



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO
CONSORCIO DE CIENCIA SOCIALES Y HUMANIDADES
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS



**“PROPIEDAD PRIVADA E INTERÉS PÚBLICO:
EL CASO DE LAS DETERMINACIONES
URBANÍSTICAS”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO

DOCTOR EN DERECHOS HUMANOS

PRESENTA:

MANUEL JIMÉNEZ DORANTES

DIRECTORES DE TESIS

DR. JORGE IGNACIO ANGULO BARREDO

DR. DAVID CIENFUEGOS SALGADO



San Cristóbal de las Casas, Diciembre de 2014





Universidad Autónoma de Chiapas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHIAPAS
2010-2014

Dirección General de Investigación y Posgrado
Facultad de Derecho
DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS

San Cristóbal de Las Casas, Chiapas
24 de Noviembre de 2014
Oficio No. DDH/231/14

ASUNTO: Se libera y autoriza imprimir
Tesis

MTRO. MANUEL JIMÉNEZ DORANTES
CANDIDATO A DOCTOR
EN DERECHOS HUMANOS
PRESENTE

Por medio del presente, notifico a usted que los Sinodales Titulares y Suplentes han emitido su voto, por lo que me permito **LIBERAR** su trabajo de Tesis para que proceda a la impresión del mismo y continúe con los trámites correspondientes.

Atentamente

"Por la Conciencia de la Necesidad de Servir"

Dr. Antonio H. Paniagua Álvarez.
Coordinador del Doctorado en Derechos Humanos



C.c.p. Expediente/Minutario

2014



ÍNDICE

	<i>pág.</i>
Introducción	vii
Capítulo 1	
Delimitación y planteamiento metodológico	
1.1. Delimitación	13
1.2. Planteamiento metodológico: Derecho administrativo general como sistema	27
Capítulo 2	
Propiedad privada como derecho fundamental	
2.1. Perspectivas sobre la propiedad privada en el pensamiento jurídico-político mexicano	33
2.1.1. Notas esenciales sobre la propiedad en el pensamiento liberal-individualista	35
2.1.2. Notas esenciales de la propiedad privada con un ingrediente social	42
2.2. La propiedad privada en el constitucionalismo mexicano de 1917	48
2.2.1 El carácter de derecho fundamental de la	

propiedad privada	54
-------------------	----

Capítulo 3

Régimen jurídico del Urbanismo en el sistema constitucional mexicano

3.1 Un necesario apunte sobre el Urbanismo como título competencial	67
3.1.1 Breve referencia a la evolución del sistema de distribución competencial del federalismo mexicano. Del federalismo dual al federalismo cooperativo	68
3.1.2 Ausencia de título competencial específico (febrero 1917 - febrero 1976)	81
3.1.3 Aparición del Urbanismo como título competencial específico	82
3.1.3.1 Influencia del Derecho internacional en la aparición de un título competencial urbanístico en el sistema constitucional mexicano	82
3.1.3.2 Incorporación constitucional de Urbanismo, de febrero de 1976, como respuesta al cumplimiento de políticas internacionales	84
3.1.3.3 Las primeras leyes urbanísticas mexicanas: 1976 y 1983	87
3.2 Algunas precisiones sobre el Urbanismo, Asentamientos Humanos y Ordenación del	

Territorio como títulos competenciales	90
3.2.1 Urbanismo y Asentamientos Humanos	90
3.2.2 Identificación y delimitación material de los Asentamientos Humanos	93
3.3 Fines esenciales del Urbanismo	100
3.4 Concurrencia material del Urbanismo	102
3.4.1 Régimen de concurrencia	102
3.4.2 Coordinación federal en el urbanismo a través de Ley de bases federal + ley de desarrollo estatal	104

Capítulo 4

Función social y propiedad privada en el Urbanismo

4.1 Función social y propiedad privada en el ordenamiento jurídico mexicano	110
4.2. Contenido esencial de la propiedad privada. Especial referencia al ámbito urbanístico: el suelo	117
4.3 Reserva de ley para la configuración del la propiedad privada	129
4.3.1 Nación como legislador federal y estatal según las resoluciones judiciales	131
4.3.2 Reserva de ley relativa en el ámbito urbanístico	136
4.3.3 Reserva de ley en materia urbanística	147
4.4 Configuración del contenido de la propiedad del	

suelo a partir del planeamiento urbanístico	154
4.4.1 Derecho a participar en la transformación del suelo	159
4.4.2 Participación ciudadana en el planeamiento urbanístico: entre los intereses de propietarios y de habitantes	164
4.4.2.1 Planteamiento previo	164
4.4.2.2 Involucramiento de intereses sujetos a protección: directos y difusos	171
4.4.2.3 Participación administrativa y no política en el planeamiento urbanístico	183

Capítulo 5

Expropiación y modalidades a la propiedad privada

5.1 Técnicas ablatorias sobre la propiedad privada: expropiación y delimitación	186
5.2 Expropiación como último reducto de la propiedad del suelo	188
5.3 Expropiación indirecta: la aportación de los instrumentos internacionales en materia comercial	197
5.4 Modalidades como medio de configuración de la propiedad del suelo	201
5.5. Ponderación en la definición de la función social de la propiedad urbana	203

5.5.1 Primera ponderación constitucional: “propiedad privada cede ante interés público”	204
5.5.2 Segunda ponderación: la concretización de los intereses involucrados en el ordenamiento urbanístico	206
5.6 Prohibición de exceso o proporcionalidad como instrumento idóneo para contener la actuación estatal sobre la propiedad	210
Conclusiones	221
Bibliografía	228

Introducción

Las dinámicas urbanísticas involucran una serie de intereses públicos y privados especialmente sobre el uso al que se pueden destinar los diferentes predios. Desde 1970, México configuró un sistema legal de ordenación urbana y territorial que pretende –con poco éxito según el patrón urbano actual- sujetar la disposición del suelo (usos y destinos) a un modelo urbanístico y territorial planificado a través de diversos instrumentos de planeamiento, en principio, jerarquizados y, en segundo lugar, congruentes.

Esta inercia urbanística (pública-privada) tiene un punto básico de tensión permanente, es decir, la propiedad privada y las determinaciones urbanísticas sobre la propiedad que provienen de las autoridades a través de normas jurídicas (instrumentos de planeamiento) o mediante su aplicación a través de habilitaciones administrativas (autorizaciones, licencias, permisos, etcétera). El interés del propietario para destinar el suelo a sus intereses personales para explotarlo (familiares o comerciales) y, por el

otro, el deber jurídico del Estado para cumplir el canon constitucional del ordenamiento territorial y urbano de acuerdo a la prevalencia del interés público (artículo 27 párrafos primero, segundo y tercero).

De ahí que las dinámicas de disposición del suelo obtengan la atención de la doctrina científica. En el espacio sociológico, se han venido produciendo sólidos resultados para explicar –desde ese espacio- el uso de la propiedad tanto en entornos rurales como urbanos y, especialmente, metropolitanos. En el Colegio de México su Centro de Estudios Demográficos, Urbanos y Ambientales llevan a cabo desde hace varios años estudios sobre los fenómenos territoriales y urbanos. Así como las aportaciones desde la Red Nacional de Investigación Urbana de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla con una fructífera aportación al estudio de las ciudades.

En el ámbito de la sociología jurídica, Antonio Azuela, desde la Universidad Nacional Autónoma de México ha dejado asentadas las bases relacionales entre propiedad-ciudad-derecho como un objeto interrelacionado, sus aportaciones han servido para impulsar el estudio del urbanismo mexicano en las Ciencias Sociales¹ y en el Derecho².

¹ Su obra representativa, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, El Colegio de México, México, 1999.

En el concreto espacio jurídico –en el que se desenvuelve este trabajo- existen enormes carencias académicas del fenómeno urbanístico, es posible decir que hasta hace una década, estaba relegado y obviado por el Derecho³. Las testimoniales muestras doctrinales del Derecho en el Urbanismo dan cuenta clara de este espacio aún desdeñado por el jurista. Dicho desdén doctrinal no tiene reflejo en el ámbito jurisdiccional en el que con mayor frecuencia los justiciables buscan la resolución de los tribunales para defender el uso de su propiedad o de su entorno (a través del interés colectivo) o mediante la controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación entre Municipios y Estados (Nuevo León ha dado casos relevante en este tema).

Paulatinamente se han venido introduciendo una serie de estudios o talleres jurídicos para atender la grave dinámica urbanística en México.

Esta investigación, precisamente, busca abonar la literatura jurídica del Urbanismo mexicano y provocar en el lector el interés en su discusión y desarrollo. Durante un largo trecho académico (1992-2013) se atendió la parte “pública” del Derecho urbanístico,

² Ver su publicación “El Derecho urbanístico. La evolución del Derecho urbanístico en los últimos diez años”, *Jurídica*, No. 10, UIA, México, 1978.

³ Entre las primeras publicaciones estrictamente jurídicas puede recordarse Ruiz-Massieu, José Francisco, *Derecho urbanístico*, UNAM, México, 1981.

es decir, las bases constitucionales a las que se sujeta la materia (distribución competencial, facultades concurrentes, federalismo, autonomía municipal, planeamiento, entre otros asuntos)⁴ para explicar de manera coherente las fortalezas pero también las debilidades de la “arquitectura” legal del Urbanismo mexicano.

De ahí que, en esta ocasión se atienda la otra cara de la dinámica urbanística, es decir, la propiedad privada y su vinculación a las determinaciones urbanas dictadas por el Estado.

Este punto de partida (Capítulo 2) centra el recorrido dentro del texto, la propiedad privada en el ordenamiento jurídico mexicano como derecho fundamental (especialmente concretado por la Convención Americana de los Derechos Humanos y la doctrina de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación) y, en consecuencia, el contenido esencial de este derecho fundamental así como los límites del mismo y el espacio que corresponde configurar al Estado.

Una de las evidencias que arroja este documento (Capítulo 5) radica en la “sorprendente” ausencia normativa del mandato de ponderación para la autoridad urbanística que determina los usos del suelo a los que se sujeta la propiedad privada. Parece que el

⁴ Remito al lector a *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2003. *Constitución y urbanismo*, UNAM, México, 2006. *Autonomía municipal y planeamiento urbanístico*, Fontamara, México, 2007, entre otras.

diseño legal actual del Urbanismo mexicano, posiciona de manera casi “automática” la prevalencia absoluta y bajo cualquier circunstancia al interés público sobre el derecho fundamental a la propiedad privada (Capítulo 4).

Esta debilidad traslada, entonces, a una enorme carga para la decisión judicial en asuntos estrictamente administrativos y de alta complejidad técnica. La doctrina del Poder judicial federal hace uso de la prohibición de exceso o proporcionalidad para “paliar” el exceso de intromisión urbanística en la propiedad del suelo.

Sin dejar de reconocer las virtudes del control judicial sobre asuntos administrativos dotados de alta complejidad técnica, la situación actual del modelo jurídico del Urbanismo –por lo que en este tema concierne- genera un alto grado de incertidumbre lo que resulta aprovechado por el particular para destinar el uso del suelo a sus intereses particulares sin que haya el correspondiente encaje con el interés público.

El lector encontrará una explicación jurídica sobre propiedad privada y Urbanismo de la que podrá sentar bases para asumir estudios al respecto que puedan complementar la explicación racional sobre el Derecho urbanístico mexicano.

Finalmente, quiero dejar patente mi profundo agradecimiento con el Prof. Dr. Jorge Ignacio Angulo Barredo, académico dedicado y preocupado por el estudio serio y

concienzudo de las Ciencias Sociales en general. Sus sesiones en el programa de Doctorado en Derechos Humanos sobre la metodología así como su calidad académica y humana resultan elementos valiosos y necesarios en de dicho programa doctoral. Sin duda, sus observaciones siempre fueron constructivas y han aportado a fortalecer este trabajo final. Por su parte, el Dr. David Cienfuegos Salgado participó como tutor externo de esta investigación doctoral con su atinado y especializado punto de vista, desde que compartimos reflexiones sobre el Derecho han sido fructíferas para este trabajo final.

Finalmente, mi reconocimiento a la Universidad Autónoma de Chiapas, donde –hasta ahora- enseñé Derecho en su Facultad de San Cristóbal de las Casas por haberme brindado el apoyo académico y administrativo para culminar con éxito estos estudios doctorales.

Manuel Jiménez Dorantes

Otoño, 2014

CAPÍTULO 1

DELIMITACIÓN Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1. Delimitación

Resulta evidente que las ciudades⁵ (*lato sensu*), en las diferentes regiones de México presentan desde hace varias décadas problemas importantes para regular su crecimiento ordenado y, ahora, sustentable.

Por un lado, el alto grado de pobreza en México mantiene los grandes cinturones de marginación urbana en los que se asientan grupos específicos de la población con

⁵ Aunque técnicamente existen características para calificar a una ciudad a efectos expositivos únicamente se utilizará el concepto de ciudad de una manera genérica como una porción del territorio sujeta al proceso urbanizador (*urbs*), más en el sentido de “centro de población” previsto legalmente: *“las áreas constituidas por zonas urbanizadas, las que se reserven a su expansión y las que se consideren no urbanizables por causas de preservación ecológica, prevención de riesgos y mantenimiento de actividades productivas dentro de los límites de dichos centros...”*, artículo 2 fracción III Ley general de asentamientos humanos, de 21 de julio de 1993. Última reforma, de 24 de enero de 2014 (LGAH).

un alto déficit de servicios públicos, difícil accesibilidad y una permanente incertidumbre jurídica sobre la tenencia de la tierra, lo que impacta directamente en las dinámicas urbanas. Al respecto, el más completo análisis sobre las ciudades en México de la oficina HABITA-ONU evidenció que tratándose de los asentamientos marginados “no sólo cuesta de 2 a 3 veces más introducir infraestructura y servicios en los asentamientos precarios, sino que además, estos procesos demoran entre 12 y 16 años”⁶.

Otro caso característico de la dinámica urbanística mexicana es que se van estableciendo determinados espacios “aislados” o “comunidades cerradas” del entorno urbano a través de murallas que intentan “proteger” a un pequeño espectro de la población de manera paralela a las autoridades⁷.

⁶ *Estado de las ciudades en México 2011*, ONU-HABITAT/SEDESOL, 2011, p. 42. Para el caso de los asentamientos marginados o precarios, la ONU recomienda “garantizar el derecho a la ciudad de la población urbana en condición de pobreza y, en particular, su derecho a suelo con servicios y tenencia segura de la tierra”.

⁷ Sobre este caso véase al estudio de Lucio, Joanna D., Ramírez, Edgar E., y Cárdenas, Sergio, “¿Libertad para quién? El efecto de las comunidades cerradas en el espacio urbano”, *Documentos de trabajo*, No. 251, CIDE, México, 2010, en todo.

Los datos estadísticos del mismo programa HABITAT-ONU señalan que “durante los últimos 20 años, las periferias de las ciudades mexicanas se han transformado, al hacerse más heterogéneas con el desarrollo simultáneo de urbanizaciones cerradas y asentamientos precarios. La preocupación por la seguridad, se manifiesta en procesos de segregación espacial y social [...] el desarrollo de estos conjuntos residenciales se acompaña con procesos de creciente privatización de la ciudad”⁸.

Aunado a ello, cada centro de población presenta problemas específicos, entre los que pueden señalarse, para el caso de las ciudades costeras, por ejemplo, un alto grado de sobre explotación del suelo, especialmente, el cercano a la zona federal marítimo-terrestre⁹; otro caso representativo, es el de los “pueblos mágicos” que tienen una dinámica urbanística centrada esencialmente en el desplazamiento de la habitación por la explotación comercial del centro

⁸ *Estado de las ciudades en México*, op. cit., p. 52. Para el caso de las comunidades cerradas, la ONU recomienda “fortalecer la visión de conjunto de la ciudad en la planeación para evitar el desarrollo de grandes proyectos inmobiliarios que no respondan a una demanda local, ni a criterios ambientales, de género, etarios y sociales que son fundamentales”.

⁹ Por ejemplo, Riviera maya, Quintana Roo.

histórico¹⁰, en otro caso, las zonas industriales que han sido utilizadas para justificar el acercamiento de sus obreros a sus centros de trabajo¹¹, entre otros.

Entre muchas dinámicas negativas de utilización del suelo con fines urbanísticos que se pueden destacar se encuentra la alta especulación del suelo así como incapacidad material de las autoridades municipales para hacer cumplir las determinaciones del planeamiento urbanístico. Por ejemplo, el caso de un propietario de suelo que “vende” a un promotor para llevar a cabo la lotificación del predio sin las habilitaciones urbanísticas correspondientes, de tal manera, que la compra-venta no se formaliza hasta el pago total que se lleva a cabo en diversas exhibiciones previamente acordadas, por su parte, el promotor dedica sus esfuerzos a reunir a una serie de compradores que seleccionan su respectivo lote con la ventaja de pagos parciales al promotor, de tal manera, que dicho pago parcial permita al mismo promotor, por un lado, cumplir los pagos parciales con el propietario del predio, alargar el momento de otorgamiento de las escrituras de cada lote hasta el pago total e incrementar su fuerza de presión

¹⁰ Por ejemplo, San Cristóbal de Las Casas, Chiapas y San Miguel de Allende, Guanajuato.

¹¹ Por ejemplo, la zona conurbada de Orizaba, Veracruz.

colectiva. De ahí, el promotor lleva a cabo la lotificación con un alto margen de aprovechamiento urbanístico para incrementar las ventas y, por ende, las ganancias.

Una vez cubierto el pago total del predio, la compra-venta total del predio se formaliza y –en consecuencia- el grupo de colonos presionan a la autoridad para exigir la expedición de los permisos correspondientes que son necesarios para la escrituración de cada lote¹² que, en ocasiones, ya está plenamente desarrollado el fraccionamiento.

Por su parte, la autoridad administrativa cede ante la presión social o empresarial (en algunos casos) y procede al recurrido cambio de uso del suelo previsto en el respectivo instrumento de planeamiento para ajustar el modelo urbanístico a las necesidades de cada promotor independientemente de las razones técnicas que justificaron la calificación del plan¹³.

¹² Obviamente, también existen casos en que el fedatario público con la complacencia del registrador protocolizan e inscriben instrumentos aún sin los requisitos que señala las leyes urbanísticas lo que trae aparejada la responsabilidad jurídica de ambos en un entorno de alta corrupción e impunidad.

¹³ Sobre este tema remito al lector a Jiménez Dorantes, Manuel, ¿urbanismo a la carta? Implicaciones del cambio de uso de suelo”, *El Mundo del Abogado*, agosto, México, 2011, en todo.

Otro caso de la dinámica urbanística se manifiesta mediante la oferta comercial de predios en zonas boscosas cercanas a las ciudades que, *prima facie*, ofrecen un valor paisajístico, ambiental y de supuesta tranquilidad para el comprador, pero nuevamente, el objetivo del promotor radica en incrementar el margen de ganancia, por lo que, dedica esfuerzos a dividir el predio de tal manera que las ventajas de la oferta inicial paulatinamente desaparecen para trasladar el conflicto a los nuevos propietarios de un lote que ya no tiene las cualidades paisajísticas y ambientales.

Otro ejemplo relevante de la permanente tensión entre el interés particular y el interés público en las grandes ciudades se evidencia en el caso del denominado “poliforum Siqueiros” ubicado en la avenida Insurgentes sur de la Ciudad de México.

El propietario (particular) tiene interés en explotar económicamente, como centro comercial, el predio en el que se ubica la obra del artista mexicano –calificado federalmente como “monumento artístico nacional”-, ya que la actual zona de monumento tiene una modalidad de protección del interés público (artístico) determinada por decreto presidencial, de 18 de julio de 1980¹⁴. Desde el punto de vista urbanístico, la

¹⁴ De acuerdo con el artículo 1 del Decreto presidencial indicado: “Se declara monumento artístico nacional la totalidad de la obra del artista

protección cultural del inmueble no sólo se concreta al propio edificio sino incluye también el resto del predio que lo rodea para preservar el espacio cultural y de apreciación de dicho inmueble. Entre otros asuntos, el propietario de un bien sujeto a la declaratoria federal de “monumento artístico” tiene el deber de “conservación” y “restauración” previa autorización del Instituto Nacional de Bellas Artes (INBA) así como limitaciones en el ejercicio del dominio de los propietarios de los predios colindantes¹⁵. De tal manera que se delimita la tensión entre intereses involucrados (público-privado), en la que se involucran diversas autoridades, por un lado, la Administración pública del Distrito federal¹⁶ que tiene

mexicano David Alfaro Siqueiros, incluyendo la de caballete, la obra gráfica, los murales y los documentos técnicos, sean de propiedad nacional o de particulares”.

¹⁵ Sobre este asunto ver la Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicos, artísticos e históricos, de 6 de mayo de 1972. Última reforma, de 9 de abril de 2012 (LFMZAAH).

¹⁶ Cabe señalar que el Gobierno del Distrito federal mediante Decreto publicado en GODF de, 28 de octubre de 2014, dicho espacio se declaró como “*patrimonio cultural urbano*” de la Ciudad de México. Entre otros motivos, dicho Decreto señala “*que derivado de la dinámica urbana que se ha desarrollado en la Ciudad de México en los últimos quince años, los elementos arquitectónicos se ven afectados por procesos de cambio de uso de suelo y actividades; así como por la transformación espacial de ahí que sea imprescindible generar acciones que promuevan la conservación de bienes arquitectónicos y culturales*

la tramitación del expediente de cambio de uso de suelo (la decisión recae en la Asamblea legislativa), por el otro lado, el Instituto Nacional de Bellas Artes de la Administración pública federal que tiene encargada la protección de la modalidad de protección del patrimonio artístico de la Nación.

La ciudad es un elemento dinámico que se desarrolla desde adentro con la propia inercia de su población pero también se transforma desde afuera con determinaciones públicas, con la constante atracción de población del campo que pretende mejorar sus condiciones personales y familiares; además como centro de desarrollo o con la importación de prácticas de explotación del suelo depredadoras en las que únicamente se busca el beneficio económico directo.

