENCIAL

Si la legislación en nuestro medio resulta deficiente en cuanto su reglamentación, lo es también respecto de su aplicación práctica, dado el burocratismo existente y los vicios que se derivan de la confusión legislativa.

De ahí que se presentan numerosos casos en que resulta necesario el buscar el término justo a aplicar en cada caso concreto.

Especialmente se ha tenido que recurrir al fallo de la Corte en los casos relativos a la disposición, expropiación, y lo concerniente a impuestos y pagos por cooperación derivados del desarrollo urbano, de la que existen diversas tesis y jurisprudencias consultables en el Semanario Judicial de la Federación.

d) DERECHO COMPARADO

Si bien en cuanto a la materia urbanística nuestro país apenas comienza a desarrollar una serie de principios jurídicos, a nivel internacional, encontramos un panorama más avanzado, en especial en los países desarrollados, y cuya experiencia puede dar pautas a la planificación de nuestro desarrollo urbano y en cuanto a las medidas legislativas que pueden regirla.

Así en Inglaterra a partir de 1927 en el Town and Country Planning Act se inicia el desarrollo y aplicación del urbanismo.

En España encontramos una múltiple avanzada legislación en cuanto al desarrollo urbano, ello en estrecha conexión con el plan de desarrollo económico.

En Francia a partir de 1919 encontramos una Ley de Urbanismo, donde se obliga a establecer un proyecto de ordenación, embellecimiento y extensión a todas las ciudades de 10,000 ó más habitantes. Actualmente

la legislación francesa presenta en este campo una amplia y moderna ordenación.

Igualmente en Italia existe una legislación específica para la regulación de esta materia.

En Estados Unidos de Norteamérica, hay también amplia legislación, así como elaboración doctrinal y jurisprudencial al respecto, en especial a lo relativo al marco de desarrollo, y al cuidado y conservación del medio ambiente.

e) LA COSTUMBRE EN EL DERECHO URBANISTICO.

Si la elaboración legislativa, doctrinal y jurisprudencial constituye las fuentes más ricas del Derecho Urbanístico, no debemos pasar por alto la costumbre, fuente natural de cualquier orden jurídico.

Sin embargo, en cuanto la aplicación de reglas de carácter consuetudinario en la planificación urbanística, encontramos que casi por lo general la ley surge como una imposición de beneficio público sobre un pueblo que no siempre es consciente de sus necesidades, ni que entiende de prever su posible desarrollo.

De aquí que el Derecho Urbanístico por su carácter previsor debe dar un nuevo enfoque que es diverso del canal de formación del derecho tradicional, y más que surgir de la costumbre, debe adelantarse a ella, prever el futuro, analizar sus posibilidades y organizar el crecimiento que es inminente para todos los pueblos.

Así pues nos encontramos con una noción de Derecho, más dinámica puesto que trata de legislar hacia el futuro, pero por lo mismo más complicada y con ciertas características que le diferencian y le hacen surgir como una nueva rama del Derecho.

2.— CARACTERISTICAS DE DERECHO URBANISTICO.

¿Qué hace a esta rama jurídica diferente? ¿En qué consisten sus matices diferenciales?

Consideramos que existan cuatro respuestas a estas preguntas. En primer lugar la novedad que tal derecho implica y los conceptos que aporta a la ciencia jurídica; en segundo término tenemos la flexibilidad que debe poseer ante una realidad social que se presenta caprichosa y cambiante. En tercer lugar el tecnicismo que implica su aplicación y que sobrepasa el área legal, y por último una característica que debe poseer toda legislación: el ajustarse al sistema legal constitucional.

Analizando tales aspectos encontramos: novedad en cuanto a conceptos pues aporta una idea diversa de la propiedad privada como se le ha considerado tradicionalmente y en cuanto a la jurisdicción particular aplicable.

Así, el criterio que se aplica no es el civilista, donde el derecho individualista es la concepción básica, sino que se utiliza la noción de interés público que da un nuevo sentido de carácter social a la propiedad.

Surge aquí un concepto de propiedad más dúctil, flexible y posiblemente más adecuado a las diversas necesidades comunitarias, y quizás implicando un sentido de justicia más profundo, si se obtiene el justo equilibrio entre la realidad que impone una seguridad social y a la que debe acoplarse, y a su vez delimitarla y modelarla de modo que se respete la seguridad individual.

Difícil es esta tarea si contamos con las presiones especulativas implicadas por los diversos sectores sociales, la inmadurez que existe en cuanto al entendimiento de esta nueva concepción, y la dificultad que implica el arraigo de una mentalidad civilista o bien de las exageradas concepciones radicales que piden absoluta abolición de la propiedad, sin meditar en cada caso los beneficios o las situaciones injustas que se produzcan.