La realidad mexicana evidencia la vigencia del problema urbanístico, basta recordar –por ejemplo- que en 1930, 7 de cada 10 habitantes vivían en zonas rurales mientras que, en 2003, de cada 4 habitantes 3 vivían en zonas urbanas, aunado a que México presenta una alta concentración de habitantes en pocas localidades, como se expresa en el siguiente cuadro:

de gran significado para la Ciudad de México". Además, el artículo segundo del Decreto incluye dentro de la declaratoria al "espacio circundante que permite la apreciación de la obra plástica exterior".

cuadro 1

indicador/año	1930	1970	2000
número de localidades	75,745	97,479	20,2431
densidad de población	8.4	24.5	50.0
grado de urbanización	33.5	58.6	74.7
tasa de urbanización	2.6	5.0	1.9
población urbana	5,540,631 (33.5%)	28,308,556 (58.7%)	72,406,270 (74.6%)
población rural	11,012,091 (66.5%)	19,916,682 (41.3%)	24,608,597 (25.4%)

fuentes: elaboración propia a partir de INEGI, *Indicadores sociodemográficos de México 1930-2000*, Aguascalientes, 2011, pp. 21 y 23.

En los más recientes indicadores demográficos disponibles por el sistema de información de INEGI, en 2010, la población total de México fue de 112,336,538¹⁷ habitantes de la que el 77.8% es población urbana, el resto (23.2%)

¹⁷ Del total de la población nacional, 57,481,307 son mujeres y 54,855,231 hombres. En Chiapas la población es de 4,796,580, de la cuál 2,443,773 son mujeres y 2,352,807 hombres.

habitan poblaciones de menos de 2,500 habitantes y, la densidad de población se estableció en 57.30 habitantes/mk2¹⁸.

Pero la ciudad, además de la perspectiva demográfica, también presenta elementos estéticos, ambientales, económicos y recreativos que refuerzan su fuerza atractiva y dejan los ingredientes para un cóctel de retos ambientales, económicos, sociales y políticos a los que el Derecho debe ofrecer herramientas eficaces de regulación.

El dinamismo de los centros de población impacta directamente en el aprovechamiento del suelo para usos y destinos de diversa índole que se sujeta a dinámicas sociales y políticas específicas en cada uno.

El propietario del suelo o su promotor busca –según sea el caso- satisfacer las necesidades más elementales de habitación aunque sea en condiciones deplorables¹⁹, por el

¹⁸ Ver, www.inegi.gob.mx. La misma ONU indica que, en 2005, el Estado de Chiapas presentó el 53% de población urbana altamente marginada. *Estado de las ciudades de México 2011*, op. cit., p. 46.

¹⁹ Cabe señalar que la SCJN ha delimitado el derecho fundamental a la “vivienda digna y decorosa” en el sentido de que “*lo que delimita su alcance es su contenido, pues lo que persigue es que los ciudadanos obtengan lo que debe entenderse por una vivienda adecuada, lo cual no se satisface con el mero hecho de que las personas tengan un lugar para habitar, cualquiera que éste sea; sino que para que ese lugar pueda considerarse una vivienda*

otro, el mayor aprovechamiento económico que le beneficie directamente independientemente de su empate con el interés general de ciudades ordenadas y sustentables.

Resulta evidente, y no necesita de mayor justificación, el crecimiento permanente de las zonas marginadas de las ciudades y la vorágine urbanizadora de propietarios, promotores y líderes sociales que, en ocasiones, cuentan con el respaldo político de la autoridad en turno para “exprimir” las ganancias de acometidas urbanísticas, independientemente de la calificación del suelo determinada por los instrumento de planeamiento.

También desde la sociología del Derecho se ha señalado que “el desarrollo de las ciudades es siempre [...] un proceso de ajuste de las relaciones sociales de propiedad. La composición del espacio urbano demanda una adecuación continua de las formas de tenencia de los bienes inmuebles,

adecuada, debe cumplir necesariamente con un estándar mínimo, el cual ha sido definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No. 4 (1991) (E/1992/23), al interpretar el artículo 11, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, ya que en caso contrario no se daría efectividad al objetivo perseguido por el constituyente permanente”.

Tesis: 1a. CXLVI/2014 (10a.), Primera sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, t. I, abril, 2014, p. 798 (registro: 2006169).

que debe realizarse con arreglo a una razón externa al proceso espontáneo de conformación y distribución territorial que realizan los agentes sociales privados a través del mercado”²⁰.

Algunas de las cuestiones principales de esta investigación radican en qué medida la dinámica urbanizadora de la mayor parte de los centros de población consistente en el uso improvisado del suelo incide en mantener los desajustes del sistema urbanístico mexicano y cuáles son las “diferencias” y “desajustes” del Derecho urbanístico que impide el desarrollo ordenado a través del uso de la propiedad privada que ayude a revertir dichas deficiencias y generar dinámicas urbanísticas más eficientes.

La propiedad del suelo con finalidades urbanísticas centra el objeto de estudio de este trabajo para ser explicada desde el estricto ámbito jurídico como elemento sobre el que actúan tanto los particulares como las autoridades.

Aunque la propiedad privada presenta elementos sustanciales en la relación entre particulares, resulta necesario precisar –desde este momento- que el análisis jurídico sobre la propiedad que aquí se desarrolla no está centrado en el ámbito del Derecho privado regulado –

²⁰ Díaz y Díaz, Martín, *Ensayos sobre la propiedad*, Antonio Azuela (comp.), UNAM, México, 2012, p. 153.

esencialmente- a través de la codificación civil (federal o estatal) como un espacio de regulación de decisiones *inter privados* y que ha sido estudiada de manera permanente entre la doctrina civilista mexicana.

Por el contrario, el estudio sobre la propiedad que el lector encontrará en las siguientes líneas está centrado en la otra vertiente jurídica de la propiedad, correspondiente al Derecho público, en general, y al Derecho urbanístico, en especial. Es decir, la regulación jurídica de la propiedad privada pero que se produce desde la vertiente pública y que posiciona a dicha relación jurídica entre el particular y las autoridades (federal, estatal y municipal).

Por ende, el punto central de la exposición radica en analizar y explicar el ámbito de regulación sobre la propiedad privada que proviene de las determinaciones jurídico-públicas a las que se encuentra constitucionalmente vinculada; derivado del amplísimo espectro de regulación pública sobre la propiedad interesa el referido al Urbanismo, ya que cada determinado sector administrativo (Urbanismo, Medio ambiente, Patrimonio histórico, Protección civil, Turismo, entre otros) presenta una alta carga de regulación con precisiones y diferenciaciones con entidad suficiente que imposibilita la determinación de un solo modelo jurídico de propiedad privada, sino que, las diferentes posibilidades de

regulación sectorial para la propiedad privada genera, por ende, varios tipos de propiedades o, mejor dicho, variados “derechos de apropiación”.

De ahí que, el diseño de un Derecho específico (sector de referencia) aplicable al Urbanismo permite identificar un importante sector que aporta múltiples formas de regulación sobre la propiedad para vincularla a diferentes usos y destinos a los que puede dedicarse el suelo. Por ello, el Derecho urbanístico busca equilibrar los intereses del propietario del suelo con los intereses superiores de la ordenación urbanística coherente, racional y sustentable.

Cabe destacar que en el ámbito jurídico del Urbanismo se vinculan dos perspectivas en permanente tensión jurídica, el alcance urbanístico que la propiedad puede abarcar y el correspondiente ámbito de “repliegue” de la misma para ceder ante determinaciones urbanísticas de interés común (modalidades, límites, destinos, usos, regulaciones, etcétera) determinadas directamente por los órganos de la Administración pública.

El régimen jurídico del Urbanismo mexicano ubica a las autoridades (especialmente municipales) en el papel de programadoras y controladoras de las acciones privadas que se pretenden llevar a cabo en las que –inevitablemente- se determinan las posibilidades de vocación urbanística de los

terrenos o predios. En ocasiones, las Administraciones públicas (federal, estatal o municipal) imponen una serie de determinaciones que afectan o disminuyen el ámbito de disposición de la propiedad o, en otras palabras, de los diferentes derechos de apropiación del suelo.

La cuestión que se pretende atender en este trabajo radica en identificar las posibilidades de intervención que la autoridad puede llevar a cabo sobre la propiedad privada, evidenciar los espacios de oportunidad para el diseño normativo y, además, aportar en la delimitación del contenido esencial de la propiedad del suelo en el Urbanismo mexicano.

1.2 Planteamiento metodológico: Derecho administrativo general como sistema

El punto de partida metodológico se basa en el sistema cuyo objetivo es el Derecho para ofrecer orden, es decir, siguiendo a Canaris, “coherencia interna racionalmente aceptable” y unidad para que “no pueda romperse en una serie de unidades individuales y desconectadas”²¹.

²¹ Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, FNC, Madrid, 1998, pp. 20 y 21.

El Derecho urbanístico integra un sector determinado del Derecho administrativo general²², de ahí que, a través de la teoría del Derecho administrativo como sistema (impulsada por la doctrina jurídico-pública alemana y española) se busca establecer un ámbito de referencia para sujetarse a la explicación de “ida y vuelta”²³ entre el sector concreto y la parte general del Derecho administrativo.

La doctrina alemana más sólida del Derecho público ha señalado que “la parte general del Derecho administrativo ocupa la posición de pieza central del sistema que, al mismo tiempo, actúa como mediadora entre el Derecho constitucional y los campos del Derecho administrativo especial. En el Derecho administrativo general tienen lugar desarrollos de arriba hacia abajo, desde la Constitución hacia los distintos campos del Derecho concretos; y, a la inversa,

²² Se entiende por Derecho administrativo general “aquellos principios, conceptos e institutos jurídicos válidos para todos los sectores del Derecho administrativo”. Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 80.

²³ El mismo Canaris indica que “no se debe prestar atención tan sólo y permanentemente a las cláusulas generales, sino que debe incluir también a aquellas partes, como por ejemplo, los sectores “constructivos”...”. Canaris, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, p. 53.

desde las necesidades objetivas de los distintos campos del Derecho concretos hacia el Derecho constitucional”²⁴.

El punto de partida radica en que la teoría general del Derecho administrativo es una “idea ordenadora”²⁵ que busca expandir una categoría jurídica con posibilidades de adaptación. Esta idea ordenadora permite abordar desde una manera sistemática el problema jurídico planteado y ofrecer una explicación específica del sector que además aporte al fortalecimiento de la unidad de la teoría general del Derecho administrativo.

El Derecho urbanístico (como sector de referencia) mantiene una evolución diferenciada que permite ubicar su especialidad y encajarla en la teoría general, precisamente, la comunicación entre la parte general del Derecho

²⁴ Wahl, Rainer, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 65.

²⁵ “Su objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema”. Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons/INAP, Madrid, 2003, p. 1.

administrativo con sus respectivos sectores (parte especial²⁶) busca, en definitiva, la construcción de un sistema.

Concretamente, la propiedad privada del suelo – urbanísticamente- se vincula con formas jurídicas (generales: ley y específicas: plan).

En dicha vinculación el pensamiento sistémico permite identificar las fortalezas, específicamente, las contradicciones que provocan debilidad desde el sector para la parte general del Derecho administrativo, lo que, aporta datos en la evolución del Derecho. De ahí que la utilización del sistema del Derecho administrativo exige procesos inductivos y deductivos.

El diseño normativo del Derecho urbanístico forma un ámbito de referencia que aporta casos relevantes de especialización para la teoría general del Derecho administrativo; por lo que, la relación jurídica entre propiedad privada y determinaciones urbanísticas tienen una constante relación (en ocasiones poco pacífica) que aporta valiosa información a la parte general.

Esto se debe a que, si bien los artículos 2,A.VI; 14, párrafo primero y 27 de la Constitución federal (CF)

²⁶ El Derecho administrativo especial “se refiere a los distintos sectores de actividad administrativa regulados en una o –como es frecuente- distintas leyes”. Maurer, Hartmut, *op. cit.*, p. 80.

normativizan el principio de propiedad privada como un elemento sobre el que el propietario ejerce su dominio, también es cierto que describe una serie de fines a los que dicha propiedad debe quedar sujeta.

El siguiente paso radica precisamente en el Derecho administrativo (general) y el Derecho urbanístico (en especial) que despliegan su poder normativo para lograr los fines constitucionales a partir de realidades diferenciadas como la vocación urbanística de la propiedad privada, de tal manera, que la dinámica del Derecho urbanístico debe operar los abstractos conceptos constitucionales, como el de “propiedad privada” e “interés público”.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales (expresados como principios tanto en el texto constitucional como en el convencional interamericano) también existe vinculación con el pensamiento sistémico del Derecho administrativo, de ahí, que la consideración de la propiedad privada como derecho fundamental aporta nuevos datos a la construcción sistémica.

La realidad de las dinámicas urbanísticas en las ciudades actualizan permanentemente interrogantes, ¿la Administración pública puede condicionar o limitar el ejercicio del dominio sobre la propiedad privada? ¿hasta dónde puede llevar a cabo dicho condicionamiento sin anular el dominio

sobre la propiedad privada? ¿qué significado tiene la propiedad privada en el régimen jurídico del Urbanismo? ¿cuál es el momento en que se traspasa el límite jurídicamente aceptado? ¿qué consecuencias jurídicas genera la extralimitación?

Sin duda, la delgada línea que separa a las delimitaciones y la privación o anulación de la propiedad privada ubican a cualquiera que afronte su estudio –como ha indicado Santamaría Pastor- en “resbaladizo terreno”²⁷, lo que exige un riguroso análisis de precisión jurídica. De ahí que el problema jurídico a tratar en las siguientes páginas radica en determinar cuáles son los alcances pero también las debilidades que la ordenación urbanística puede tener sobre el contenido jurídico de la propiedad privada. Ya que, en la medida en que se delimite con la mayor precisión posible los alcances de la propiedad privada en el urbanismo, se aportará seguridad jurídica²⁸ para la propiedad privada y reducirá el espacio de discrecionalidad de las autoridades administrativas en la programación y control en su aprovechamiento.

²⁷ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 1ª. ed., Iustel, Madrid, 2004, p. 445.

²⁸ El sistema ofrece “seguridad jurídica”, “previsibilidad” y “estabilidad”. Canaris, Claus-Wilhelm, *op. cit.*, p. 26.

CAPÍTULO 2

PROPIEDAD PRIVADA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.1. Perspectivas sobre la propiedad privada en el pensamiento jurídico-político mexicano

La propiedad privada ha sido objeto de pronunciamiento en las diversas reflexiones del pensamiento político-jurídico, que va desde la concepción liberal-individualista hasta llegar al enfoque socializante. Precisamente, en la tensión ideológica y dogmática de ambas perspectivas se ha centrado la forma de entender el sentido que la propiedad privada tiene en el ordenamiento jurídico, especialmente, en economías mixtas y, por ende, el alcance de la disposición sobre la propiedad que se traduce como riqueza.

En el concreto ámbito del ordenamiento jurídico mexicano, la propiedad privada se concreta o relaciona directamente con la economía prevista –esencialmente- en

los artículos 25 y 28 CF. Por ejemplo, los párrafos primero, tercero y octavo, del artículo 25 constitucional, *“corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable [...] permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”,* por ende, *“al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado [...] la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo...”*.

La propiedad o el derecho de apropiación de las cosas adquieren especial relevancia en el momento en que funciona como elemento de generación de riqueza de acuerdo con las necesidades o proyecciones que su titular (agente económico) tiene para aprovechar económicamente su propiedad. De ahí que la propiedad privada funciona en sí misma como un elemento económico que sirve de base a al ejercicio de otros derechos fundamentales de carácter económico como la libertad de empresa. De ahí que se convierta en un elemento básico del sistema de derechos y

libertades fundamentales dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

No obstante, existen diversas concepciones del significado de la propiedad privada que introducen a dicho concepto una serie de matizaciones o especificaciones jurídicas que hacen provocar diversos contenidos a la propiedad privada con implicaciones y efectos jurídicos diversos.

2.1.1. Notas esenciales sobre la propiedad en el pensamiento liberal-individualista

El pensamiento liberal de los siglos XVIII y los primeros dos tercios del XIX se caracterizó por la idea esencial de separación entre los asuntos del Estado y los asuntos de los particulares, especialmente, en sus relaciones recíprocas inspiradas, en gran medida, por los postulados de libertad e igualdad de los ciudadanos y el absolutismo de la propiedad.

Centrando el análisis en este último aspecto, la propiedad se concebiría -en el ámbito jurídico- como un derecho del individuo (prejurídico) encaminado a la satisfacción de su interés personal, ya que, según la concepción decimonónica, la libertad del individuo proviene

del orden natural²⁹ (iusnaturalismo) y, por tanto, se entendía que los bienes eran una parte intrínseca a la persona que garantizaban su felicidad. Así se expresaba M. Thiers al señalar “partamos, pues, del principio que la propiedad, como todo lo que es del hombre, se convertirá en derecho [...] es tan indispensable á la existencia del hombre como la misma libertad”³⁰.

En el ámbito normativo francés, también resultan representativos los artículos 17 y 2 (respectivamente) de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que indica que “*siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella...*”, por lo que, “*la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*”.

²⁹ La encíclica, de 15 de mayo de 1891, *Rerum-Novarum* sobre la situación de los obreros del Papa León XIII, indicó que “el poseer algo en privado como propio es un derecho dado al hombre por la naturaleza”, 4.

³⁰ Thiers, Marie, *De la propiedad*, Administración del Correo de Ultramar, París, 1848, p. 8. El mismo autor señala que “la propiedad es un derecho sagrado como la libertad de ir y venir, de pensar y de escribir...”. p. 7.

Cabe destacar como en el caso de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776, no se realizó reconocimiento de la propiedad como derecho inalienable, sino que esta categoría sólo corresponde a la vida, libertad y felicidad (*“that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness...”*). No fue sino hasta la V enmienda, de 15 de diciembre de 1791, cuando se introdujo la garantía constitucional que a “ninguna persona [...] ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; ni se ocupará la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa” (*“nor be deprive of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”*).

En el ámbito jurídico mexicano, los primeros intentos de constitucionalizar derechos señalaron *“la felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”*³¹.

³¹ Artículo 24, *Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana*, de 22 de octubre de 1824.

En este orden de ideas, el pensamiento de la época - basado en la concepción iusnaturalista con la protección jurídica de la voluntad del propietario- entendía que la propiedad era un derecho natural previo o anterior al Estado, por lo que, éste *prima facie* quedaba relegado y excluido de su intervención en las relaciones con los particulares -no hay que olvidar que se dejaba atrás el régimen absolutista- y únicamente debía intervenir como productor de normas jurídicas para las relaciones entre los particulares así como protector del orden jurídico establecido y especialmente de la propiedad privada mediante mecanismos de reacción judicial que resolvía pretensiones entre particulares.

La doctrina civil de la época, sustentada en la teoría de la autonomía de la voluntad, indicó con claridad que “sin la propiedad y sin garantías para ella, el derecho y la justicia quedarían hollados, puesto que la propiedad es un derecho primitivo y absoluto del hombre que resulta inmediatamente de su naturaleza”³².

Ahora bien, la concepción liberal de la propiedad tuvo acogida también en el discurso político mexicano de la época, cabe citar a Morelos y Pavón que introdujo esta idea

³² Calva, Estéban, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Díaz de León y White, México, 1874, p. 344.

al indicar que “*a cada uno se le guarden sus propiedades y se respete en su casa como un asilo sagrado...*”³³.

Al respecto, una parte de la doctrina mexicana afirma que “la propiedad, en su sentido liberal, era el atributo fundamental para identificar al sujeto jurídico; en este orden de ideas, las relaciones civiles sólo cobran sentido cuando se entablan para combinar intereses patrimoniales [...] Sobre esta base se construye un sistema jurídico orientado a servir de enlace y articulación en una sociedad donde el mercado prevalece como elemento fundamental de equilibrio social”³⁴.

Por tanto, la concepción (iusnaturalista) sobre la propiedad de los particulares radica en que se trata de un derecho inviolable y absoluto que debía beneficiar exclusivamente a su propietario y garantizar su subsistencia o, en su caso, el beneficio común que pudiera aportar la propiedad quedaba –según la propia doctrina social del catolicismo- únicamente bajo el orden ético y moral (del propietario), lo que limitaba en gran medida la actuación estatal para acotar esta institución dominical.

En el ámbito normativo, el artículo 4 de la Constitución gaditana, de 19 de marzo de 1812, estableció que “*la Nación*

³³ Morelos y Pavón, José María, *Sentimientos de la Nación*, artículo 17, de 14 de septiembre de 1813.

³⁴ Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 5.

está obligada a conservar y proteger por las leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demas derechos legitimos de todos los individuos que la componen”.

En este sentido, se ha señalado que la posición de la propiedad privada (inviolable y sagrada) "constituye, precisamente, en realidad, un paréntesis en la tradición del pensamiento de Occidente, una «concepción coyuntural en la historia jurídica europea, porque desde la Baja Edad Media (...) hasta el siglo XVIII, pasando por la gran escuela de juristas y teólogos españoles (...) la propiedad estaba vinculada moralmente», idea ésta que es retomada por el moderno constitucionalismo con la formulación terminológica de la función social"³⁵.

Esta conceptualización de la propiedad -que sirvió para sostener economías abiertas a la que acceden minorías pero también la permanencia de pobreza extrema para la mayor parte de la población-, terminó por demostrar que los objetivos planteados no eran realizables ya que las normas que se expidieron bajo la concepción liberal (código civil) no tuvieron eficacia debido a que se trataban de ideales

³⁵ Rodríguez de Santiago, José María, "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *RAP*, septiembre-diciembre, 2008, CEPC, Madrid, p. 167.

filosóficos que, aunque por circunstancias coyunturales se positivaron en normas, difícilmente podrían tener aplicación efectiva³⁶.

El ordenamiento jurídico privado paulatinamente fue admitiendo la posibilidad de que las potestades del propietario no aceptan un ejercicio libre y absoluto, sino que, por el contrario, se requerían límites a su ejercicio ya que la “sociedad ni ha creado la propiedad, ni tiene por lo mismo el derecho de destruirla; pero sí tiene la obligación y el derecho de normar su aplicación y organizarla [...] la sociedad no puede reconocer el derecho de propiedad como un derecho ilimitado”³⁷.

Precisamente, desde la teoría del interés³⁸, la propiedad privada mantiene su cualidad como derecho público subjetivo que debe ser respetado por el Estado para quedar a la libre disposición de su titular (propietario), pero dicha protección jurídica está sustentada en que la propiedad privada aporta un elemento esencial para la realización de la vida social; de tal forma, que el ejercicio de un derecho

³⁶ Colina Garea, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona, JM Bosch, 1997, p. 31.

³⁷ Calva, Estéban, *op. cit.*, p. 345.

³⁸ Sobre esta teoría ver Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1989, pp. 63 a 100.

subjetivo en contra de su misma justificación resulta un ejercicio abusivo o extralimitado, por lo que, no debe seguir siendo protegido. Bajo este esquema, la propiedad privada es derecho subjetivo que se justifica en un entorno social determinado con el que debe encajar.

2.1.2. Notas esenciales de la propiedad privada con un ingrediente social

En la última parte del s. XIX e inicios del XX, la incorrecta materialización de los ideales liberales desembocó en crisis económicas y posteriormente, la de orden social³⁹ motivadas por la enorme desigualdad de la población y la dificultad de acceder a derechos sociales. La realidad de la época consistía en que la pretendida y anhelada igualdad (jurídica) se convirtió en desigualdad de *facto* provocada por la desproporcionada e inadecuada distribución de la riqueza.

Esta situación originó –como es bien conocido– ideologías y corrientes políticas que buscaban de diversas maneras revertir la situación socioeconómica imperante. Bajo esta nueva tendencia surgieron opiniones en los que se defendía a la propiedad de los ataques comunistas que pretendían anularla pero, a la vez, agregó a las limitaciones

³⁹ En Francia resulta representativo la Comuna de París de 1871.

inter privatos nuevos límites a la propiedad siempre que dichos límites tengan como justificación el interés público. Al respecto, la misma encíclica de León XIII, de 1891 (26), señaló que moralmente “justo es dejar a cada uno la facultad de obrar con libertad hasta donde sea posible, sin daño del bien común y sin injuria de nada”.

Ahora bien, por lo que respecta al concreto ámbito jurídico-público, la doctrina y la normatividad de la época comenzaron a positivizar el alcance de la propiedad privada y, en consecuencia, las normas jurídicas matizaron la prevalencia de la propiedad privada frente al interés superior proveniente del interés común, en una especie de “socialización” del Derecho. Precisamente, bajo esta perspectiva, Calva indicó que “el interés general nunca debe posponerse al particular, ni el ejercicio del derecho privado se extienda jamás hasta perjudicar la riqueza y seguridad públicas”⁴⁰.

Esta misma relación propiedad como función social, se expresa con rotundidad el Decreto de la América mexicana, al expresar que “*todos los individuos de la sociedad tienen derecho a adquirir propiedades y disponer de ellas a su*

⁴⁰ Calva, Estéban, *op. cit.*, p. 442.

*arbitrio con tal de que no contravengan a la ley*⁴¹. En el ámbito estatal, los textos constitucionales del Estado de Chiapas siguen la concepción de una propiedad privada limitada por una función social determinada por el Estado, por lo que, el *“Estado de Chiapa ampara y protege á sus habitantes en el goce de sus derechos. Estos son: [...] III. El de propiedad para hacer de su persona y bienes el uso que les parezca, como no se oponga á la ley*⁴².

Por ende, la doctrina jurídica y el Derecho positiva avanzan en el reconocimiento de la propiedad privada pero con limitaciones derivadas del interés público determinado por el legislador para mantener el equilibrio entre interés del propietario y el interés del Estado (general).

La propiedad privada, entonces, se sometió a una fuerte tendencia de limitación para permitir equilibrar la voluntad del propietario con el interés general o público que debía cumplir la riqueza, en general, y la propiedad, en particular.

Paulatinamente, la normatividad de la época introdujo la perspectiva social a la propiedad privada para admitir

⁴¹ Artículo 34, Decreto constitucional para la libertad de la América mexicana.

⁴² Artículo 6, Constitución del Estado de Chiapa, de 19 de noviembre de 1825 (CCh1825).

jurídicamente (ya no sólo como una mera voluntad graciosa del propietario) que la propiedad debía tener en consideración elementos ajenos (externos) para ejercer el dominio provenientes de las necesidades públicas en las que se desarrolla también la propiedad privada estrechado el vínculo jurídico entre propiedad y función social.

Al respecto, cabe recordar que la Constitución federal, de 4 de octubre de 1824 (desde ahora Cf1824), restringió al Presidente ya que, *“no podrá ocupar la propiedad de ningun particular ni corporacion, ni turbarle en la posesion, uso ó aprovechamiento de ella, para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular ó corporación, no lo podrá hacer sin prévia aprobacion del senado, y en sus recesos, del consejo de gobierno, indemnizando siempre á la parte interesada á juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno”*⁴³.

Esta misma tendencia constitucional se expresa en la Constitución del Estado de Chiapas, de 4 de enero de 1858 (CCh1858), que se refiere al derecho de los habitantes para *“ser protegidos por el Estado en sus personas ó intereses. La propiedad es inviolable, y jamás puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública, previa la*

⁴³ La misma regla aparece ajustada al ámbito estatal en el artículo 52 CCh1825.

correspondiente indemnización en los términos que señale la ley”⁴⁴.

En este sentido, desde la doctrina francesa de Duguit, la propiedad privada se concebiría como una función social que no como un derecho. Resulta representativo que la propia Constitución mexicana, de 12 de febrero de 1857 (desde ahora C1857) –así como la actual de 1917-, no señala que la propiedad sea un derecho, sino más bien, configura el alcance de la misma y su relación con la función social al establecer en su artículo 27, que *“la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización. La ley determinará la autoridad que deba hacer la expropiación y los requisitos con que ésta haya de verificarse”*⁴⁵.

En otro sentido, el propio Bonecasse aclara que la doctrina de propiedad como función social “no encuadra con el sistema jurídico del Código Civil, el cual, manifiestamente, considera a la propiedad como un derecho...”⁴⁶.

⁴⁴ Artículo 4.

⁴⁵ El artículo 6 de mismo texto constitucional tampoco hacía referencia a la propiedad.

⁴⁶ Bonecasse, Julien, *Elementos de Derecho civil*, t. I, Cajica, José (trad.), Cajica/Porrúa Hermanos, México, 1945, p. 641.

En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico inicia la tendencia a vincular a la propiedad privada, sea como derecho sea como función social, con la intervención estatal con la justificación del interés general que será relanzada en la transformación del constitucionalismo posrevolucionario de 1917.

La tendencia del Estado social, administrativo o interventor provocará un reforzamiento del papel del Estado en la propiedad privada para contar con mejores posibilidades de intervenir en la economía, en general, y en el suelo como un recurso natural que debe ser aprovechado de manera racional y en beneficio social, en el que el propietario del suelo debe actuar conforme la vocación social de su propiedad determinada jurídicamente por los instrumentos del Estado⁴⁷.

⁴⁷ Esta posición del suelo adquiere relevancia en la denominada “reforma energética”. El artículo Octavo transitorio indica que *“derivado de sus carácter estratégico, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como el servicio de transmisión y distribución de energía eléctrica, a que se refiere el presente Decreto se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas. La ley preverá los términos y las condiciones generales de la contraprestación que se deberá cubrir por la ocupación o afectación*

Por lo que, la codificación civil mexicana prevé a la propiedad privada con un ámbito jurídico de dominio pero sometida a las determinaciones legales. En el ámbito federal, *“el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”*, por lo que, *“la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización”*⁴⁸.

2.2. La propiedad privada en el constitucionalismo mexicano de 1917

Por lo que respecta a la previsión constitucional sobre la propiedad privada en el texto original del artículo 27 de la Constitución federal, de 5 de febrero de 1917 -siguiendo a Azuela-, la Constitución abordó el asunto de la propiedad con la perspectiva y la base social revolucionaria en la que – según el párrafo tercero-, *i)* buscaba atacar las grandes extensiones de tierra, *ii)* la distribución de la pequeña

superficial o, en su caso, la indemnización respectiva”. Reforma constitucional publicada en DOF de, 20 de diciembre de 2013.

⁴⁸ Artículos 830 y 831 respectivamente, Código civil federal, de mayo-agosto de 1928. Última reforma, de 24 de diciembre de 2013. En este mismo sentido, el artículo 825 del Código civil del Estado de Chiapas (CCCh).

propiedad como elemento básico de redistribución de la riqueza y como fortalecimiento económico y social y, finalmente, en el párrafo primero, *iii*) la posición de superioridad estatal respecto de la propiedad sobre de cualquier particular⁴⁹.

Por lo que aquí interesa, adquiere relevancia la relación jurídica de la propiedad privada con el Estado. La ideología social y su reforzamiento en el constitucionalismo mexicano (1917), replantea el contenido del régimen de propiedad privada para permitir una actuación estatal más eficaz para atender asuntos de interés general de la comunidad.

Bajo esta perspectiva, el Estado social obtiene instrumentos jurídicos que permitan lograr los objetivos constitucionales planteados para *“hacer una equitativa distribución de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”*⁵⁰.

A diferencia de la concepción liberal que considera a la función social como un elemento ajeno o externo a la propiedad privada, la estructura jurídica pública

⁴⁹ Azuela, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, 1a. reimp., El Colegio de México, México, 1999, pp. 24 a 31.

⁵⁰ Artículo 27, párrafo tercero CF.

posrevolucionaria entenderá que el contenido de la propiedad lleva implícito un límite superior identificado como función social⁵¹. De ahí que la propiedad contiene un marcado fin público –superior- y, por ende, debe prevalecer en todos los casos sobre el interés individual (por disposición constitucional-art. 27 CF).

El señalado párrafo primero del artículo 27 CF determina –hasta la fecha- que *“la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, he tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”*.

En este orden de ideas, desde el ámbito jurisdiccional, la SCJN indicó que la *“redacción del artículo 27 constitucional, demuestra que el único propósito del legislador Constituyente, fue sentar el principio de propiedad eminente a favor del Estado, de las tierras, aguas y demás riquezas naturales, organizando la propiedad...”*⁵².

⁵¹ La denominada cuestión social en México no se refirió únicamente a los núcleos urbanos, sino también se dio en gran medida en el ámbito rural que exigía la intervención del Estado para hacer frente a las enormes desigualdades sociales, desafortunadamente aún existentes.

⁵² Tercera Sala, quinta época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, p. 544. (registro: 365187).

De tal forma que la tesis patrimonialista por la que opta la CF implica que la propiedad estatal original de los bienes (suelo) justifica claramente la mezcla del ingrediente socializante (función social) en el dominio de la propiedad privada que resulta entonces derivada del Estado. Al respecto, el mismo Martín Díaz afirma que en el texto constitucional federal de Querétaro de 1917 “se abandona definitivamente la idea que atribuye al individuo la propiedad como un derechos presocial. La propiedad, antes que un derecho privado, aparece como una prerrogativa de la nación”⁵³.

Por tanto, el Estado y el individuo incrementan sus relaciones, además que se reconoce constitucionalmente la superioridad del interés público predeterminado por el Estado sobre el interés individual, de manera que el desarrollo de

⁵³ Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 6. El mismo autor indica que “la fórmula de la “propiedad originaria” es una versión, en cierto modo, materialista del contractualismo social. A Rousseau cuando pensaba en el acto de constitución del Estado le bastaba imaginar un momento lógico (no histórico) en el que la comunidad deliberante conjugaba sus voluntades para establecer el pacto social”. p. 8. Además, “la atribución originaria que hace la Constitución de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio de la “nación” es, en sí misma, una negación rotunda del origen natural e individual que el iusnaturalismo racionalista confirió a la propiedad”, p. 37.

todas las clases debía producirse a través de la satisfacción del interés público como complemento al interés individual.

La propiedad privada mantiene su espacio de protección jurídica individualizada para entender que, si bien es cierto existe la propiedad privada, está conformada por su función social que constitucionalmente debe cumplir en determinado momento. Por tanto, desde esta base, el propietario no goza de libertad para llevar a cabo un ejercicio onipotente (ilimitado), sino que, el ejercicio del dominio sobre la propiedad debe resultar compatible con el entorno social que también delimita y justifica su protección.

En este mismo sentido limitador se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al señalar con rotundidad que *“el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, pues en el artículo 21.1 de la Convención se establece que para la privación de los bienes de una persona sea compatible con el derecho a la propiedad debe fundarse en razones de utilidad pública o de interés social...”*⁵⁴.

Por lo que, necesariamente, la propiedad privada lleva implícito responsabilidades, obligaciones o cargas, en beneficio del interés general, como sucede en caso del

⁵⁴ Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Sentencia, de 6 de mayo de 2008, serie C, no. 179, párrafo 61.

Urbanismo según la mención constitucional (artículo 27, párrafo tercero CF⁵⁵).

Sobre esta materia concreta, la Sala segunda de la SCJN ha mencionado que-según el art. 27 CF⁵⁶- es posible imponer límites a la propiedad privada *“en virtud de la función social del derecho de propiedad porque sobre el interés particular se encuentra el interés de la sociedad en la creación y crecimiento de los centros de población se realice en forma ordenada y planeada para que exista un desarrollo equilibrado y armónico...”*⁵⁷.

En resumen, resulta indispensable encontrar el punto de equilibrio entre la vertiente individual y la vertiente social de la propiedad. Es decir, intentar configurar con la mayoría precisión posible el contenido esencial de la propiedad privada.

⁵⁵ Reformado en materia urbanística DOF de, 6 de febrero de 1976.

⁵⁶ Para Azuela, la función social de la propiedad privada se introdujo en la CF bajo la tesis patrimonialista y la justificación histórica (crítica al latifundismo, exaltación de la pequeña propiedad y la intervención del Estado). Una exposición sobre la concepción del art. 27 CF puede consultarse en Azuela, Antonio, *op. cit.*, pp. 24 a 31.

⁵⁷ Tesis: 2a.LVIII/2000 (9a.), segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, junio, 2000, p. 102 (registro: 191660).

2.2.1 El carácter de derecho fundamental de la propiedad privada

Uno de los asuntos previos para abordar el tema de la propiedad privada radica en aclarar su calidad de derecho humano o derecho fundamental. No es momento de retomar la discusión superada sobre la diferencia entre ambos conceptos sino solamente dejar planteado el punto de partida sobre la cuestión.

Como ha aclarado la doctrina jurídica especializada, la perspectiva más útil para la diferenciación entre ambos radica en el grado de concreción normativa, de tal forma que, aquí se parte de la siguiente consideración, derechos fundamentales son aquéllos “derechos positivizados a nivel interno, en tanto que la fórmula derechos humanos sería la más usual para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquéllas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no ha alcanzado un estatuto jurídico positivo”⁵⁸.

En este mismo sentido, Díez-Picazo, señala que “la diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce

⁵⁸ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 9ª. ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 44.

y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos”⁵⁹. De ahí que, los derechos fundamentales “sólo alcanzan su plenitud cuando 1) una norma jurídica positiva (normalmente con rango constitucional o de ley ordinaria) los reconoce; 2) de tal norma se deriva un conjunto de facultades o derechos subjetivos, y 3) los titulares pueden contar para la protección de tales derechos con el aparato coactivo del Estado”⁶⁰.

Finalmente, los derechos fundamentales tienen dos concepciones, siguiendo a Díez-Picazo, por un lado, la “concepción formal pone el acento en que la máxima

⁵⁹ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 38.

⁶⁰ Pérez Luño, Antonio E., *op. cit.*, p. 48. Al respecto, De Páramo, indica que: “Un sistema de derechos humanos no debe pretender, ni debe aspirar a ser moralmente exhaustivo. La proliferación de los derechos humanos para incluir aquellos que no son necesariamente imprescindibles para proteger la autonomía personal, las necesidades o la dignidad de las personas, degrada el valor de sus objetivo y debilita la fuerza y vigor de sus defensores potenciales”. De Páramo Argüelles, Juan Ramón, “Concepto de derechos fundamentales”, en *Constitución y derechos fundamentales*, (Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan R. De Páramo y Luis Prieto Sanchís coords.), CEPC, Madrid, 2004, p. 196. Al respecto, también remito al lector a Peces-Barba Martínez, Gregorio, *et. al.*, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, por todos.

fortaleza jurídica de los derechos se produce cuando son declarados a nivel constitucional y hay, además, vías para la aplicación jurisdiccional de la constitución.

La concepción material, por su parte, insiste en que regímenes jurídico distintos no dan forzosamente lugar a realidades diferentes; y recuerda, además, que los países jurídicamente más refinados no son siempre y necesariamente los más efectivos en la protección de los derechos, ya que aquí entran en juego también otros factores (políticos, culturales, organizativos, etc.)”⁶¹.

Como menciona Muñoz Arnau, “el término derechos fundamentales se usa, en otro sentido, para aludir a ciertos atributos legales en cuanto conferidos no por cualquier ley ordinaria sino por la Constitución”⁶².

A partir de esta sólida doctrina, resulta que la propiedad privada es un derecho fundamental que se encuentra normativizado en el Derecho interno (Constitución, Convención, Ley) y que tiene además reforzamiento del papel normativo que –desde la reforma de 2011- juegan las Convenciones dentro del ordenamiento jurídico mexicano. Como dejó asentado la segunda sala de la SCJN, la reforma

⁶¹ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 37.

⁶² Arnau Muñoz, Juan Andrés, *Límites a los derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 27.

permite “*someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo*”⁶³.

En esta determinación constitucional sobre la propiedad privada que omite la consideración como derecho fundamental, una señal débil en el ámbito interno radica en su posición dentro del articulado constitucional en el Título I, Capítulo I “*de los derechos humanos y sus garantías*”, aunque evidentemente, no todos los contenidos del Capítulo I son derechos humanos como no todos los derechos humanos previstos en la CF se encuentran previstos en el respectivo Capítulo, así por ejemplo, derechos políticos-electorales (Capítulo V, artículo 35), garantía patrimonial por responsabilidad patrimonial del Estado (113, párrafo segundo), entre otros, de ahí que, la simple justificación de la ubicación constitucional de la previsión sobre la propiedad privada parece no reforzar su calidad de derecho humano positivizado (fundamental).

No hay que perder de vista que una parte reducida de la doctrina jurídica mexicana ha cuestionado a la propiedad privada como derecho fundamental en el texto constitucional,

⁶³ Tesis 2a.LXXV/2012 (9a.), Segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2012, p. 2038 (registro: 2002065).

ya que la CF “no contempla a la propiedad privada como un derecho fundamental, sino más bien como una garantía institucional, es decir, como una institución que deberá prever el legislador, respetando los rasgos que la definen según la costumbre y la teoría que sean aplicables”⁶⁴.

No obstante, en el sistema jurídico mexicano, la previsión de la propiedad privada como un derecho fundamental proviene, esencialmente, por un lado, desde el canon convencional interamericano que forma parte directamente vinculante en el Derecho interno, ya que la propia Convención Americana de los Derechos Humanos, de 7-22 de noviembre de 1969, prevé que “*artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...*”.

⁶⁴ Carbonell, Miguel, Nava Escudero, César y Ovalle Favela, José, “Artículo 27”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. XVII, 7a. ed., Porrúa/IFE/Senado/PJF, México, 2006, p. 21. La construcción teórica más representativa de la garantía institucional pertenece a la doctrina alemana del Derecho público, especialmente, de Carl Schmitt, en su *Teoría de la Constitución*.

Pero, por el otro, también ha sido abordada así por los tribunales federales que otorgan a la propiedad privada el *status* de derecho fundamental, al respecto ha señalado que la CF (artículos 14, 16 y 27) *“reconoce como derecho fundamental el de la propiedad privada; sin embargo, lo delimita fijando su contenido, a fin de garantizar otros bienes o valores constitucionales...”*⁶⁵.

Precisamente, a partir de la consideración constitucional de la propiedad privada como derecho fundamental (CF) y la previsión convencional del Pacto de San José como derecho humano, se produce el reforzamiento jurídico de la propiedad privada, ya que, se produce una relación o comunicación entre canon constitucional y canon convencional por la identidad del valor protegido que se traduce inevitablemente en una colaboración normativa.

Si la propiedad privada es un derecho fundamental resulta consecuente que éste goza de una serie de garantías encargadas de protegerlo, dichas garantías se traducen entonces como deberes positivos o negativos para garantizar dicho derecho, *“es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las*

⁶⁵ Jurisprudencia P./J 37/2006 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, marzo, 2006, p. 1481 (registro: 175498), por todas.

autoridades, [...] de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, la de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular...”⁶⁶.

La propiedad privada como derecho fundamental encontraría reconocimiento jurídico pero también es cierto que dicho reconocimiento comporta una serie de deberes y cargas derivadas del cumplimiento de la función social que constitucionalmente y convencionalmente debe cumplir. Su punto de realización se encuentra entre la libertad del propietario para ejercer el dominio sobre el bien y su encaje o compatibilización con las necesidades sociales en las que se pretende tener realización.

En esencia, la propiedad privada conlleva un espacio de poder jurídico reconocido tanto por la CF como por la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, pero cuyo significado o contenido protegido debe encajar o embonar con las necesidades que aporta el interés general.

⁶⁶ Tesis XXVII.10.(VIII región) 24 K (10a.), TCC, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes, 21 de febrero de 2014, 10:32 h (registro: 2005681).

Para sintetizar la cualidad de la propiedad como derecho fundamental hay que señalar, en primer lugar, que el sujeto activo resulta ser el titular o, en este concreto asunto, el propietario (persona física o jurídica) que goza de un espacio o ámbito de poder jurídico sobre el objeto protegido por la Constitución (artículos 14, 27 y 113)⁶⁷.