Por otra parte el Derecho Urbanístico debe ajustarse a los sistemas jurisdiccionales existentes (aún en los casos que resulten obsoletos, pues muchas veces surgen de sistemas federativos creados por situaciones políticas de origen histórico, mas no de una razón o con una planeación de carácter científico o técnico que permita una mejor utilización de los recursos), en cuanto que son positivos, aunque se intente a través de los conductos legales adecuados el intentar normas más eficientes en tal sentido.

Debe además la normación urbanística, respetar en virtud del principio de supremacía constitucional, el orden jurídico que la Carta Magna señale.

En nuestro país debe además, específicamente el respetar el señalamiento de facultades que son conferidas al Estado y a la Federación, así como lo relativo a los derechos individuales entre los cuales se encuentra la propiedad, pues si bien la Constitución de pautas para un enfoque social, es el enfoque civilista tradicional, de origen liberal el que predomina.

Por último tenemos el tecnicismo que implica el Derecho Urbanístico.

El Urbanismo, será la base de esta nueva normativa jurídica puesto que señala las pautas técnicas que favorecen el desarrollo conforme a las características de cada comunidad, y que el Derecho sólo da forma de ordenamiento.

Pero dado que se trata de una ciencia nueva que aún continúa perfeccionándose, ello trae consigo la poca comprensión que tiene una reglamentación urbanística en una comunidad que no tiene idea precisa de las pautas que le son deseables para su crecimiento.

Por otra parte el enfrentamiento a necesidades más ingentes lleva a soluciones incompletas, a corto plazo, difiriendo respuestas quizá más útiles pero cuyos beneficios son observables sólo a largo plazo.

También constituye una dificultad práctica en su aplicación los costos que implica.

Pero sobre todo existe un problema que es el principal obstáculo: tal es la brecha de entendimiento que suele existir entre el técnico urbanista, el jurista y el político.

El técnico urbanista, preocupado a veces por conocer la realidad para encontrar respuestas profundas, divaga y se pierde en el amplio campo de la investigación, y se olvida del fin pragmático que inicialmente le motivó. Otras veces, conocedor de la ciencia urbanística pero olvidado de la realidad humana supone soluciones hipotéticas que sí teóricamente son saludables, la conciencia popular no aceptará, o bien que por razones de técnica jurídica, no es posible incluir en la legislación positiva en un momento y lugar históricos dados.

El jurista, dedicado a la observancia de las formalidades legales, cae a veces en una mentalidad litigante poco creativa, que sólo busca ajustar la realidad a la forma con fines específicos y en interés individual; o bien si es teórico, lanza a su vez conceptos que si bien son jurídicamente aceptables no lo son en cuanto a lo que la técnica urbanística recomienda. Se va así desde el concepto vacío a la norma minuciosa en cuanto al detalle, pero aislado en cuanto a una política urbanística útil.

Por último tenemos el político que preocupado por resolver problemas a corto plazo muchas veces carece o hace caso omiso de las soluciones técnicas profundas pero a largo plazo, o bien busca el arreglo factual y se olvida de la observancia de la reglamentación jurídica, o ni siquiera la procura y menos la fomenta.

Así, el Derecho Urbanístico tiene que ganar su lugar primero entre la conciencia de los hombres en particular de estos tres, a fin de luego

poder llevar sus beneficios a una comunidad que necesariamente ha de desafiarle y ponerle en duda mientras se convence de su bondad.

Largo es aún el camino a recorrer antes de ser considerada una ciencia particular dentro de la rama jurídica, en especial en nuestros países subdesarrollados o en desarrollo, donde la solución nacional aún está lejos de alcanzarse.

Entre tanto el Derecho Urbanístico constituye una ciencia en formación que la realidad y la teoría habrán de modelar en beneficio de la misma sociedad.

3.— CIENCIAS AFINES

El Derecho Urbanístico como rama reciente del Derecho, tiene aún estrechos nexos con otras ramas de las cuales se deriva.

Así le encontramos una cerrada relación con el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, el Fiscal, el Agrario y el Constitucional que es su base y fundamento.

Por otra parte y como ciencia social tiene relación con la Sociología, la Economía, la Administración Pública y el Urbanismo que a la vez que le alimentan en cuanto al conocimiento de las variables que han de servirle de referencia, le heredan métodos y procedimientos que le ayudan a madurar como ciencia.

4.— SU CLASIFICACION DENTRO DEL SISTEMA JURIDICO.

Resulta muy importante, si deseamos establecer una sistemática, es decir un orden coherente de normas, el situar el Derecho Urbanístico dentro del gran marco que representa el sistema jurídico general, de modo que esto constituya una primera aproximación al problema y nos permita una visión que nos ayude a interpretar su significación, modalidades e importancia.