En consecuencia, frente al titular se encuentran el resto de sujetos (no titulares) que tienen en deber jurídico de respetar al titular, bajo este esquema el sujeto pasivo resulta tradicionalmente el Estado pero también los particulares se ubican como sujetos pasivos mediante un hacer o no hacer⁶⁸.

Al respecto, los tribunales federales han afirmado que *“el acto de un particular por el que se crea el derecho privado*

⁶⁷ Las referencias constitucionales son: *“Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos...”* (artículo 14, párrafo segundo CF). *“Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”* (artículo 27, párrafo segundo CF) y *“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa”* (artículo 113, párrafo segundo CF).

⁶⁸ Por ejemplo, *“el propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados y azoteas de tal manera que las aguas pluviales no caigan sobre el suelo o edificio vecino”* (artículo 853 CCf).

no escapa a los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, pues aun cuando está sujeto a la teoría de la voluntad de las partes tiene un límite, y ese límite son los derechos humanos, oponibles no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares; de manera que si bien esos derechos son valederos en un plano de verticalidad –en una relación de supra a subordinación- también son válidos en un plano de horizontalidad, es decir, en las relaciones de coordinación, al ser un límite a la autonomía individual, puesto que si al Estado se le exige respeto de tales derechos, no hay razón para que el particular no los respete frente a otro particular”⁶⁹.

⁶⁹ Precisamente esta oponibilidad frente al particular genera la superación del concepto “derecho público subjetivo” que sólo se justifica frente al Estado y no frente a una relación *inter privatos*. Al respecto, Tesis: XI.10.A.T.2 K, TCC, (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro XII, t. 3, septiembre, 2012, p. 1723 (2991631). En el mismo sentido, la SCJN ha indicado que “*la formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones de dichos derechos por parte de los actos de particulares. En este sentido, resulta innegable que las relaciones de desigualdad que se presentan en las sociedades contemporáneas, y que conforman posiciones de privilegio para una de las partes, pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no ofrece*

En segundo lugar, el objeto consiste en la cosa o bien (en este caso concreto el suelo) sobre el que recae el dominio de su propietario, de tal manera, el objeto se encuentra concretizado en el desarrollo normativo de la Constitución que lleva a cabo, esencialmente, el Código Civil y las leyes administrativas. Al respecto, la legislación civil federal determina que *“los bienes son de dominio del poder público o de propiedad de los particulares”* (artículo 764), por lo que, *“son bienes de propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de las que*

ninguna base textual que permita afirmar o negar la validez de los derechos fundamentales entre particulares; sin embargo, esto no resulta una barrera infranqueable, ya que para dar una respuesta adecuada a esta cuestión se debe partir del examen concreto de la norma de derecho fundamental y de aquellas características que permitan determinar su función, alcance y desenvolvimiento dentro del sistema jurídico. Así, resulta indispensable examinar, en primer término, las funciones que cumplen los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. A juicio de esta Primera Sala, los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad [...] la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares”. Jurisprudencia: 1a./J. 15/2012, Primera Sala, 10a., *Semanario Judicial de la Federación*, libro XIII, t. 2, octubre, 2012, p. 798 (159936).

no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley” (artículo 772).

Aunado a lo anterior, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha definido a los bienes como *“aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro inmaterial susceptible de valor”*⁷⁰.

Finalmente, el contenido de la propiedad privada se refiere a una serie de facultades o posiciones jurídicas que el titular goza, por lo que, el uso y disposición (dominio) de la cosa radica en el ámbito de facultades o posibilidades que integran el contenido de la propiedad privada, es decir, la configuración esencial del derecho radica, precisamente, en el derecho de apropiación sobre la cosa (derecho real).

Una parte de la doctrina señala que la propiedad privada presenta 3 características esenciales, *universalidad* en el sentido que “todos los bienes y recursos deberían ser de alguien”, *exclusividad*, por lo que, “de su disfrute y

⁷⁰ Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia, de 6 de febrero de 2001, serie C, no. 74, párrafo 122. Así como en el caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia, de 30 de noviembre de 2012, serie C, no. 259, párrafo 269, por todas.

aprovechamiento pueden ser excluidos todos los demás, salvo su titular” y, finalmente, *transferibilidad* que garantiza la asignación eficiente de los recursos”⁷¹.

No obstante, como se ha señalado con claridad, en el caso mexicano, la tesis del patrimonio originario de la Nación adoptado en el artículo 27, párrafo primero CF, provoca –en consecuencia- que la *universalidad* esté vinculada a la titularidad estatal, mientras que la *exclusividad* está diferenciada entre la titularidad originaria del Estado con el disfrute y aprovechamiento que realiza algún propietario particular y que, en tanto el Estado no reclame su titularidad originaria, el particular propietario puede transferir la propiedad.

Ya que, el contenido de la propiedad privada resulta secundario o derivado de la titularidad estatal. Por lo que, la propiedad privada debe considerarse siempre a partir del dominio derivado sobre el bien (suelo) y desarrollarse vinculado o delimitado al origen público.

Al respecto, el legislador lleva a cabo el desarrollo del contenido de la propiedad, por ejemplo, el artículo 830 del Código Civil federal señala que “*el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y*

⁷¹ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 2004, pp. 166 a 168.

modalidades que dicten las leyes”, y según el artículo 831, además, “la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

Por lo que, dicho contenido otorga al titular un *status* determinado (propietario) que lo diferencia de otras posiciones jurídicas⁷² y que, al igual que el objeto, está concretizado en el desarrollo normativo (Código Civil, leyes, reglamentos, etcétera).

Resulta evidente que la relación jurídica que se produce entre propiedad privada y función social forma el centro del debate que permitirá justificar la intervención estatal en el dominio de la propiedad.

⁷² Por ejemplo, de poseedor del bien.

CAPÍTULO 3

RÉGIMEN JURÍDICO DEL URBANISMO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO

3.1 Un necesario apunte sobre el Urbanismo como título competencial

Antes de continuar con la exposición sobre la vinculación jurídica entre el interés del propietario y el interés público derivado de las determinaciones urbanísticas, resulta preceptivo dejar planteado –aunque sea de manera somera– la posición del Urbanismo en el entramado competencial mexicano, dicha referencia permitirá, por un lado, identificar el origen y la delimitación que la materia de Urbanismo tiene en el ordenamiento jurídico mexicano; por la otra, comprender la compleja red de competencias (normativas-ejecutivas-jurisdiccionales) que la Federación, Entidades federativas y Municipios (entidades jurídico públicas de carácter territorial) ejercen sobre la materia urbanística.

Cuando se lleva a cabo un repaso sobre las normas jurídicas aplicables a la ordenación urbana se evidencia que el Derecho ha tenido especial interés por su regulación, de manera sucinta, desde las segovianas *Ordenanzas de Felipe II, de 13 de julio de 1573, sobre descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias*, hasta la actual normatividad urbanísticas, la ordenación de las ciudades incide directamente en el interés público. Sin ánimo de hacer un recuento histórico de somera y dispersa normatividad con incidencia urbanística, resulta más fructífero abordar el origen del actual urbanismo mexicano a partir del texto constitucional federal de febrero de 1917.

3.1.1 Breve referencia a la evolución del sistema de distribución competencial del federalismo mexicano. Del federalismo dual al federalismo cooperativo

Resulta un tópico de la doctrina constitucional mexicana que la determinación sobre el modelo de Estado para México fue la lucha permanente entre conservadores (modelo unitario) y liberales (modelo federal). La lucha de ambas posturas tuvo reflejo en los textos constitucionales⁷³

⁷³ Una exposición resumida del funcionamiento del sistema federal anterior a la CF puede consultarse en González Oropeza, Manuel, “La

en los que, en principio, el modelo unitario tuvo prevalencia y, al final, con la CF (artículos 40 y 124, específicamente) se consolidó el Estado federal.

Como todos los sistemas federales en el mundo, el mexicano ha requerido adecuaciones y actualizaciones que permitan su eficaz funcionamiento y la pacífica convivencia entre los Estados miembros (diversidad) y la Federación (unidad)⁷⁴.

El sistema federal se basa en la perspectiva del “federalismo dual”⁷⁵, en el que se produce la nítida separación entre la Federación y las Entidades federativas mediante el sistema de distribución competencial diseñado.

reforma jurídica en México”, *Lex*, No. 85 (suplemento ecología), julio, México, 2002, pp, IV a XII.

⁷⁴ Como mencionó Loewenstein, “la razón principal para la preferencia de la organización federal es la convicción de que, a pesar de la reconocida necesidad de unidad nacional, las tradiciones regionales operan contra la fusión de Estados individuales en una organización estatal unitaria, siendo necesario que las diferencias culturales de las diversas entidades se mantengan por medio de un orden federal. Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª. ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1970, p. 355.

⁷⁵ No hay que perder de vista que el texto original de la CF, especialmente en su artículo 73, no hacía referencia al ejercicio concurrente de competencias entre la Federación y las Entidades federativas.

Al respecto, el Pleno de la SCJN mencionó acerca de las Entidades federativas, que “*debe dejarse que los poderes respectivos obren con entera independencia para que funcionen dentro de las facultades que les concede su Constitución*”⁷⁶, de manera que, las Entidades federativas ejercen sus competencias “de manera distinta e independiente de la supremacía y no están más sujetas, dentro de sus respectivas esferas a la autoridad general, que la autoridad general está subordinada a ellas dentro de su esfera propia”⁷⁷.

Sin embargo, el diseño dualista comenzó a demostrar sus carencias y debilidades para el sistema federal que *a priori* pretendía fortalecer ya que, la presión de las fuerzas centrípetas y, especialmente, centrífugas que se produjeron

⁷⁶ Quinta época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VIII, México, p. 955 (registro: 811004). Desde los debates de 1916, V. Carranza mencionó que la característica del Estado mexicano había sido que la Federación siempre ha impuesto su voluntad, limitándose las autoridades de cada Estado a ser los instrumentos ejecutores de las órdenes emanadas de aquel. Carranza, Venustiano, “Mensaje y proyecto de constitución de 1 de diciembre de 1916”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, artículo 40, t. VI, México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994, p. 118.

⁷⁷ Madison, J., “XXXIX”, *El federalista* (Hamilton A., Madison J. y J. Jay), 1ª. reimp., México, FCE, 2004, p. 162.

entre las partes del sistema federal, implicó una visión inoperante del propio sistema y la ineficacia en el ejercicio de gran parte de los títulos competenciales distribuidos según la cláusula residual del artículo 124 que favorece a las Entidades federativas indudablemente. Por lo que fue necesario actualizar el sistema de manera que respondiera en mayor medida a los requerimientos federalistas y por ende asegurar su permanencia como modelo adecuado para el Estado Mexicano.

El 13 de diciembre de 1934, el sistema federal mexicano se ajusta para intentar mejorar su diseño constitucional y que dicho sistema permitiera una relación más estrecha entre los sujetos jurídico-públicos territoriales. Se introdujo al texto constitucional la idea de la “cooperación” mediante la legislación coordinada en materia de educación (artículos 3 y 73, fracción XXV CF).

No se vuelve insistir sobre la concurrencia de títulos competenciales sino hasta la reforma, de 6 de febrero de 1976, sobre la concurrencia de las entidades jurídico-públicas territoriales en materia de Asentamientos humanos (Urbanismo). Desde entonces el sistema federal mexicano ha intentado, con mayor o menor éxito; actualizarse para acercarse a un sistema de relaciones entre Entidades federativas y la Federación más coherente y eficaz.

En este orden de ideas se fue introduciendo en la CF el sistema de competencias concurrentes para más materias Salud⁷⁸, Medio ambiente⁷⁹, Seguridad Pública⁸⁰, Pesca y Acuicultura⁸¹, por citar sólo algunas. De manera que se ha intentado dejar a un lado la visión dualista para acercarse al denominado federalismo “cooperativo”, en el que – sucintamente- la Federación y las Entidades federativas concurren en el ejercicio competencial de algunas materias o sobre el mismo espacio físico territorial.

Para articular esta visión cooperativa, se utilizan las técnicas de ley básica-ley de desarrollo, convenios, planes y programas conjuntos⁸², órganos o conferencias⁸³ entre muchas otras. Por ejemplo, es posible identificar que, a partir

⁷⁸ Reforma del artículo 4 CF, de 3 de febrero de 1983.

⁷⁹ Reforma del artículo 73, fracción XXIX-G CF, de 10 de agosto de 1987.

⁸⁰ Reforma del artículo 21 y 73 CF, de 31 de diciembre de 1994.

⁸¹ Artículo 73, fracción XXIX-L CF, de 27 de septiembre de 2004.

⁸² Por ejemplo, los programas conjuntos que prevén los artículos 13, 16 y 17 Ley general de desarrollo social, DOF, de 20 de enero de 2004 (LGDS).

⁸³ Conferencia de Secretarios de Seguridad Publica según el artículo 1 Ley que establece las bases de coordinación del sistema nacional de seguridad pública o la Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales (artículos 16, fracción I y 17 de la Ley de coordinación fiscal), entre otros.

de la reforma constitucional federal al artículo 18, párrafo tercero, de 23 de febrero de 1965 (convenios generales sobre extinción de penas), se introdujo la figura de los convenios, este instrumento ha sido utilizado para más ámbitos, como la reforma constitucional del artículo 26, párrafo tercero, de 3 de febrero de 1982, así como el artículo 46 que prevé los convenios entre Entidades federativas con la aprobación de la Federación sobre límites territoriales, o la reforma a la CF, de 3 de septiembre de 1993, sobre los convenios entre la Federación, las Entidades Federativas y el Distrito Federal sobre la práctica de diligencias entre sus respectivas procuradurías (artículo 119 párrafo segundo), entre muchos otros⁸⁴.

Sin embargo, durante el largo régimen político que imperó en México durante la segunda mitad del s. XX⁸⁵ el

⁸⁴ En el ámbito legislativo es posible mencionar los convenios entre la Federación y una Entidad federativa que prevé el artículo 22 Ley orgánica de la Administración pública federal o los convenios entre la Federación y una Entidad federativa sobre la Red Nacional de Bibliotecas, (artículo 5 de la ley general de bibliotecas), entre muchos otros.

⁸⁵ “El federalismo nacional fue asfixiado por las características del régimen autoritario”, Cárdenas Gracia, Jaime, México a la luz de los modelos federales, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 110 mayo-agosto, México, UNAM, 2004, p.480.

sistema minusvaloro la importancia de las técnicas cooperativas en el sistema federal, ya que, sorprendentemente no se producía -al menos muy pocos gobernadores lo mencionaban- ninguna tensión entre la Federación (dirigida totalmente por el Presidente de la República) y las Entidades Federativas (sometidas políticamente al omnipotente Presidente.

En caso de conflicto o desacuerdo no se recurría a los instrumentos jurídicos sino que se resolvían a través de acuerdos de carácter político impuestos eficazmente desde la Presidencia. Como claramente apreció Carpizo: “el Presidente es quien decide la última instancia sobre la designación de los Gobernadores [...] tiene una serie de controles sobre los Gobernadores, como las ayudas económicas y las obras a los insuficientes presupuestos locales, amén de controles de carácter político, algunos Gobernadores se han insubordinado”⁸⁶, por ello, resulta

⁸⁶ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 18ª. ed., México, s. XXI, 2004, pp. 197 y 198. Como apunta el autor, ha sido común que a los gobernadores indisciplinados se les aplique la declaración por parte del Senado de que todos los poderes de esa Entidad federativa han desaparecido. El propio Loewenstein, expuso que en el federalismo iberoamericano (Argentina, Brasil, México) las relaciones fácticas no eran adecuadas para el desarrollo de un auténtico federalismo y esto por

fácilmente deducible que las técnicas de colaboración tenían poca relevancia y, por tanto, escaso desarrollo.

No obstante, el sistema federal tiende a funcionar armónicamente, por lo que, dentro de la unidad del Estado mexicano, existen una serie de entidades territoriales con poder originario (poder constituyente), de manera que el pacto federal intenta equilibrar la unidad en la diversidad.

La distribución competencial establecida por la CF se conjuga con una serie de pesos y contrapesos para contribuir a una decisión eficaz y correcta en el funcionamiento del sistema federal. Uno de los principios esenciales para entender el sistema de relaciones entre las partes integrantes de la federación consiste en el principio de lealtad federal o lealtad constitucional.

El comportamiento leal a la Federación, a pesar de que no está expresamente reconocido en el texto fundamental, se encuentra comprendido en la propia esencia del Estado federal, de manera que, sin ser considerado como título habilitante, vincula a las entidades territoriales a llevar a cabo un determinado comportamiento en sus relaciones verticales (Federación-Entidades federativas) y horizontales (entre Entidades federativas) para que tomen en consideración

dos razones: la natural hegemonía de ciertos Estados miembros y la llamada intervención federal. Loewensein, Karl, *op. cit.*, p.380.

intereses de resto de entidades territoriales involucradas para la salvaguarda de sus respectivas competencias.

En el sistema federal mexicano, como he mencionado⁸⁷ aunque la CF no hace mención expresa al principio de lealtad federal o deber general de colaboración, como también sucede con la norma fundamental alemana- se encuentra implícito en la esencia del sistema federal que diseña la misma CF y que, por tanto, envuelve a todo el sistema relacional del Estado mexicano.

Resulta preceptivo mencionar que este principio federal ha tenido escaso desarrollo por parte de la jurisprudencia y doctrina mexicanas, lo que no obsta para reconocer su existencia dentro del sistema federal mexicano. Al respecto, el Pleno de la SCJN ofrece algunas señales de existencia del principio constitucional, ya que *“establecen la coordinación y cooperación con diversas autoridades”* por lo que, deben prestarse apoyo o auxilio en el ejercicio de sus funciones⁸⁸. Posteriormente, la misma SCJN, entiende que *“los principios*

⁸⁷ Jiménez Dorantes, Manuel, “Colaboración y coordinación en el sistema federal mexicano”, en *Estudios en homenaje a D. Jorge Fernández Ruiz, Derecho Administrativo*, (Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Alejandro, coords.), t. I, México, UNAM, 2005, pp. 163 a 167.

⁸⁸ Jurisprudencia P./J. 70/1999 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, agosto, 1999, p. 557 (registro: 193473).

de fidelidad estatal y municipal tienen por objeto consolidar una relación de colaboración constructiva, corresponsable y de ayuda mutua entre los gobiernos Federal, del Estado y de los Municipios, y de entre éstos con los organismos públicos autónomos a favor del desarrollo democrático del Estado, basado en el constante mejoramiento político, económico, social y cultural de la comunidad y en una relación cooperativa e interdependiente, los cuales están vinculados directamente con los valores, principios y bases [...] los principios de fidelidad federal, estatal y municipal, deben entenderse conforme al régimen de competencias previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual garantiza la coexistencia de los tres órdenes de gobierno con pleno respeto de la autonomía municipal...”⁸⁹.

El federalismo requiere la necesidad de colaboración ya que -como expone Stein- si los miembros de la federación toman distintas direcciones la ponen en peligro este peligro se puede evitar si todos tienen la voluntad de trabajar en común⁹⁰.

⁸⁹ Jurisprudencia P./J. 38/2009 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIX, abril, 2009, p. 1294 (registro: 167419).

⁹⁰ Stein, Ekkehart, *Derecho político*, (Sainz Moreno, Fernando, trad.), Madrid, Aguilar, 1973, p. 108.

Por tanto, el deber de colaboración exige la actuación (positiva o negativa) de las partes integrantes del pacto federal en el ejercicio de sus respectivas funciones⁹¹ lo que implica, por un lado, la obligación de actuar, en el momento en que ejercen sus competencias, en beneficio de los demás cuando sea necesario para el correcto ejercicio de sus propias competencias y, por el otro, implica la obligación de obstruir el ejercicio de sus propias competencias y, por el otro, implica la prohibición de obstruir el ejercicio de competencias ajenas mediante el ejercicio de las competencias propias de cada entidad territorial, por lo que, de acuerdo con la doctrina más sólida y las resoluciones del Pleno de la SCJN se puede conformar que el principio de fidelidad de la Constitución constituye un parámetro de valoración jurídico-constitucional para enjuiciar la actuación de las distintas instancias territoriales⁹².

Finalmente, cabe mencionar que, desde mi perspectiva, el sistema federal mexicano está funcionando

⁹¹ Una referencia más amplia sobre la cooperación y coordinación en el sistema federal puede consultarse en Jiménez Dorantes, Manuel, "Colaboración y coordinación en...", *op.cit.*, p. 166.

⁹² En este sentido, Gallego Anabitarte, Alfredo, *et. al.*, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 41.

con múltiples carencias y debilidades que son necesarias atender para perfeccionar el propio sistema y garantizar su permanencia como modelo de Estado. Algunas de estas disfunciones consisten en la excesiva utilización de técnicas de cooperación y coordinación (leyes básicas, planes y programas conjuntos, convenios, órganos de cooperativos, etcétera) que, según su articulación han incrementado considerablemente la complejidad en la distribución competencial, de manera que cada vez resulta más complicado para el interprete constitucional delimitar los campos de acción de las entidades territoriales mexicanas.

Además, como sucede durante toda la segunda mitad del s. XX por razones especialmente derivadas del régimen político centralizado, el sistema federalismo coercitivo se ha caracterizado por la imposición federal sobre las Entidades federativas.

Un buen ejemplo de esta dinámica política-constitucional se ha producido en las recientes reformas constitucionales en materia electoral y penal. Por un lado, el actual Instituto Nacional Electoral (INE) asumirá las facultades electorales que estaban reservadas a las Entidades federativas y, por el otro, las mismas Entidades federativas se han mostrado sumisas en desprenderse de la

materia procesal penal para transferirlas a la Federación en un Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por otro lado, también se ha producido la perversión en la concepción de las técnicas de cooperación que se diseñan para mantener la decisión unilateral de la Federación y la excesiva acumulación de títulos competenciales a favor de la Federación a través de clausula auxiliar de la fracción XXX del artículo 73⁹³.

Si bien es cierto, durante las últimas dos décadas se habían dado pasos importantes para revertir esta tendencia, a través de diversos mecanismos (especialmente, controversia constitucional y CONAGO⁹⁴) la nota

⁹³ Como ha mencionado González Oropeza, para mejorar el sistema de distribución competencial resulta necesario, entre otras cuestiones, sacar de la Constitución la facultad auxiliar establecida en el artículo 73 fracción XXX, para evitar futuras interpretaciones a favor del gobierno federal. González Oropeza, Manuel, "La distribución de facultades y responsabilidades en México", (Mérida García, Francisco, trad.), *SCLC/Estudios jurídicos y políticos*, No. 2, San Cristóbal de las Casas, UNACH, 2005, p. 65.

⁹⁴ Un estudio centrado en este órgano puede consultarse en Jiménez, Dorantes, Manuel, "La conferencia nacional de gobernadores como órgano de cooperación en el sistema federal mexicano", en *Constitucionalismo local*, Cienfuegos Salgado, David (comp.), México, Porrúa, 2005.

característica del sistema federal mexicano actual (2014) sigue siendo, en definitiva, la preeminencia de la decisión federal sobre las Entidades federativas con el correspondiente vaciamiento competencial estatal solapado por los propios Estados a través del artículo 135 CF.

Una vez que se ha dejado planteado la dinámica del sistema federal mexicano hay que centrar la exposición en la incorporación del Urbanismo como título competencial en dicho sistema federal, especialmente, en el modelo cooperativo.

3.1.2 Ausencia de título competencial específico (febrero 1917 - febrero 1976)

El texto original de la CF no hizo mención alguna sobre el asunto urbanístico como materia determinada y con entidad propia, lo que no significó que algunos aspectos urbanísticos tuvieran regulación indirecta o colateral a través de otros títulos competenciales expresados en la CF. Precisamente, las referencias jurídicas con incidencia urbanística provinieron de la materia de “Población”, en otros casos, la materia de “Salud” incidió sobre las construcciones y terrenos urbanos para que previeran estándares sanitarios relativos a la ventilación, iluminación, instalaciones sanitarias, entre otros aspectos. Por ejemplo, el Código

Sanitario, de 13 de marzo de 1973, estableció que las construcciones y edificaciones debían cumplir con estándares sanitarios (ventilación, iluminación, baños, desagües, etcétera) así como un repertorio de obligaciones e infracciones para los propietarios de construcciones y terrenos urbanos.

Asimismo, las leyes estatales fueron diversas y colateralmente abordaban la cuestión urbana como un objeto preciso de regulación, mientras que las normas municipales regularon el ornato de las construcciones, la corrección del peligro público de las mismas y la alineación de calles.

En síntesis, se puede afirmar que en los primeros 60 años de vigencia de la actual CF, los asuntos urbanísticos no tuvieron un tratamiento específico y diferenciado, por lo que, tuvieron que ser regulados a través de la expansión de otros títulos competenciales que incidían de manera “indirecta”.

3.1.3 Aparición del Urbanismo como título competencial específico

3.1.3.1 Influencia del Derecho internacional en la aparición de un título competencial urbanístico en el sistema constitucional mexicano

El crecimiento acelerado que permanentemente han experimentado los centros de población en México, desde los

años cuarenta, incide en una fuerte urbanización y en el incremento de la población rural a los polos de desarrollo que significan las ciudades.

Entre otros grandes problemas, las ciudades mexicanas, especialmente las grandes: México, Guadalajara, Monterrey, presentaron graves problemas de marginación en sus áreas periféricas, en las que se asentaba cada vez más población. Dicha dinámica no fue exclusiva del urbanismo mexicano sino que resultaba una pauta que se reprodujo en varias ciudades de los denominados países “subdesarrollados”.

Los problemas urbanísticos de estos países⁹⁵ atrajo la atención de la comunidad internacional organizada para unir esfuerzos y acciones encaminadas a revertir el grave problema de marginación urbana, especialmente en la zona periférica.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) convocó, durante mayo y junio de 1976, a los Estados miembros a la Conferencia de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, para abordar precisamente el problema de la marginación urbanística⁹⁶.

⁹⁵ Por ejemplo Brasil, Perú, Colombia e India, entre otros.

⁹⁶ Ver las primeras resoluciones de la Asamblea General: 2718, 3001, 3201, 3202, 3327 y A/32/162 sobre Asentamientos Humanos, disponibles

La Cumbre de Vancouver de 1976, consolidó las acciones de la ONU para mejorar el desequilibrio social e incrementar la calidad de vida en el ámbito urbanístico de los países en desarrollo, cuyo crecimiento demográfico y su enorme dinámica de movilidad del campo a la ciudad, requerían acciones públicas dirigidas a mejorar su regulación jurídica sobre los centros de población, favorecer una adecuada ordenación en su crecimiento, revertir la marginación y mejorar el desarrollo socioeconómico⁹⁷.

3.1.3.2 Incorporación constitucional de Urbanismo, de febrero de 1976, como respuesta al cumplimiento de políticas internacionales

El impacto de la política mundial sobre Asentamientos Humanos concretada en Vancouver tuvo reacción en el Derecho nacional. Precisamente, unos meses antes de la realización de la Cumbre de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos, México llevó a cabo con la reforma constitucional federal publicada en DOF de, 6 de febrero de 1976, como instrumento jurídico esencial que evidenciara la

en www.un.org y en www.unhabitat.org Actualmente, el programa de Asentamientos Humanos de la ONU se denomina “*Habitat*”.

⁹⁷ Sobre este tema ver Lomnitz, Larissa, *Cómo sobreviven los marginados*, s.XXI, Madrid, 1978.

voluntad del Estado mexicano para emparejarse con los objetivos de la comunidad internacional.

La reforma urbanística de 1976 posiciona al Urbanismo o Asentamientos Humanos como título competencial específico con efecto normativo directo tanto para las autoridades como para los particulares. Esta reforma urbanística pretendió encarar el problema en cuestiones esenciales del sistema constitucional mexicano (propiedad privada, libertades, planeación y control administrativo, entre otros).

La reforma constitucional incidió en diversos apartados de las Constitución, por un lado se adicionó en el párrafo tercero del artículo 27 CF que *“...se dictarán la medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y, bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...”*.

Asimismo, la reforma urbanística determinó que sobre esta materia tanto la Federación como las Entidades federativas y los Municipios ejercen sus competencias (normativas, ejecutivas y jurisdiccionales) a partir de la facultad del Congreso federal para *“expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno federal, de los*

Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los objetivos previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución” (artículo 73, fracción XXIX-C).

En el ámbito municipal, la misma reforma modificó las fracciones V y VI del artículo 115 CF para garantizar la intervención municipal en la formulación, aprobación, administración, modificación de los planes de desarrollo urbano municipal así como la administración de las reservas, usos y destinos en su territorio o en régimen de colaboración con la Federación o la propia Entidad federativa en casos de conurbaciones.

Finalmente, para el Distrito federal, la fracción V, base primera del artículo 122 CF, establece a favor del Distrito federal la facultad de legislar en materia de desarrollo urbano, uso del suelo, construcciones y edificaciones.

Por lo que, resulta pacífica entre la doctrina jurídica especializada que la reforma constitucional, de 6 de febrero de 1976, representa el momento jurídico más relevante en la conformación del Derecho urbanístico mexicano sistemático, específico, preciso y coherente⁹⁸.

⁹⁸ Azuela de la Cueva, Antonio, “El Derecho urbanístico. La evolución del Derecho urbanístico mexicano en los últimos diez años”, *Jurídica*.

3.1.3.3 Las primeras leyes urbanísticas mexicanas: 1976 y 1983

Como consecuencia de la reforma constitucional en la materia, el Poder legislativo federal, en ejercicio de sus “recientes” facultades normativas en la materia, aprobó la primera Ley General de Asentamientos Humanos del país, de 26 de mayo de 1976 –desde ahora LGAH76-.

En resumen, esta Ley federal intentó organizar y sistematizar todo el ordenamiento jurídico urbanístico en México⁹⁹. Los avances de esta ley fueron, sin duda,

Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 10, t. I, julio, 1978, México. Azuela de la Cueva, Antonio y Cancino, Miguel Ángel, “Los asentamientos humanos y la mirada parcial del constitucionalismo mexicano”, *La Constitución y el medio ambiente*, Rabasa O., Emilio (coord.), México, UNAM, 2007. Fernández Ruiz, Jorge, “Derecho urbano en México. Administración federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 79, enero-abril, México, UNAM, 1994. Jiménez Dorantes, Manuel, *Constitución y urbanismo*, México, UNAM, 2006. Ruiz-Massieu, José Francisco, *Introducción al Derecho mexicano. Derecho urbanístico*, México, UNAM, 1981.

⁹⁹ Se ha dicho que esta Ley, “es la pieza central de dicho régimen [planeación urbana] y constituye un importante marco de referencia de la acción gubernamental sobre los procesos de urbanización, ya que conjuga la racionalidad de la planeación con los principios ideológicos del Estado mexicano posrevolucionario expresados en la Constitución”.

significativos, ya que estableció las normas básicas para planear los centros de población (fracción II, artículo 1, LGAH76) y diseñó un sistema de planeamiento del suelo sistematizado: Programa Sectorial de Desarrollo Urbano (*federal*), Programas Estatales de Desarrollo Urbano, Programas de Ordenación de Zona Conurbada (*interadministrativo*) y, Planes y Programas Municipales¹⁰⁰. De esta manera, el concepto “plan” o “programa”, desde el inicio, viene a ubicarse en un sitio principal del sistema urbanístico en México, ya que, esencialmente, desarrollan las determinaciones de las leyes (federales y estatales) e intentan diseñar el modelo territorial (nacional, estatal y municipal) a aplicar en el futuro¹⁰¹.

Posteriormente, el 21 de julio de 1993, la Ley General de Asentamientos Humanos –desde ahora LGAH- abroga la

Azueta de la Cueva, Antonio, *La ciudad...*, *op. cit.*, p. 23. El autor ofrece una exposición clara sobre las reacciones que produjo esta ley (pp. 31 a 56).

¹⁰⁰ Artículo 4 LGAH 76. Por ejemplo, el Plan General de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, de 15 de diciembre de 1976.

¹⁰¹ También hay que advertir que la dinámica urbana en México se atendió jurídicamente en dos perspectivas, en principio, como “un proceso de reordenación y de apuntalamiento” y, en otro momento, con “el efecto anticipatorio que el diseño de los asentamientos humanos amerita”. Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 154.

LGAH76, para perfeccionar la regulación en la materia, otorgar mayores competencias a los Municipios, garantizar la participación ciudadana, mejorar las bases de la concurrencia de los sujetos jurídico-públicos territoriales, ampliar las opciones de inversión privada en el mercado inmobiliario y proyectos urbanísticos, entre otras.

En resumen, el conjunto de normas urbanísticas se refieren a cuestiones como el procedimiento que debe desarrollarse para la aprobación de los instrumentos de planeamiento, mecanismos de participación ciudadana, sistema de distribución competencial, entre otros. Además, este conjunto normativo también incide en los alcances de la propiedad del suelo, derechos y deberes de los ciudadanos, fines, objetivos y metas del sistema urbanístico, entre muchos otros.

Por último, cabe dejar apuntado que, a la par del desarrollo legislativo, el Poder judicial federal también inició una destacada labor por resolver asuntos relacionados con el Urbanismo, especialmente, en la novena época –como se comprueba con buena parte de las resoluciones judiciales citadas-; es esencialmente, el momento de desarrollo judicial de la materia urbanística en México.

3.2 Algunas precisiones sobre el Urbanismo, Asentamientos Humanos y Ordenación del Territorio como títulos competenciales

3.2.1 Urbanismo y Asentamientos Humanos

Con la finalidad de no inducir a la confusión y dejar precisados los conceptos que se utilizan en este documento, resulta preceptivo dejar planteado el punto de partida. En primer lugar, hay que advertir que la CF no se hace ninguna mención expresa sobre la materia de Urbanismo, sino que sólo en algunos artículos (por ejemplo, 115, fracción V) utiliza el concepto de *desarrollo urbano*.

La explicación gira sobre la influencia internacional de la reforma constitucional. Como se ha dicho anteriormente, la preocupación jurídica por la adecuada ordenación urbana de los centros de población, provino de factores internacionales promovidos desde la ONU, de tal forma que, en esta sede internacional, *Human Settlements* es el concepto utilizado – hasta la fecha- para referirse al título competencial referido a la realidad urbanística.

De ahí que el Derecho mexicano adoptó este concepto. Este es el caso, por ejemplo, de la fracción 3ª del artículo 27 CF, que establece que, dentro de la función social de la propiedad se encuentra el “ordenar los asentamientos humanos”. Esta es la primera mención constitucional a la

materia de Asentamientos humanos, consecuentemente, el texto fundamental, distribuye las competencias concurrentes en la materia, tanto en su aspecto horizontal como en el vertical como se abordará más adelante.

El Derecho positivo entiende por asentamiento humano el *“establecimiento de un conglomerado demográfico, con el conjunto de sistemas de convivencia, en un área físicamente localizada, considerando dentro de la misma los elementos naturales y las obras materiales que lo integran”* (artículo 2, fracción II LGAH¹⁰²).

En este sentido, se advierte, claramente, que el contenido de esta materia son todas las actividades que inciden en la ordenación no sólo de los centros de población (diseño de ciudades, calificación y clasificación del suelo, tipos de viviendas, infraestructura y equipamiento urbanos, etcétera) sino también se refiere a aspectos que rebasan el modelo urbanístico y que involucran aspectos de *ordenación territorial* (zonas de preservación ecológica, vías de comunicación, instalaciones militares, puertos y aeropuertos, etcétera).

Por ello, los aspectos de “Asentamientos humanos” se refieren como Urbanismo y a los aspectos que rebasan la

¹⁰² En el mismo sentido, fracción II, artículo 6, Ley de desarrollo urbano de Chiapas, de 3 de diciembre de 1997 (LDUCh).

estricta realidad urbana (la ciudad) como “Ordenación del Territorio” –la *Raumordnung* alemana-, auténtica función pública de visión global, coordinadora e integral, diferenciada del Urbanismo y del resto de materias o asuntos con incidencia territorial directa (Medio Ambiente, Carreteras, Puertos, Aeropuertos, entre muchas otras).

Hay que precisar que el Derecho positivo considera que la materia de Asentamientos humanos va más allá del simple fenómeno urbano para considerar aspectos regionales, económicos y sectoriales, de manera que, ante una falta de mención constitucional a la ordenación del territorio, se entiende que los Asentamientos humanos engloba asuntos más amplios que el Urbanismo.

Ahora bien, no sucede lo mismo en el caso de la legislación estatal que ha comenzado a abandonar el concepto de asentamientos humanos¹⁰³ para acercarse al concepto de Urbanismo¹⁰⁴.

¹⁰³ Se mantiene el concepto en la legislación de los Estados de Campeche, Colima, Nayarit, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Tamaulipas, Quintana Roo, entre otros.

¹⁰⁴ En este sentido las leyes urbanísticas de los Estados de: Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Distrito federal, Jalisco, Guerrero, Guanajuato, Michoacán, Puebla, Oaxaca, San Luis Potosí, Zacatecas, Veracruz.

3.2.2 Identificación y delimitación material de los Asentamientos Humanos

Resulta preceptivo hacer una reflexión acerca del significado, alcance y posibilidades de la materia de Asentamientos humanos, lo que permitirá comprender, en su justa dimensión, dicha materia, saber qué ofrece al sistema jurídico y cuáles son sus posibles limitaciones. Como se ha dicho, Asentamientos humanos es el concepto material que utiliza la CF para regular el fenómeno urbano en el país.

Sin embargo, de la redacción constitucional, y el posterior desarrollo legislativo federal y estatal, se produce una falta de delimitación del contenido de la propia materia.

El Derecho positivo confirma que la materia de Asentamientos humanos regula algo más que el fenómeno urbano propiamente dicho, y pretende –sin éxito- llevar su regulación más lejos de estas determinaciones, alcanzando a otros sistemas naturales y materiales que se relacionan con los centros de población y que se acercan a lo que se denomina *“ordenación territorial de los asentamientos humanos”* (artículo 2, fracción XIV LGAH), por lo que, claramente, se identifican conceptos mucho amplios que el urbanismo (desarrollo regional, ordenación territorial,

sistemas de convivencia, desarrollo sustentable, entre otros) y que se pretenden integrar en los asentamientos humanos.

Siguiendo el nacimiento y evolución de la materia de Asentamientos humanos en el sistema jurídico mexicano, se evidencia la relación directa entre los procesos de urbanización con el equilibrio territorial y el desarrollo económico de la región.

Los documentos de la ONU sobre *Human Settlements* confirman la concreta visión del concepto a asuntos estrictamente urbanísticos, especialmente, en el acceso a la vivienda adecuada, calidad de vida, ataque a los guetos o tugurios, entre otros aspectos urbanos.

La pretensión para traspasar la regulación de los asentamientos humanos de la mera cuestión urbana a una ordenación integral del territorio provoca grandes problemas de delimitación del contenido de la regulación en la materia. Sencillamente, porque, en ningún caso, la visión “ampliada” de los Asentamientos humanos en México ha tenido efectiva recepción en la legislación y sistema de planeamiento, ya que, por un lado, la visión integral y coordinadora que se espera de los Asentamientos humanos ha venido necesariamente en ineficaz, ya que se encuentra restringida por algunas otras materias (Puertos, Aeropuertos, Turismo, Patrimonio histórico, Petróleo, Energía eléctrica, entre otras)

que, en todo caso, condicionan, desplazan, limitan y se superponen a las determinaciones urbanísticas que deben adecuarse –según la legislación actual- a la prevalencia “automática” de las determinaciones que provienen de estas leyes, y por el otro, quedaría rebasado el propio principio de igualdad formal de las competencias, al determinar la prevalencia general de los asuntos federales sobre los demás.

En consecuencia, el sistema de ordenación de los asentamientos humanos, finalmente queda circunscrita a cuestiones eminentemente urbanística y deja a un lado la pretendida visión integral de ordenación territorial.

A diferencia del modelo mexicano, en el que no existe una materia encargada de su visión integral y coordinadora de todas las acciones con incidencia territorial directa, algunos sistemas territoriales avanzados (Alemania y España, por citar dos ejemplos) se distinguen por la diferenciación material entre Urbanismo y Ordenación del Territorio, lo que favorece la claridad de conceptos y una delimitación material más clara que permite facilitar el entendimiento de acciones que inciden sobre el espacio físico territorial.

En este orden de ideas, la materia de Urbanismo se refiere a los aspectos de la ciudad, de los centros de

población, del fenómeno urbano (*stricto sensu*), mientras que, una vez que la realidad urbana va rebasando aspectos meramente locales y aumentan su influencia más allá del proceso de urbanización, comienzan a involucrar aspectos y materias que no forman parte del Urbanismo y que se ubican en otro título competencial más amplio como la *Ordenación del Territorio*¹⁰⁵.

La doctrina mayoritaria, coincide en afirmar que el origen de la Ordenación del Territorio se encuentra en el ámbito territorial, en el Urbanismo¹⁰⁶ concretamente, ya que, adquiere sustancia propia en el momento en que el Urbanismo rebasa el aspecto meramente local o urbano, éste

¹⁰⁵ Una lectura más amplia de este tema, remito al lector a Jiménez Dorantes, Manuel, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 55 y ss.

¹⁰⁶ En este sentido, Carceller Fernández, Antonio, *Instituciones de Derecho urbanístico*, 5ª. ed., Madrid, Montecorvo, 1992, pp. 26 y ss. García de Enterría, Eduardo, y Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2ª, ed., Madrid, Civitas, 1981, pp. 37 y ss., Bassols Coma, Martín, "Panorama del Derecho urbanístico español", *RDU*, No. 100, octubre-diciembre, Madrid, 1986, pp. 110 y ss., López Ramón, Fernando, *op. cit.*, pp. 56 a 75, entre otros.

es el significado que tiene en el sistema jurídico alemán (*Raumordnung*)¹⁰⁷.

Otra parte de la doctrina especializada, afirma que el origen de la “Ordenación del Territorio” no proviene del ámbito territorial o físico, sino que tiene su origen en los aspectos de *desarrollo económico* y su respectivo sistema de planeamiento. Esta visión se centra, en primer término, en una macro-planificación ejecutada por los planes económicos nacionales que, ante su ambiciosa pretensión y comprobada ineficacia¹⁰⁸, surgió la necesidad de llevar a cabo una planeación particularizada (desarrollo regional) que atienda cada una de las necesidades de cada región del país. Esta visión coincide –hasta hace algunos años- con el modelo de la *Aménagement du territoire* francesa, que va «estrechamente vinculada con la planificación económica»,

¹⁰⁷ Jiménez Dorantes, Manuel, *Coordinación interadministrativa...*, op. cit., pp. 56 y 57.

¹⁰⁸ Harris ha resaltado que “la vieja agenda económica –el desarrollo económico nacional- está decayendo, en parte porque el territorio nacional es cada vez menos claro en cuanto entidad económica y el gobierno ya no puede tratar la actividad en ese territorio como si fuera autónoma, susceptible de una dirección unilateral y exclusiva”. Harris, Nigel, “Globalización y tendencias en la gestión de las ciudades”, *Gestión y política pública*, No. 1, CIDE, México, 2006, p. 195.

siguiendo a Pomed, “la Ordenación del Territorio en Francia ha sido sinónimo de política económica regional”¹⁰⁹.

En el modelo mexicano, hasta la fecha, no existe una materia que tenga posibilidades de llevar a cabo una función coordinadora de las diferentes acciones sobre el territorio, ya que, la de Asentamientos Humanos resulta insuficiente para enfrentar este reto coordinador. Sin embargo, el origen de los Asentamientos humanos en México tiene un origen económico –al estilo francés-, ya que tiene como característica primordial la referencia a aspectos de política económica¹¹⁰, lo que permite el impulso a un sistema “descentralizado” a favor de las Entidades federativas. En este sentido, el art. 3 LGAH establece como objetivos del desarrollo [urbano] “*el desarrollo socioeconómico sustentable*» (frac. II), “*la distribución equilibrada y sustentable de los centros de población y las actividades económicas en el territorio*» (frac. III), además, “*la adecuada*

¹⁰⁹ Pomed Sánchez, Luis A., “¿El abandono de la concepción francesa de la Ordenación del Territorio?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nos. 6 y 7, junio-diciembre, Zaragoza, 1995, pp. 422 y 423.