Así, en este capítulo intentaremos siguiendo el señalamiento que hace el maestro García Máynez el clasificar las normas de derecho urbanístico dentro del sistema jurídico.⁽³⁾

a) DERECHO PUBLICO.

Para definir si una norma lo es de Derecho Público o Privado dos teorías se han propuesto: en primer lugar tenemos la teoría que ya propone el Derecho Romano, llamada "del interés en juego" y la teoría derivada del análisis de la naturaleza de las relaciones que la norma establece.

El Derecho Romano señala que es derecho público aquel que atañe a la conservación de la cosa romana. Aquí la situación es muy clara a nuestro parecer; el objeto del Derecho Urbanístico es precisamente el señalar normas que prevean el desarrollo y conservación del espacio en que la comunidad vive, es pues el principal elemento de la "cosa nacional", el espacio donde el hombre desarrolla sus actividades, lo regido. Así pues, en esta concepción el Derecho Urbanístico es plenamente de orden público.

En cuanto al enfoque relativo a la naturaleza de las relaciones, señala estas dos clases: de subordinación cuando se establece una relación de mando, en la que el Estado aparece como entidad soberana, correspondiendo en tal caso las normas al Derecho Público, o bien relaciones de coordinación donde la relación Estado-individuo es igualitaria en cuyo caso estaremos en el campo del Derecho Privado.

En el Derecho Urbanístico, el Estado dispone normas de conducta a seguir en cuanto el uso y la ocupación del espacio. No se trata de una relación de coordinación (tú a tú) con los particulares, pues si bien se deja a su albedrío la disposición de la propiedad privada, éste tendrá que ejercerse dentro de reglas generales que el Estado impone ya sea para prevenir el cuidado del orden social sin limitar en sí al derecho de propiedad o bien limitando deliberadamente la capacidad de los posibles tenedores, o limitando características propias del derecho de propiedad como lo son el derecho de uso, disfrute y disposición de la cosa objeto de la relación.

Así pues, dado que lo establecido son normas que implican una relación de subordinación, estaremos en presencia, acordes a esta interpretación, de normas de Derecho Público.

En resumen: el Derecho Urbanístico es Derecho Público en cuanto que atañe a la conservación y desarrollo de la "cosa nacional" como lo es en parte el espacio, y por establecer relaciones de subordinación de los particulares respecto del Estado.

b) NACIONAL.

Toca ahora definir si tales normas afectan sólo al orden nacional, o bien son de derecho internacional.

Si bien recientemente han surgido corrientes dirigidas a establecer normas que ayuden a la conservación del medio ambiente a nivel internacional, sin embargo tal intento suele caer en una especulación ideal.

Claro es que dada la importancia que dan los Estados a su soberanía,



nía, difícilmente pueden sustraer de su dominio un elemento que además es característica propia e integral del mismo Estado: su espacio.

Así que el Derecho Urbanístico aún más por lo definido de su objeto en cuanto que lo constituye el espacio mismo, su vigencia tendrá los límites que encierren el dominium y el imperium del Estado dentro de un territorio que constituye parte esencial a su naturaleza.

c) FUENTES.

En cuanto a su fuente, como lo es en todo orden de Derecho, la principal es la ley, pues sin ella no podría darse actos administrativos de ninguna clase.

Ahora bien en el caso de México nuestra ley tiene la característica de ser escrita y codificada, lo que facilita la creación e interpretación de estas normas.

Permitidas por la ley, las normas pueden derivarse de la actividad administrativa propia del Ejecutivo a través de reglamentos, circulares, etc.

En cuanto a otras fuentes secundarias como lo son la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre ya hablamos anteriormente de ellos y nos remitimos a los conceptos citados.

d) AMBITO ESPACIAL.

En lo relativo al ámbito espacial que debe abarcar la ley urbanística nos inclinamos hacia la existencia de una legislación federal que contenga principios generales a delimitar por las legislaturas estatales, lo anterior de conformidad a la posible aplicación del artículo 27 Constitucional y que autoriza la fr. 30 del Art. 73 (en cuanto a las facultades que dan las fracciones I, VI, X, XVI, XVII, XIX en lo relativo) en la misma forma que lo hace el Art. 40. párrafo II respecto a la Ley sobre Profesiones.

En caso de no aceptar tal interpretación por considerar que el Art. 73 Constitucional no señala en forma expresa la facultad de legislar en materia urbanística al Congreso y que por lo tanto debe considerarse materia reservada a los Estados por virtud del Art. 121 fr. II que señala que las actas, registros y procedimientos relativos a inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación (que en lo particular no consideramos aplicable por referirse en nuestro concepto a relaciones de coordinación propios del Derecho Privado y no aplicable al Derecho Público como lo es el Urbanístico), no quedaría sino aceptar la jurisdicción estatal.

En cuanto a la jurisdicción municipal no resulta aplicable por no tra-