¹¹⁰ La mayor parte de la doctrina mexicana en la materia entiende este origen económico. Por ejemplo, Olivera entiende que “...la planeación del desarrollo urbano y la promoción del crecimiento económico de las ciudades, que son una misma cosa”. Olivera Lozano, Guillermo, *op. cit.*, p. 132.

interrelación socioeconómica de los centros de población” (frac. IV).

Asimismo, existen diversas experiencias de ordenación como los instrumentos de desarrollo económico y social que han diseñado, por ejemplo, las medidas económicas de la Federación para potenciar las actividades públicas (estatales o municipales) en materia de desarrollo urbano con políticas públicas y presupuestales con directa incidencia territorial. De esta manera, se han intentado superar los evidentes desequilibrios económicos regionales bajo la perspectiva del desarrollo regional.

El actual diseño jurídico de la ordenación territorial en México se distingue por la complejidad del sistema de distribución competencial y tiene como resultado un excesivo número de instrumentos de planeamiento sin un adecuado sistema de cooperación y coordinación, lo que complica la ordenación eficaz del territorio y dejando abierta la puerta para la incompatibilidad entre las decisiones con incidencia territorial directa que prevén los distintos instrumentos de ordenación ambiental, urbanística, turística, protección civil, carreteras, puertos, aeropuertos, patrimonio arqueológico e histórico, entre otros.

Desde el ámbito de la política pública, entre las décadas de los 50 a 70, se intentó impulsar el desarrollo

regional a través del programa de cuencas hidrológicas para potenciar el “desarrollo” de regiones marginadas, especialmente, del sureste del país (Chiapas, Tabasco, Oaxaca y sur Veracruz) con la construcción de obras hidroeléctricas para distribuir entre las zonas industriales y, al mismo tiempo, implantar prototipos de desarrollo entre el espacio rural y el espacio industrial que favorecieran el arraigo de población rural en determinados polos de desarrollo para paliar los flujos de población rural a las grandes ciudades e incrementar la infraestructura de las regiones.

3.3 Fines esenciales del Urbanismo

El Urbanismo como función pública se ve justificada por la consecución de algunos fines jurídicamente relevantes. Por ello, los sujetos jurídico-públicos tienen la obligación de aplicar todas sus herramientas para el cumplimiento de los fines que se les encomiendan. Por tanto, es necesario que tomen en consideración los aspectos de ordenación de los centros de población mexicanos para alcanzar su objetivo final: *“lograr [...] el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”*, como lo establece el artículo 27, fracción III CF.

El Urbanismo es, por disposición constitucional (párrafo 3º. art. 27), de naturaleza pública, por lo que, el Estado (*lato sensu*) está obligado a controlar la utilización racional del suelo de acuerdo con el interés general, mediante los instrumentos jurídicos (especialmente, normas y planificación). En consecuencia, el Urbanismo es asunto público que no tiene necesariamente que coincidir con la decisión o deseo de los propietarios del suelo, lo que implica, una limitación para el ejercicio del derecho de propiedad urbana¹¹¹.

La justificación de esta limitación a las decisiones particulares –como se abordará más adelante- se basa en el interés público que implica la utilización racional del suelo y la ordenación coherente de la ciudad en la que todos sus habitantes –propietarios o no- conviven y desarrollan en condiciones óptimas.

Al respecto, Fernández Ruiz menciona algunos “aspectos primordiales del derecho urbano: La asignación de atribuciones al poder público para regular la sistematización y utilización del suelo; la regulación de la propiedad urbana

¹¹¹ Esta concepción constitucional de la propiedad tuvo su reflejo en el artículo 28 LGAH76: “...*el ejercicio del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles [...] se sujetará a las normas contenidas en los planes o programas de desarrollo urbano...*”.

conforme a las modalidades impuestas por el Estado; [...] la instauración de controles y de sanciones que aseguren el uso del suelo urbano en los destinos predeterminados por el poder público... ”¹¹².

3.4 Concurrencia material del Urbanismo

3.4.1 Régimen de concurrencia

El federalismo cooperativo parte de la idea de que todas las partes integrantes del sistema federal tienen el deber de colaborar y de prestarse ayuda mutua (principio de colaboración, lealtad o fidelidad constitucional) en los asuntos que le corresponde y, como indicó la SCJN, respetando la distribución competencial llevada a cabo por la misma CF.

Ahora bien, si bien las entidades jurídico-públicas territoriales tienen dicho deber constitucional (implícito o explícito), la cuestión radica entonces en determinar cómo se llevar a cabo la colaboración.

Resulta pacífica la afirmación entre la doctrina jurídico-pública que el principio de colaboración conlleva, por un lado,

¹¹² Fernández Ruiz, Jorge, “Derecho urbano en México. Administración federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 79, enero-abril, UNAM, México, 1994, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/79/art/art2.htm>

a la cooperación en la que las entidades territoriales mantienen relaciones desde un plano de igualdad en el que, necesariamente, debe lograrse un acuerdo para adoptar una decisión común.

Por el otro, implica la coordinación en la que, a diferencias de la cooperación el plano de igualdad se “rompe” a favor de una de las entidades territoriales involucrada en la relación para adoptar el papel de coordinador frente al resto de entidades territoriales que actúan como coordinadas. Debo señalar que dicha posición de superioridad “relativa” sólo se produce para ese caso concreto de coordinación, dicho de otra manera, no debe entenderse la coordinación como una competencia genérica a favor de ninguna de las entidades territoriales que conforman el Estado mexicano.

Aunque la Federación ocupa en la mayor parte de los casos en papel de coordinador de acciones y las Entidades federativas el papel de coordinadas como efecto de la cultura de imposición y prevalencia de “lo federal”, la coordinación exige que el papel de entre coordinador lo desempeñe aquella entidad territorial con mejores condiciones sobre el asunto y, a partir de dicho conocimiento del asunto, tener mejores condiciones de dirigir al resto de entidades involucradas.

Tanto la cooperación como la coordinación requieren de figuras jurídicas para su realización. Siguiendo la sólida doctrina del Derecho de organización, dichas figuras pueden agruparse en figuras instrumentales y figuras orgánicas de cooperación o de coordinación según sea el caso¹¹³.

Ahora bien, en el concreto caso del Urbanismo (así como del Turismo, Medio Ambiente, Protección Civil, entre otras), al tratarse de materias sobre las que se ejercen facultades concurrentes inevitablemente requieren de la aplicación de técnicas instrumentales y orgánicas para su realización.

Por lo que ahora interesa, la CF (artículo 73, fracción XXIX-C) determina que la principal técnica de coordinación para el Urbanismo se realizará a través de la técnica instrumental de relación legislativa federal y estatal. A partir de dicha técnica derivan el resto de instrumentos y órganos de cooperación o coordinación en el Urbanismo mexicano.

3.4.2 Coordinación federal en el urbanismo a través de Ley de bases federal + ley de desarrollo estatal

Como se ha señalado anteriormente, la principal herramienta que utiliza la CF para llevar a cabo la

¹¹³ Gallego Anabitarte, Alfredo, *op. cit.*, pp. 135 a 157.

coordinación consiste en la relación ley de bases (federal) + ley de desarrollo (estatal) en el que el legislador federal establece la pauta para las legislaciones estatales que deberán respetar el contenido de la ley general y desarrollar sus propias leyes de acuerdo a sus características específicas¹¹⁴, de ahí que, aunque el legislador federal de bases aprueba los términos de la acción coordinada en la materia concreta también tiene prohibido constitucionalmente llevar a cabo una regulación exhaustiva o detallada de la materia, ya que anularía las competencias legislativas de las Entidades federativas al no dejar margen de regulación estatal propia y diferenciada a sus propias características.

Al respecto, la SCJN señala que, *“las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de*

¹¹⁴ Por ejemplo, ver los artículos 1 y 2.1 de Ley General de Turismo. DOF de, 17 de junio de 2009. Última reforma de 25 de mayo de 2011.

regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia”¹¹⁵.

A partir de esta jurisprudencia se ha ido consolidando la doctrina del Poder Judicial de la Federación sobre las facultades concurrentes, especialmente, el papel de ente coordinador que desempeña la Federación, “*será materia de la ley general que expida el órgano legislativo federal, en la que, entre otras cuestiones, habrán de distribuirse las competencias que a cada uno correspondan. De este modo, la Federación tiene un poder de dirección en la materia que se manifiesta, de forma primaria, en la capacidad de expedir leyes que distribuyan competencias entre los tres niveles de gobierno y definan, en todo caso, el tipo de relaciones de coordinación o colaboración que habrán de entablarse*”¹¹⁶.

¹¹⁵ Jurisprudencia: P./J. 5/2010 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXI, febrero, 2010, p. 2322. (registro 165224).

¹¹⁶ Jurisprudencia P./J. 15/2012 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, libro X, t. 1, julio, 2012, p. 346 (registro: 160028).

Aunado a lo anterior y por lo que aquí interesa, en el ámbito del Urbanismo, nuevamente el Pleno del Alto tribunal federal, ha señalado sobre las materias de Asentamientos Humanos y Medio Ambiente que, *“son constitucionalmente concurrentes y sus disposiciones se desarrollan a través de leyes generales, esto es, los tres niveles de gobierno intervienen en ellas. Así, la Ley General de Asentamientos Humanos tiene por objeto fijar las normas conforme a las cuales los Estados y los Municipios participan en el ordenamiento y regulación de los asentamientos humanos; además, establece las normas bajo las que dichos órdenes de gobierno concurrirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, en el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y en el desarrollo sustentable de los centros de población [...] por lo que este tipo de facultades municipales deben entenderse sujetas a los lineamientos y a las formalidades que se señalan en las leyes federales y estatales, y nunca como un ámbito exclusivo y aislado del Municipio sin posibilidad de hacerlo congruente con la planeación realizada en los otros dos niveles de gobierno”*¹¹⁷.

Consecuentemente, a partir de la legislación federal de bases viene el ejercicio de facultades legislativas de las

¹¹⁷ Jurisprudencia: P./J. 38/2011 (10a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, libro I, t. 1, octubre, 2011, p. 288 (registro: 160856).

Entidades federativas para legislar en desarrollo de la ley general aprobada por la Federación.

Bajo este esquema de coordinación (ley de bases + ley de desarrollo) las Entidades federativas tienen oportunidad de regular sus asuntos urbanísticos de acuerdo con sus hechos diferenciales sin perder de vista el mismo “piso” del que todas las Entidades federativas deben partir establecido en la ley general de bases.

Al respecto, resulta oportuno señalar sobre la relación legislativa (bases + desarrollo) que *“las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de*

sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta”¹¹⁸.

Si bien la técnica de coordinación ley de bases + ley de desarrollo prevista para la materia concurrente de Urbanismo deja planteada la primera aproximación a la regulación de la materia, también es cierto, que deriva otro problema jurídico consistente en establecer qué es básico para poder ser considerado en la legislación general y, por ende, qué se excede de lo básico para entonces tener regulación legislativa estatal.

Sin duda, este análisis jurídico pasa por el estudio de cada determinación legal de la Federación y de su correspondiente pronunciamiento por parte de la SCJN. Ya que, en todo caso, el conflicto sigue teniendo -como cauce de resolución posterior- los mecanismos de protección competencial previstos en el artículo 105.I CF (controversia constitucional, especialmente).

¹¹⁸ Jurisprudencia P./J. 5/2010 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXI, febrero, 2010, p. 2322 (registro: 165224).

CAPÍTULO 4

FUNCIÓN SOCIAL Y PROPIEDAD PRIVADA EN EL URBANISMO

4.1 Función social y propiedad privada en el ordenamiento jurídico mexicano

La propiedad privada determinada en la CF está integrada con la función social, de tal manera que ésta, desempeña un papel institucional dentro del entramado constitucional para que los bienes que son objeto de la propiedad privada la cumplan indefectiblemente, pasando desde la intervención estatal ablatoria hasta las modalidades que gradúan el alcance de vocación de uso del suelo.

En la actual configuración constitucional, resulta claro que la función social de la propiedad no debe entenderse como una afectación al contenido de la propiedad privada, sino que dicha función social viene intrínsecamente

(originalmente) en el contenido jurídico de la propiedad privada.

Considerar a la propiedad privada bajo la perspectiva del pensamiento liberal, como absoluta y omnímoda libertad del propietario resulta prácticamente imposible sostenerla según la regulación constitucional que introduce los elementos de interés público, interés social, bienestar público y la titularidad originaria estatal al reconocimiento constitucional de la propiedad: *“la propiedad de las tierras y aguas [...] la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; así como el de regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza publica...”* (artículo 27 CF).

De ahí que la CF, establece los principios y bases bajo los que se desarrollará el orden constitucional, en el que, claramente, se conjuga la propiedad privada y su (indefectible) “función social” con principios que tienden a la satisfacción del interés general de la comodidad (calidad de vida, vivienda digna, utilización racional de los recursos, bienestar de la población o medio ambiente adecuado, entre otros).

Al respecto, Álvarez Gendín señaló que “una propiedad ilimitada sería tiránica, como diría Cimbali, respecto de los mismos individuos y anárquica para la sociedad”¹¹⁹. Por tanto, la función social “no puede ser considerada como regla estrictamente política, moral o de difícil encuadre en texto jurídico, ya que, al ser recibida en la Constitución se muestra como autentico concepto jurídico”¹²⁰.

Es decir, la función social de la propiedad del artículo 27 CF no debe ser considerada como un *límite externo* o extraño de la institución. Ya que, según el modelo del Estado social de Derecho¹²¹ diseñado por la misma CF, la función social de la propiedad privada debe ser considerada como parte integrante del concepto originario de la propiedad,

¹¹⁹ Álvarez Gendín, Sabino, *Expropiación forzosa. Su concepto jurídico*, REUS, Madrid, 1928, p. 40.

¹²⁰ Colina Garea, Rafael, *op. cit.*, p. 252.

¹²¹ Aunque no existe mención constitucional expresa sobre el tipo de modelo de Estado, la SCJN ha aceptado el modelo de Estado social de Derecho. Al respecto, el Pleno indica que “*las atribuciones del Estado mexicano se han incrementado con el tiempo. De un estado de derecho pasamos a un estado social de derecho, en el que el crecimiento de la colectividad concomitantemente de los problemas y necesidades de ésta suscitaron una creciente intervención del ente público en diversas actividades...*”. Tesis: P. XCII/99 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, diciembre, 1999, p. 21 (registro: 192756).

función que corresponderá concretar al Estado. De manera que la CF - especialmente su artículo 27- relaciona la propiedad privada con función social, de ahí que, según la función social, esta determinación constitucional *“busca privilegiar los intereses colectivos de carácter social por encima de los intereses individuales”*¹²².

Claramente, utilidad particular (individual) y función social (utilidad pública o general) confirman inescindiblemente en el contenido de la propiedad privada.

Para mayor entendimiento, desde la perspectiva jurisdiccional, la *“utilidad pública [...] comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que la afecten como entidad política o internacional”*¹²³.

¹²² Tesis: I.4o.A.412 A, T.C.C., novena época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIX, enero, 2004, p. 1456 (182478).

¹²³ Jurisprudencia P./J. 39/2006 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, marzo, 2006, p. 1412 (registro: 175593).

Esta perspectiva se fortalece cuando la misma CF establece figuras concretas de garantía patrimonial al propietario que se conforma como un principio esencial del Estado de Derecho con el objetivo primordial de garantizar el valor patrimonial frente a las intervenciones estatales (justificada o sin justificación).

Dichas figuras son, en primer lugar, la expropiación (artículo 27, párrafo segundo CF) que corresponde necesariamente una indemnización por el daño patrimonial justificado en la causa de utilidad pública y, en segundo lugar, por responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación administrativa irregular (artículo 113, párrafo segundo CF) sin el deber jurídico de soportar (injustificado).

Por ello, aunque el régimen de propiedad privada está reconocido constitucionalmente (artículo 27 CF), convencionalmente y en los Códigos Civiles (federal y estatal), como un derecho a gozar y disponer de la cosa (artículos 830 CCF y 825 CCCh), no cabe la posibilidad de entenderlo en términos absolutos de autonomía de libertad del titular (propietario) sino que, por el contrario, la propiedad privada tiene condicionamientos insertos por la Constitución y admitidos expresamente por los instrumentos convencionales y las leyes.

La CF (artículo 27, párrafo tercero) es rotunda el establecer –como se ha mencionado- que la propiedad privada está configurada por¹²⁴ el interés público con finalidades específicas que, en el ámbito urbanístico, consisten en i) aprovechar los elementos naturales susceptibles de apropiación, ii) cuidar de su conservación, iii) lograr el desarrollo equilibrado del país y iv) a mejorar las

¹²⁴ La primera Sala de la SCJN, reitera que *“el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho y que sus efectos consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que este no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder legislativo, de todas las facultades inherentes a la extinción actual de su derecho. De lo anterior puede estimarse que la imposición a la de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar la misma y el de disponer de esta, de manera que solo a través de estos elementos puede existir la posibilidad de que se impongan las referidas modalidades y no simplemente cuando se afecte de cualquier manera la cosa o bien, pues debe tenerse en cuenta que no es lo mismo la materia de un derecho, que el derecho en cuanto tal; es decir, la imposición de modalidades a una cosa o bien no equivale a la imposición de modalidades a los derechos reales que sobre dicha cosa o bien se tengan, sino sólo en la medida que éstos se limiten o restrinjan”*. Tesis: 1ª. XLII/2000 (9a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre, 2000, p. 257 (registro: 190599), entre otras.

condiciones de la calidad de vida de la población rural y urbana.

Mientras que la legislación civil establece, con similar contundencia, que la propiedad privada está sometida a las limitaciones y modalidades que fijen las leyes (art. 830 CCF y 825 CCCh, entre otros)¹²⁵, por lo que, se produce la reserva de ley a favor del régimen de propiedad.

En consecuencia y derivado del sistema federal mexicano, tanto las leyes federales –LGAH¹²⁶- como las correspondientes leyes estatales¹²⁷ delimitan a la propiedad en materia de ordenación urbana.

¹²⁵ Parte de la doctrina civil, entiende que limitaciones al derecho de propiedad se conciben como servidumbres publicas pero, como expone De Pina, estas provienen especialmente del ámbito administrativo y no pueden considerarse como verdaderas servidumbres. Pina, Rafael de, *Elementos de Derecho civil mexicano*, vol. II, 17ª ed., Porrúa, México, 2002, p. 74.

¹²⁶ Especialmente los artículos 27 y 37.

¹²⁷ En la misma resolución, la primera Sala de la SCJN ha mencionado que *“las legislaturas pueden dictar leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo...”*. Tesis: 1a. XLII/2000 (9a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre, 2000, p. 256 (registro: 190598).

La cláusula de función social en el ordenamiento jurídico del modelo de Estado social y democrático, es considerada como una cláusula de tipo general ya que “la vinculación social de la propiedad es un concepto intencionalmente indeterminado, con fuerte capacidad de orientación de los objetivos constitucionales [...] y se requiere una delicada valoración del equilibrio general del país que sólo puede ser hecha por el legislador”¹²⁸.

4.2. Contenido esencial de la propiedad privada. Especial referencia al ámbito urbanístico: el suelo

Como se ha indicado, la propiedad privada es un derecho fundamental y como tal no sólo tiene protección constitucional y convencional sino que, además, tiene límites jurídicos.

Pero, en qué consisten dichos límites para ser admisibles jurídicamente, hasta dónde se pueden llevar a cabo dichos límites y quién delimita la propiedad privada.

De ahí que, el punto central de la exposición radica en hacer un esfuerzo por delimitar -con la mayor precisión posible- cuáles son los límites que la propiedad privada del suelo puede encajar en el ámbito urbanístico.

¹²⁸ Rey Martínez, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, BOE/CEC, 1994, p. 350.

Este intento de delimitación del derecho fundamental de la propiedad privada del suelo permitirá a su vez diferenciar la actuación estatal que respeta dicho límite o, en su caso, el exceso de dicha intervención con las consecuencias jurídicas correspondientes para el propietario.

Adoptando como punto de partida la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales desarrollado por la doctrina jurídica alemana y española con su evidente influencia sobre la mexicana en materia de derechos fundamentales y adoptada en las resoluciones judiciales federales, el de propiedad privada resulta un derecho especialmente relevante debido a la enorme flexibilidad de su contenido esencial, como se verá enseguida.

El punto de partida radica en identificar cuáles son las características propias y específicas que distinguen a la propiedad privada en el ordenamiento jurídico mexicano.

En primer lugar, propiedad hace referencia al dominio jurídico que las personas tienen sobre una cosa o bien (en este caso concreto el suelo), de ahí que, el dominio sobre la propiedad del suelo puede recaer, en términos generales, en la titularidad estatal (dominio público) o la titularidad del particular (dominio privado).

Dejando a un lado el caso del dominio público de los bienes (de uso común o dedicados a un servicio público) que tiene regulación especial en el Derecho administrativo (ley general de bienes nacionales y las leyes especiales); la propiedad privada está caracterizada por el dominio que ejerce un particular sobre la cosa o bien (suelo) bajo reglas específicas para su desarrollo (Código civil y leyes administrativas aplicables).

La CF no precisa o determina en qué consiste el dominio que el particular ejerce sobre su propiedad, sino más bien, el artículo 27 párrafo primero del texto constitucional federal se limita a señalar los titulares: *“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene todo el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada...”*.

En consecuencia, el propietario originario del suelo (tierras) es el Estado mexicano que, en ejercicio de su facultad¹²⁹ constitucional, transmite el dominio del suelo al

¹²⁹ Aunque el texto constitucional indica que se trata de un “derecho”, al Poder judicial federal ha señalado reiteradamente que se debe entender como “facultad” o “atribución”. Ver, Tesis, segunda sala, quinta época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, p. 5453 (registro: 335438).

particular, dicha transmisión conforma a la propiedad privada. Por tanto, deriva que la propiedad privada se refiere al dominio que un particular tiene sobre la cosa o el bien (suelo).

El mismo texto constitucional establece los confines de la propiedad privada a través de modalidades derivadas del interés público y el beneficio social. Es decir, la propiedad privada tiene posibilidades de desarrollo pero condicionada o delimitada por el interés público y el beneficio social (función social).

Es decir, la CF y, en coherencia, la CADH establecen un marco desarrollo del dominio del particular siempre que dicho dominio sea compatible con el interés público determinado por el Estado.

Al respecto, resulta representativa la disposición del artículo 21.1 CADH: *“toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*.

En el espacio jurisdiccional interamericano, la Corte de derechos humanos ha pronunciado que el *“derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La*

*función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada...*¹³⁰.

En el ámbito nacional, el Pleno de la SCJN ha señalado que en el caso de la propiedad privada como derecho fundamental, la CF *“lo limita a su función social, toda vez que conforme al indicado artículo 27, el Estado puede imponer modalidades a la propiedad privada por causas de interés público o bien, podrá ser objeto de expropiación por causas de utilidad pública y, por tanto, es ella la que delimita el derecho de propiedad en aras del interés colectivo”*¹³¹.

Por lo que, el propietario del suelo tiene un dominio predefinido por la función social (interés público o el beneficio social); de ahí que –siguiendo a Rodríguez de Santiago- *“la función social delimita el contenido de la propiedad, pero no precisamente su contenido esencial”*¹³².

¹³⁰ Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, Sentencia, 6 de mayo de 2008, serie C, No. 179, párrafo 60.

¹³¹ Tesis P./J. 37/2006 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIII, marzo, 2006, p. 1481 (registro: 175498).

¹³² Rodríguez de Santiago, José María, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 177.

Resulta pacífica la vinculación que el dominio privado tiene con la función social del bien, de tal forma que el ámbito de dominio del particular conforma el contenido esencial de la propiedad privada, ya que, en la medida en que la función social lo admita el propietario del bien puede ejercer su dominio en el marco establecido por dicha función social.

Sin embargo, persiste la indefinición constitucional sobre el contenido del dominio privado, por lo que hay que recurrir a la CADH (artículo 21.1) que ofrece pautas para identificar el contenido del dominio del particular sobre el bien por medio del *“derecho al uso y goce de sus bienes”*, así como a la labor del legislador para definir dicho dominio.

En este último caso, se ha señalado que el dominio del particular sobre el bien consiste en *“gozar y disponer de ella”* (artículo 830 Código Civil federal) y las resoluciones judiciales de la primera Sala de la SCJN indican que el propietario tiene *“los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho de usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta...”*¹³³.

En resumen, derivado de las determinaciones convencionales, legales y jurisdiccionales, el dominio privado

¹³³ Tesis: 1a. XLI/2000 (9a.), primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre, 2000, p. 257 (registro: 190599).

consiste en usar, gozar y disponer de la cosa pero dicho dominio privado está delimitado por la función social, en el concreto caso del suelo, por las determinaciones urbanísticas dirigidas la ordenación urbana (función social).

Si el propietario tiene el dominio sobre el suelo (usar, gozar y disponer) y dicho dominio está delimitado por la función social, resulta evidentemente que la función social tiene diversas manifestaciones que inciden con diferente intensidad sobre el dominio del bien, pero que, en cualquier caso, para mantener la calidad de propietario debe permanecer las posibilidades de ejercer el dominio privado, en este caso, sobre el suelo, independientemente de la extensión impuesta por la función social.

Por ende, el contenido esencial de la propiedad privada radica en mantener el dominio bajo la titularidad del particular aunque configurado de diversas maneras de acuerdo a la función social de cada momento y materia. Dicho de otra manera, la función social de la propiedad delimita el alcance del dominio que se ejerce sobre la propiedad privada.

La protección del dominio sobre la propiedad también es reconocida por la CIDH, al indicar que las medidas estatales sobre la propiedad *“no constituye per se una violación del derecho de propiedad si se tiene en cuenta que*

*no significa un traslado de la titularidad del derecho de dominio*¹³⁴.

Por tanto, en el caso de que la función social requiera de la anulación de alguno de los elementos que conforman el dominio sobre la propiedad privada se estará traspasando el límite del núcleo esencial de la propiedad privada porque perdería sus elementos más importantes que la diferencian y distinguen (usar, gozar y disponer).

Siguiendo el diseño constitucional, convencional y legal mexicanos, el concepto jurídico de propiedad privada no tiene cabida ni forma sin el correspondiente despliegue de dominio del particular sobre el bien preconfigurado por su función social.

Resulta constitucionalmente admisible la delimitación o definición de la propiedad privada siempre que dicha delimitación se mantenga dentro del margen del contenido esencial (usar, gozar y disponer), ya que, de lo contrario, una acción del Estado que incida en la anulación o vaciamiento de contenido del dominio del particular implica necesariamente la trasgresión al contenido esencial de la propiedad privada y, por ende, la pérdida de las cualidades de propietario.

¹³⁴ Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, Sentencia, de 21 de noviembre de 2007, serie C, no. 170, párrafo 187.

De ahí que, desde un particular punto de vista, la primera Sala de la SCJN se excede en la delimitación del contenido esencial de la propiedad privada cuando admite admitir la “*supresión*”¹³⁵ de alguno de los derechos que integran el dominio privado sobre la cosa, traspasando el límite impuesto en la séptima época que admitió únicamente como limitación del derecho de propiedad aquéllos que “*consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho*”¹³⁶.

La propiedad privada requiere conservar el dominio de su propietario sobre el bien aunque la extensión de las facultades demaniales del particular se encuentren delimitadas o configuradas en mayor o menor extensión por la función social.

En el caso del ámbito urbanístico, la vocación del suelo (usos) de los particulares de ninguna manera queda a la definición de su propietario sino que el dominio que éste

¹³⁵ Tesis: 1a.XLI/2000 (9ª.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre, 2000, p. 257 (registro: 190599).

¹³⁶ Jurisprudencia, Pleno, séptima época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 157-162, 1ª. parte, p. 315 (registro: 232486).

ejerce está configurado o delimitado por las determinaciones urbanísticas derivadas de la función social establecidas por el Estad al tratarse de un bien no renovable, limitado y escaso (de ahí su protección constitucional¹³⁷).

En el concreto ámbito urbanístico la función social de la propiedad privada prevista en el párrafo tercero del artículo 27 CF tiene diversos alcances sobre el objeto (suelo) como del sujeto (propietario). En este sentido, derivan limitaciones de contenido negativo sobre el suelo en el que las normas jurídicas prohíben determinados usos del inmueble (construir determinadas edificaciones o de alteración de un diseño arquitectónico determinado, entre muchas otras). Pero a su vez, también comprenden deberes o cargas de contenido positivo para destinar el suelo a determinados usos (por ejemplo, la imposición de deberes para obtener el aprovechamiento urbanístico determinado a través de la habilitación administrativa de uso del suelo, deber de conservar el bien sujeto a protección histórica o la obligación de responder a la urbanización en el caso de fraccionamientos, entre muchos otros).

Por ende, el propietario no puede usar, gozar y disponer del suelo sin límite sino en la medida en que sea

¹³⁷ Ver, artículo 27 párrafo tercero CF.

compatible con la delimitación urbanística hecha por el Estado (uso), ya que dicha delimitación define con precisión los contornos del dominio del particular¹³⁸.

Nada más lejos de la realidad constitucional mexicana el hecho de que un propietario pretenda dar a su predio el uso urbanístico que desee ya que no encuentra respaldo constitucional ni convencional alguno, por el contrario, cada porción del suelo de propiedad particular está delimitada o definida urbanísticamente por las normas jurídicas (leyes, reglamentos, planes o programas de ordenación urbana); a partir de dichas definiciones, ahora sí, el propietario puede ejercer el dominio (usar, gozar y disponer) sobre el predio.

En caso de que el dominio del particular resulte incompatible con las necesidades públicas, el dominio privado cede frente al interés público que debe prevalecer.

Por otro lado, puede suceder que el Estado lleve a cabo la anulación, supresión o vaciamiento del dominio del particular sobre el suelo eliminando las características que conforman el núcleo esencial de la propiedad privada desconfigurando la imagen preestablecida por la CF y la CADH.

¹³⁸ Resulta preceptivo indicar que también los bienes inmuebles del dominio público están configurados por las determinaciones urbanísticas (zonificación y destino) derivadas de la vigente LGAH.

En este caso, la CF (artículo 27 párrafo segundo) que la expropiación implica que la propiedad privada desaparece o se extingue debido a que se actualiza la justificación por la causa de utilidad pública, lo que implica la desaparición del núcleo esencial de la propiedad privada y genera una afectación al particular que debe ser indemnizada.

De ahí que, el dominio del particular sobre el bien se transforma en un equivalente económico (excepcionalmente en especie) como indemnización por el menoscabo al particular.

En consecuencia, el contenido esencial de la propiedad privada se trastoca en el caso en que el Estado anule o imposibilite el ejercicio del dominio del particular sobre el suelo, de tal manera que dicho dominio se anula y el significado de la propiedad privada queda vacío de contenido, lo que significa una privación o extralimitación.

Precisamente, la función social de la propiedad privada puede llevar al grado de anular dicha propiedad para trasladar su dominio nuevamente al Estado.

En consecuencia, la expropiación significa que el particular pierde los atributos del propietario (dominio) y para revertir la transmisión hecha por el Estado según el párrafo primero del artículo 27 CF.

4.3 Reserva de ley para la configuración de la propiedad privada

Una vez llevada a cabo la verificación de la propiedad privada como derecho fundamental, sus límites y correspondiente delimitación del contenido esencial, resulta necesario abordar el papel de la ley en la configuración de la propiedad en general y de su alcance en el sistema urbanístico, en especial.

Como se ha dejado apuntado, por un lado la CADH *subordina* la propiedad privada al *interés social* configurado por *ley* (artículo 21.1) por el otro, el Código Civil federal establece que la propiedad privada tiene “*limitaciones y modalidades que dicten las leyes*” (artículo 830 y artículo 825 de la codificación civil de Chiapas), de tal manera, que la propiedad privada está constitucionalmente y convencionalmente reconocida como derecho fundamental que –como otros derechos fundamentales- requiere inevitablemente de la intervención normativa del legislador para complementar las determinaciones constitucionales.

Por tanto, corresponde a la ley configurar el alcance de la propiedad privada y la subordinación que ésta puede tener para lograr su adecuada realización en el mundo jurídico y, especialmente, la intensidad de la intervención estatal.

En este sentido, la ley es el instrumento normativo que configura, subordina o delimita los derechos fundamentales pero dicha posibilidad configuradora de la ley no resulta abierta sino más bien, la acción legislativa gira en torno a la necesidad de *i)* asegurar la existencia efectiva del derecho fundamental sujeto a legislación y *ii)* garantizar la existencia o desenvolvimiento de otros derechos fundamentales, valores, fines o principios constitucionalmente protegidos.

Al respecto, adquiere relevancia el sentido de las previsiones constitucionales del párrafo segundo y tercero del artículo 27 sobre la regulación de la propiedad privada vinculada a la utilidad pública, el interés público o el beneficio social.

Desde el plano jurisdiccional, se ha dicho que los derechos fundamentales -en general- *“cuando cobran vigencia y se aplican, existe una serie de normas que establecen complementos, excepciones y reglamentaciones para mejorar su eficacia y hacerlos compatibles con otros derechos y bienes públicos, y que definen su existencia jurídica y contenidos concretos”*¹³⁹.

La intervención legislativa para complementar la previsión constitucional de la propiedad privada es

¹³⁹ Tesis: I.4o.A.19 K (10a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, libro XXII, t. 2, julio, 2013, p. 1386 (registro: 2003972).

considerada en si misma una garantía adicional de protección ya que posiciona al órgano legislativo como el punto de partida de la regulación sobre la propiedad privada.

La fortaleza radica en la configuración del órgano legislativo (Congreso) en el que el principio democrático permite la representación de las mayorías y minorías legislativas para determinar a través de un procedimiento legislativo diseñado en el propio texto constitucional federal (artículos 71 y 72) el contenido y la forma de la regulación (ley).

Por ende, adquiere especial relevancia el control judicial sobre la actuación legislativa para verificar la adecuación de la ley al sentido de propiedad privada del que parten la Constitución y la Convención y, en su caso, tener el poder jurídico de los jueces para revertir del exceso o insuficiencia de la ley para garantizar la realización del derecho fundamental a la propiedad privada.

4.3.1 Nación como legislador federal y estatal según las resoluciones judiciales

Un apunte que resulta preceptivo llevar a cabo radica en precisar el órgano estatal con potestad normativa para llevar a cabo la complementación del derecho fundamental de la propiedad privada.

A diferencia de otros modelos comparados, el Derecho constitucional mexicano establece que la *“nación tendrá en todo el tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público...”*, dicha previsión requirió la intervención de la SCJN para precisar el concepto de “nación” del que parte el artículo 27 constitucional.

El concepto nación tiene muchas aristas que generan un alto grado de indeterminación sobre la intervención sobre la propiedad privada, ¿qué debía entenderse como nación a efectos de la imposición de modalidades a la propiedad privada?

En un inicio, los tribunales federales entendían que el concepto de nación señalado en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional sólo se refería a los órganos federales, ya que, *“para que pudiera considerarse que las Legislaturas de los Estados están capacitadas para imponer modalidades a la propiedad privada, se requería que la Carta Fundamental no hubiera expresamente concedido dicha facultad a los Poderes Federales [...] No puede estimarse que el término “Nación” para los efectos de la disposición constitucional citada, debe entenderse en un sentido que comprenda a las entidades federativas, por que el tecnicismo del derecho público y dentro de la terminología que usa la Constitución*

Federal, por “Nación” solamente puede entenderse a la Federación, cuyo órgano genuino es el Gobierno Federal...”¹⁴⁰.

No obstante, la tendencia judicial terminó por admitir que el término nación del párrafo tercero del artículo 27 CF iba mucho más allá de la Federación y extendía su referencia a las Entidades federativas que de acuerdo con el sistema de distribución competencial también tienen atribuciones en materia de propiedad privada.

Al respecto, la primera Sala de la SCJN indicó que *“si bien es cierto que el congreso de la unión está facultado legalmente para imponer las modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden*

¹⁴⁰ Segunda Sala, quinta época, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLV, p. 5453 (registro: 335438).

provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio lex rei sitae, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. Así, al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un

impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público”¹⁴¹.

En resumen, en el actual sistema constitucional mexicano, la atribución para imponer modalidades y para realizar expropiaciones recae en el órgano legislativo (Congreso) tanto en la Federación como en cada una de las Entidades federativas y el Distrito federal.

Debo aclarar que existe un caso determinado en los artículos 29 y 49 CF para que el Presidente de la República pueda emitir normas con rango de ley en casos de excepcionales. En este caso, se trata de una posibilidad de suspender el derecho fundamental de propiedad privada, pero dicha suspensión únicamente puede realizarse de manera excepcional, temporal y no puede ser una ley singular o de caso concreto. Evidentemente, en este caso, no implica de manera alguna la imposición de modalidades a la propiedad privada sino la suspensión del derecho mismo, es decir, la suspensión temporal y excepcional del contenido esencial de la propiedad privada.

¹⁴¹ Tesis: 1a. XLII/2000 (9a.), primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre, 2000, p. 256 (registro: 190598).

4.3.2 Reserva de ley relativa en el ámbito urbanístico

La reserva de ley como elemento vertebral del principio de legalidad de la actuación Administrativa tiene especial relevancia en el ámbito de la propiedad privada y el urbanismo.

En esencia, la reserva de ley implica que la Constitución ha determinado que ciertos asuntos deberán estar regulados o normativizados mediante norma jurídica en forma de ley, como el caso de los derechos fundamentales y la organización administrativa, entre otros.

En el ámbito jurisdiccional, la reserva de ley consiste en que *“determinadas cuestiones deben estar respaldadas por la ley o que ésta es el único instrumento idóneo para regular su funcionamiento...”*¹⁴².

Aunque en la CF existen varias reservas, es posible diferenciar la reserva de ley absoluta que constriñe la regulación de un asunto únicamente mediante una norma jurídica en forma de ley, por ejemplo el caso de las leyes penales del párrafo segundo del artículo 14 CF.

La mayor parte de las reservas de ley en la CF se consideran de tipo relativo ya que la misma Constitución determina que un asunto debe ser regulado en primer lugar

¹⁴² Tesis: I.150.A.83 A (9a.), T.C.C., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVI, septiembre, 2007, p. 2542 (registro: 171438).

por una ley a partir de la cual podrán derivar otras normas jurídicas infralegales, por ejemplo el planeamiento urbanístico¹⁴³.

En el sistema constitucional mexicano, la facultad legislativa del Estado para subordinar o delimitar a la propiedad privada se posiciona dentro de la reserva de ley relativa que permite la posterior incorporación de normas jurídicas infralegales.

La reserva de ley¹⁴⁴ opera como un límite al Poder ejecutivo (Gobierno y Administración) para constreñir los aspectos básicos de la regulación, además, también vincula a los órganos jurisdiccionales ya que funciona como una garantía para limitar al máximo su ámbito de decisión, ya que no pueden invocar *per se* la función social para un determinado caso.

¹⁴³ Simplemente para dejar apuntado que en la CF también existen reservas constitucionales a favor de norma del Derecho internacional (artículo 42, fracciones V y VI CF) y del reglamento en materia de aguas (artículo 27 párrafo quinto CF) resultan evidentemente inaplicables para el tema y son excepcionales en la teoría constitucional mexicana.

¹⁴⁴ Como menciona Ariño, “sin respeto a la ley, no puede subsistir la propiedad, ni el mercado, ni la libertad. Cuando no hay ley y orden- y un sistema judicial capaz de hacerla efectiva- la única libertad es la del navajero o estafador”. Ariño Ortiz, Gaspar, *op. cit.*, p. 156.

Si bien es cierto que el derecho de propiedad está conformado por la utilidad individual y su función social, y que sobre ella opera la reserva de ley, entonces, recae en el poder Legislativo llevar a cabo el alcance de la propiedad privada.

Por lo que aquí interesa, una de las determinaciones más representativas del constitucionalismo se refiere a lo que doctrinalmente se conoce como reserva de ley en materia de derechos fundamentales que implica “la regulación de determinados derechos fundamentales sólo está permitida, de manera parcialmente limitada, “por ley” o “en base a una ley”¹⁴⁵.

La razón resulta evidente, ya que no se trata sólo del cumplimiento del canon constitucional y convencional, sino que, además, la reserva de ley se refiere a la participación legislativa en asuntos esenciales como los derechos fundamentales. De esta manera, el legislador tiene posibilidades de mantener la realización del derecho fundamental, en este caso a la propiedad privada, pero a su vez, concretizar la función social de la propiedad conforme dicta el interés público de acuerdo a los artículos 27, párrafo tercero CF (*“imponer a la propiedad privada las modalidades*

¹⁴⁵ Maurer, Hartmut, *op. cit.*, p. 150.

que dicte el interés público...) y 21.1 CADH (*“La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*).

A partir de la legislación se habilitará al poder Ejecutivo para que pueda intervenir o precisar el ámbito que corresponde a la propiedad privada, por ejemplo en la determinación de los usos del suelo. Por tanto, esta intervención administrativa deberá tener respaldo legal que habilite para actuar conforme la misma legislación indica.

Precisamente, la CF y la CADH en materia de propiedad privada determinan la reserva de ley, por lo que ahora interesa, dicha reserva en materia de propiedad privada implica que el legislador (federal o estatal) tiene el deber constitucional de subordinar a la propiedad privada mediante la aprobación de ley conforme al procedimiento legislativo regulado por la misma CF. De ahí que el canon constitucional impide que sea la Administración pública la que pueda llevar a cabo la regulación directa de la propiedad por interés público que, en consecuencia, sólo puede estar predeterminada en una ley.

A su vez, la reserva de ley sobre la propiedad privada implica que el mismo legislador tiene un mandato constitucional expreso para diseñar la regulación esencial que incide sobre el derecho fundamental y que,

evidentemente, no puede dejar en manos de las normas del poder Ejecutivo.

Además, destaca otro punto de reforzamiento a la reserva de ley en la medida en que la fortaleza de la legitimidad democrática derivada de la representación política en los Congresos pueda determinar la aprobación de una ley que impacte sobre los derechos fundamentales, de tal manera que las cuestiones relativas a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos “depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y de sus productos normativos propios, que con los reglamentos”¹⁴⁶.

Esta determinación constitucional fortalece la protección de los derechos fundamentales para que sea el legislador a través de un procedimiento constitucionalmente establecido el que subordina o delimita dichos derechos.

Por ende, como señala la CF, el Estado mexicano puede regular el ámbito de derechos fundamentales como el de propiedad privada siempre que dicha regulación se lleve a cabo en principio mediante una ley emitida por el Congreso

¹⁴⁶ Menéndez Rexach, Ángel, “Ley y reglamento en España”, *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, Rosado Pacheco, Santiago (coord.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 97 y 98.

aunque posteriormente pueda quedar abierta la posibilidad de una regulación infralegal (reglamentaria) por parte del poder Ejecutivo.

La reserva de ley adquiere especial relevancia en el caso de los derechos fundamentales en general y de la propiedad privada en particular, esto se debe a que si la subordinación o configuración de la propiedad privada está sujeta al interés público como impone la CF, debe ser la ley la que delimite el ámbito de lo que corresponde al interés público, dejar a salvo el ámbito que corresponde al propietario del suelo y establecer el alcance y los medios de intervención administrativa sobre la propiedad privada.

Precisamente aquí incide nuevamente el contenido esencial de la propiedad privada, ya que dicho contenido está precondicionado por su función social y el interés público determinado ahora por la ley, pero sin que dicho interés incida de tal manera que termine por desconfigurar el contenido esencial de la propiedad privada lo que implicaría, entonces, la ruptura de la concepción de propiedad privada establecida por la Constitución.

Al respecto resulta representativa la evolución sobre la reserva de ley en materia de propiedad privada que presenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En el caso de la Comunidad indígena Yakye vs. Paraguay, en el que se disputaba el derecho de propiedad (comunal y privada), la misma Corte regional exigió que *“las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley...”*¹⁴⁷.

Esta misma concepción se refleja en la sentencia, de 28 de noviembre de 2007, que precisa que *“el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley...”*¹⁴⁸.

Pero más tarde, 2008, la CIDH, flexibilizó la reserva de ley en materia de propiedad privada para establecer *“que no es necesarios que toda causa de privación o restricción al derecho de propiedad esté señalado en la ley, sino que es preciso que esa ley y su aplicación respeten el contenido esencial del derecho a la propiedad privada”*¹⁴⁹.

Más recientemente, la CIDH señala que *“resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es*

¹⁴⁷ Caso Comunidad indígena Yakye Vs. Paraguay, Sentencia, de 17 de junio de 2005, Serie C, No. 125, párrafo. 144.

¹⁴⁸ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname, Sentencia, de 28 de noviembre de 2007, serie C, no. 172, párrafo 127, entro otros casos.

¹⁴⁹ Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, Sentencia, de 6 de mayo de 2008, serie C, No. 179, párrafo 65.

*absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada...*¹⁵⁰.

Por ende, se confirma que la reserva de ley en materia de propiedad privada exige al legislador la regulación de los elementos mínimos (contenido esencial) de la propiedad privada para que sea respetado en la posterior regulación infralegal, esto conlleva a que la reserva de ley sobre la propiedad privada en materia urbanística no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí “que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley”¹⁵¹.

Cabe recordar que el mismo párrafo tercero del artículo 27 CF establece un amplio conjunto de fines públicos que debe cumplir la propiedad privada en materia urbanística, por lo que, para su adecuado cumplimiento resulta necesaria la remisión legislativa al reglamento debido a la alta complejidad técnica que conlleva la ordenación urbanística.

¹⁵⁰ Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Sentencia, de 31 de agosto de 2012, serie C, No. 246, párrafo, 220.

¹⁵¹ Menéndez Rexach, Ángel, *op. cit.*, p. 98.

Una vez que se ha producido la norma legislativa entonces se producen dos cuestiones esenciales del mecanismo de reserva de ley y las finalidades urbanísticas.

Por un lado, la sólida concepción de la facultad o potestad reglamentaria del poder Ejecutivo (artículos 89, fracción I y 92 CF) para desarrollar las disposiciones de la ley, lo que deriva en dos cuestiones esenciales, i) no puede existir un reglamento sin la existencia previa de la correspondiente ley, como ii) tampoco puede haber reglamento contra las disposiciones de la ley (primacía de ley).

En este caso, tanto el Presidente de la República como los Gobernadores de las Entidades federativas pueden ejercer sus potestad reglamentaria en la materia urbanística una vez que el Congreso ha emitido la correspondiente ley (ley+reglamento).

Por el otro lado, se encuentra el caso especial de las normas jurídicas municipales que no responden a la idea de división de poderes sino al principio de autonomía municipal.

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha indicado que *“al preverse que los Ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las Legislaturas de los Estados, bando de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones*

administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal, se buscó fortalecer un equilibrio competencial en el que prevaleciera la regla de que un nivel de autoridad no tiene facultades mayores o más importantes que el otro, sino un esquema en el que cada uno tenga las atribuciones que constitucionalmente le corresponden; de manera que al Estado compete sentar las bases general a fin de que exista similitud en los aspectos fundamentales en todos sus Municipios, y a éstos corresponde dictar sus normas específicas, dentro de su jurisdicción, sin contradecir esas bases generales”¹⁵².

Además, no hay que olvidar que el Urbanismo se trata de una materia sobre la que se ejercen facultades concurrentes (artículo 73, fracción XXIX-C) de la Federación, Entidades federativas y Municipios.

Al tratarse de una materia con facultades concurrentes entonces el ámbito de regulación municipal se estrecha al estar directamente vinculada a la legislación de bases que emite el Congreso de la Unión y, posteriormente, por la ley de

¹⁵² Jurisprudencia: P./J. 133/2005 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXII, octubre, 2005, p. 2068 (registro: 176948).

desarrollo que emiten los Congresos estatales. De tal manera que, en este concreto caso, la facultad normativa municipal se acerca mucho a la relación entre la ley del Congreso y el correspondiente reglamento del poder Ejecutivo.

Como se mencionó en párrafos anteriores, el legislador puede delimitar la propiedad (en todos sus tipos) en virtud de la “función social”. Sin embargo, esta delimitación no puede llegar al extremo que haga prácticamente imposible el ejercicio del propio derecho (vertiente individual), es decir, que dicha delimitación legal afecte el contenido esencial de la institución, haciéndola inoperante e inaplicable, es decir, a diferencia de lo que afirma la SCJN¹⁵³, no caben modalidades a la propiedad privada que puedan nulificar o extinguir a la misma.

En consecuencia, la ley debe dejar a los Municipios un espacio suficiente de regulación para que los Ayuntamientos tengan posibilidades de determinar los alcances de la ley.

¹⁵³ Como se indicó, la SCJN precisa que *“la imposición de modalidades a la propiedad privada se traduce necesariamente en la supresión o en la limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consustanciales a ella, como lo son el derecho a usar la cosa, el de disfrutar de la misma y el de disponer de ésta...”*. Tesis: P. IX/98 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. VII, febrero, 1998, p. 42 (registro: 190599).

Una vez llegado a este punto, adquiere especial relevancia analizar la construcción legal sobre la propiedad privada en el Urbanismo.

El primer punto radica en determinar que la ley concretiza el interés público urbanístico constitucionalmente prevaleciente sobre la propiedad privada.

4.3.3 Reserva de ley en materia urbanística

Como se ha expuesto, la propiedad privada está subordinada a determinaciones o limitaciones legales con el objetivo de proteger o promover el interés público.

Precisamente, este diseño constitucional, la reserva de ley exige que la posibilidad de determinaciones o limitaciones a la propiedad privada estén previstas en una ley (norma jurídica producto del poder legislativo conforme a un proceso legislativo especial constitucionalmente previsto), especialmente, si se entiende que el objeto de la ley será –en este caso- un derecho fundamental.

En el concreto caso del Urbanismo resulta evidente que las leyes (federal y estatal) prevén que la propiedad privada estará sujeta a límites y condiciones en su disposición de acuerdo con los usos y destinos que determinen los programas de desarrollo urbano que –en términos generales- diseñan y aprueban las Administraciones

públicas (federal, estatal y municipal). De ahí que, a partir de las previsiones de ley, la Administración urbanística determina o precisa la calificación del suelo a través de una norma reglamentaria denominada programa de desarrollo urbano.

Como fácilmente se deduce, la concreta limitación a la propiedad privada no proviene en esencia de una ley sino que a partir de dicha ley las normas infralegales son las que precisan el alcance y formas de limitación a la propiedad privada, en este caso, en el ámbito urbanístico (reserva relativa).

Al respecto, los tribunales federales han interpretado que *“para considerar válidas las restricciones o la suspensión de derechos, son: a) que se establezcan en una ley formal y material (principio de reserva de ley) dictada en razón del interés general o público, en aras de garantizar los diversos derechos de igualdad y seguridad jurídica (requisitos formales)...”*¹⁵⁴.

De ahí que, a partir de las determinaciones de las dos leyes urbanísticas (federal y estatal) las Administraciones públicas ejercen sus facultades de intervención sobre el

¹⁵⁴ Tesis: 1a. CCXV/2013 (10a.), primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XXII, t. 1, julio, 2013, p. 557 (registro: 2003975).

alcance de la propiedad del suelo al determinar los usos y destinos a que se puede dedicar.

En otro grado, la reserva de ley (relativa) que hacen la CF y CADH evitan –a *priori*- que el órgano administrativo pueda exceder su capacidad de intervención sobre la propiedad privada. De tal manera que, aunque el legislador puede dejar un espacio de regulación infralegal (reglamento) dicho espacio también debe encontrar respaldo legal para su desarrollo normativo por parte de la Administración pública competente.

La regulación de la propiedad privada prevista en el artículo 27 CF no hace referencia alguna sobre la presencia de ley como instrumento normativo primigenio que deba atender los asuntos relativos, en primer lugar, a la expropiación y, en segundo lugar, a las modalidades.

La mención constitucional del artículo 27 refiere que las “expropiaciones” deben realizarse cuando se actualice la “*causa de utilidad pública y mediante “indemnización”* por el daño justificado que provoca el Estado.

Sin embargo, no exige que dicha regulación de la figura expropiatoria deba necesariamente estar prevista en una ley. Dicha exigencia, como se ha destacado, viene impuesta en primer lugar por la doctrina jurisprudencial de los Tribunales

federales¹⁵⁵ que han traído a dicho ámbito la regulación legal (*estricto sensu*) de los derechos fundamentales; en segundo lugar, por una interpretación adicional que la CIDH hace del artículo 21.1 y .2 de la propia Convención Americana de los Derechos Humanos sobre la expresa previsión legal para afectar la propiedad privada y, finalmente, por la herencia regulativa del Código civil que prevé el dominio del propietario conforme “*fijen las leyes*” (artículo 830 CCF).

Mientras que para el caso de las modalidades la cuestión tiene diversos aristas. En términos generales, el párrafo tercero del artículo 27 CF señala que la “Nación” podrá imponer modalidades a la propiedad privada conforme venga exigido por el interés público y con la finalidad de regulación en beneficio social. Por lo que, nuevamente, por vía de la interpretación de los Tribunales federales han inclinado la doctrina para aplicar también la reserva de ley en materia de modalidades a la propiedad privada y su función social.

Aunque en el texto constitucional, la única referencia expresa a la ley como instrumento de regulación de las modalidades se refiere a la ley reglamentaria de la propiedad

¹⁵⁵ Especialmente, Tesis: 1a.XLII/2000 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre, 2000, p. 257 (registro: 190599).

ejidal para la correspondiente “organización y explotación” rural¹⁵⁶.

Los tribunales federales utilizan el párrafo segundo del artículo 14 CF (principio de legalidad) para sostener la necesidad de ley (reserva de ley) en el caso de privación de la propiedad privada como sería precisamente en el caso de la expropiación (*“nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos [...] conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”*). Dicha utilización también tiene reflejo en la doctrina de la SCJN sobre la formalidades del procedimiento que *“se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia”*¹⁵⁷.

Ahora bien, aunque los Tribunales federales y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos lo intenten, en el

¹⁵⁶ Se refiere a la Ley Agraria, de 26 de febrero de 1992. Última reforma DOF de, 9 de abril de 2012.

¹⁵⁷ Jurisprudencia: P./J. 47/95 (9a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. II, diciembre, 1995, p. 133 (registro: 200234).

concreto caso de las modalidades derivadas de la ordenación urbanística resulta una inevitable flexibilización de la reserva de ley exigida judicialmente, ya que, resulta evidente que desde la primera legislación urbana en México (LGAH73) hasta la fecha las leyes (federal y estatal) aplicables no tienen posibilidad real de llevar a cabo la normación de la materia y, dejan un amplio margen de regulación por la vía infralegal, sea por medio de reglamentos urbanísticos o por medio de los instrumentos de planeamiento urbanísticos municipal que gozan de el estatus de norma jurídica reglamentaria.

De ahí que, en el ámbito urbanístico, la reserva de ley esté claramente debilitada o relativizada y, en esa misma medida, encuentra fortalecimiento para que mediante normas infralegales se lleve a cabo la concreta imposición de las modalidades urbanísticas que dicta el interés público.

En este orden de ideas, precisamente el repertorio de instrumentos de planeamiento previstos en la legislación urbanística remiten la mayor carga de regulación o precisión normativa a los instrumentos municipales de planeamiento y del amplio margen normativo del que gozan los Municipios respaldados por su ámbito de autonomía constitucionalmente garantizado.

De ahí que, la pretendida exigencia de reserva de ley impuesta por los Tribunales resulta una ficción normativa ante la imposibilidad de llevar la concreta calificación de usos y destinos del suelo al espacio de la ley. En definitiva, queda en manos de las autoridades administrativas diseñar el modelo urbanístico y, de ahí, llevar a cabo la norma-plan que impondrá modalidades urbanísticas a la propiedad privada.

Por tanto, ante esta contundente realidad normativa, desde mi perspectiva, resulta coherente determinar que la legislación urbanística únicamente tiene posibilidades de introducir elementos o criterios generales o básicos que sirvan de referencia a las autoridades urbanísticas encargadas del modelo urbanístico para reducir en cierta medida el margen de discrecionalidad del que gozan para imponer modalidades. Asimismo, la contundente necesidad de que las modalidades a la propiedad privada vengan indefectiblemente previstas en una “norma jurídica” previa independientemente de la escala en la que se encuentren.

De ahí que adquieran especial relevancia la exigencia a la proporcionalidad de la intervención administrativa y la indispensable necesidad de ponderación en la imposición de modalidades a la propiedad privada como instrumentos para elevar la exigencia a la actuación administrativa y reducir el espacio de discrecionalidad.

Finalmente, una consideración esencial para entender la magnitud de las determinaciones urbanísticas sobre la propiedad del suelo se refiere a la delimitación y la limitación de derechos.

Aunque en muchas ocasiones resulta muy delgada la línea que divide ambos conceptos, se puede precisar que la delimitación forma parte intrínseca del derecho, ya que, ningún derecho es ilimitado, sino que están delimitados necesariamente por otros derechos o por principios constitucionales derivados del interés público.

En cambio, la limitación del derecho se entiende como una restricción ajena al derecho que incide negativamente en el mismo.

En el concreto caso de las determinaciones urbanísticas, estamos en presencia de delimitación ya que deriva precisamente el interés público predeterminado en el mismo artículo 27 CF y a partir de dicha delimitación se configura el contenido del derecho de propiedad urbana.

4.4 Configuración del contenido de la propiedad del suelo a partir del planeamiento urbanístico

Una vez definido el alcance del dominio sobre la propiedad privada (usar, gozar y disponer), el *quid questionis* radica en configurar el contenido del derecho de propiedad

privada del suelo derivado de las determinaciones urbanísticas (propiedad urbana).

El contenido del dominio de la propiedad urbana no se encuentra a la libre decisión por parte del propietario -sea público o privado- ya que, por un lado, no encuentra sustento constitucional y, por el otro, arriesgaría el cumplimiento del interés público al que está constitucionalmente vinculado; por el contrario, el contenido de las formas de dominio del suelo (usar, gozar y disponer) está delimitado por las leyes urbanísticas aplicables conforme la delimitación convencional.

El canon constitucional del artículo 27 párrafo tercero, sobre las modalidades a la propiedad privada se justifican por el *“interés público”* y el *“beneficio social”*, de ahí que, la forma de ejercer el dominio sobre el suelo está directamente vinculada por la función social al tratarse de un elemento natural susceptible de apropiación.

En el concreto caso de la materia urbanística, la propiedad del suelo encuentra amplio margen de configuración de su contenido ante la necesidad de *“regular en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación [...] se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservar y*

destinos de tierras [...] a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...”.

Por lo que, si constitucionalmente la propiedad urbana está vinculada al interés público y, de acuerdo con la CADH y el CCf, el ámbito de dominio sobre el suelo se remite a la ley, resulta evidente que el propietario del suelo no tiene facultades para determinar el contenido del dominio que desee llevar a cabo sino que dicho contenido está configurado, en principio por las leyes urbanísticas (federal y estatales) y, en segundo lugar, por los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Acorde con esta idea sistematizadora, el artículo 4 LGAH *“considera de interés público y de beneficio social la determinación de provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población contenida en los planes o programas de desarrollo urbano”*, así como el artículo 27 de la misma ley de bases delimita que *“el ejercicio del derecho de propiedad, de posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en dichos centros, se sujetará a las provisiones, reservas, usos y destinos que determinen las autoridades competentes, en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables”*.

En definitiva, el propietario ejerce el dominio sobre el suelo (usar, gozar y disponer) a partir de las posibilidades urbanísticas determinadas en los instrumentos de planeamiento; esto se debe a que, en el caso de la propiedad urbana, no existe posibilidad de autoconfiguración del contenido del dominio sobre el predio porque las facultades para configurar el contenido del uso de la propiedad urbana no forman parte del dominio del propietario sino que corresponden en exclusiva a las autoridades, especialmente, municipales¹⁵⁸.

Para dejarlo planteado en términos más precisos, las posibilidades jurídicas de aprovechar urbanísticamente en un predio (como fraccionar o construir) no forman parte del contenido esencial de la propiedad privada, por lo que, el propietario no goza de libertad para usar el suelo sino que las posibilidades urbanísticas del predio están determinadas por los instrumentos de planeamiento urbanístico a partir de las cuales entonces el propietario deberá obtener la habilitación administrativa¹⁵⁹ correspondiente para poder aprovechar urbanísticamente el predio y ejercer su dominio (usar, gozar y disponer).

¹⁵⁸ Ver, artículo 27, párrafo tercero y artículo 6 LGAH.

¹⁵⁹ Los instrumentos administrativos más comunes son licencia, permiso o autorización.

Esta forma de propiedad privada está sustentada precisamente en la función social, en este caso, urbana, que debe compatibilizar el derecho de propiedad urbana con la estructura y modelo de cada centro de población determinado en el instrumento de planeamiento urbanístico aplicable para materializar su desarrollo ordenado y sustentable. De lo contrario, ningún sentido tendría diseñar un modelo urbanístico determinado para prever el desarrollo de un centro de población si cada propietario tuviera posibilidades jurídicas de usar el predio a su entera conveniencia y antojo.

Cabe señalar que aunque la LGAH prevé una serie de instrumentos de planeamiento urbanístico (nacional, estatal, zona conurbada, municipal, centro de población y especiales) la exposición se centrará en los dos instrumentos de planeamiento urbanístico que se generan en los Municipios (plan municipal de desarrollo urbano y programa de desarrollo urbano de centro de población)¹⁶⁰, ya que resultan los instrumentos de planeamiento urbanístico que concretan el contenido de la propiedad urbana mediante la “zonificación”¹⁶¹.

¹⁶⁰ Ver, artículos 12, fracciones IV y V LGAH.

¹⁶¹ De acuerdo con la LGAH, zonificación es “la determinación de las áreas que integran y delimitan un centro de población; sus aprovechamientos predominantes y las reservas, usos y destinos, así

En el concreto caso de la propiedad urbana (suelo) el contenido del dominio (uso) será determinado por las leyes e instrumentos de planeamiento urbanístico.

Ahora bien, si el contenido urbanístico de la propiedad del suelo está definido por los instrumentos de planeamiento previstos por las leyes, resulta esencial, entonces la vinculación del propietario del suelo con dicho instrumento de planeamiento.

4.4.1 Derecho a participar en la transformación del suelo

A partir de la premisa de que el contenido de la propiedad urbana está determinado por los instrumentos de planeamiento urbanístico municipales, ¿qué posibilidades jurídicas tiene el propietario para generar el aprovechamiento urbanístico de su predio?

La formulación y aprobación de los planes de desarrollo urbano (especialmente municipales) son una atribución legal de las autoridades urbanísticas, es decir, el urbanismo es una materia o asunto de competencia estatal o pública.

Al respecto cabe recordar la disposición constitucional federal del artículo 115, fracción V que determina que los

como la delimitación de las áreas de conservación, mejoramiento y crecimiento del mismo”, artículo 2, fracción XXI.

Municipios están autorizados por la misma CF para formular, aprobar y modificar sus respectivos instrumentos de planeamiento urbanístico¹⁶².

No obstante, la intervención del particular en los procesos de aprovechamiento urbanístico del suelo que busca cada propietario especialmente relevante en una economía abierta y con amplias posibilidades de patrimonialización así como cualquier particular que habite la ciudad por los intereses difusos que tiene para vivir en un entorno urbano ordenado y sustentable.

Cabe recordar que el paso de la LGAH76 a la vigente LGAH tuvo en este concreto caso potenciar la participación privada en los procesos de desarrollo urbano que, hasta entonces, correspondían –al menos- legalmente a las autoridades.

La planeación urbana y su ejecución –señalaba la LGAH76- corresponde a la Administración pública, de tal manera, que la legislación de la época desplazaba al particular de la dinámica urbanística y pretendía que el desarrollo urbano (planeamiento y ejecución) se llevara a cabo sólo mediante las autoridades urbanísticas.

¹⁶² En este mismo sentido el artículo 9, fracción I LGAH.

Precisamente, la vigente LGAH busca abrir el ámbito de participación privada en los procesos de desarrollo urbano (planeamiento y ejecución) así como en la vigilancia de su cumplimiento.

Por lo que ahora interesa, si bien se ha señalado que la configuración de la propiedad urbana está determinada por los instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados en exclusiva por las autoridades municipales, especialmente. También se produce un espacio para la participación de los particulares en el proceso de planeamiento y, en consecuencia, en la ejecución del mismo.

Al respecto, la LGAH precisa que la participación social en materia urbanística puede consistir tanto en la *“formulación”* del modelo urbanístico determinado en el instrumento de planeamiento como en la *“determinación y control de la zonificación, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población”*¹⁶³.

Este planteamiento permite que el propietario del suelo tenga posibilidades jurídicas para proponer a la autoridad programadora un determinado modelo o actuaciones urbanísticas para generar el aprovechamiento de su predio a través de la formulación de un determinado instrumento de

¹⁶³ En este sentido, artículo 49, fracciones I y II.

planeamiento urbanístico para que la autoridad competente, en su caso, lleve a cabo la aprobación respectiva del instrumento propuesto por el particular.

Esta posibilidad genera una especie de “derecho de iniciativa” del plan urbanístico ante la autoridad en la que el particular propone un proyecto de plan urbanístico.

Al respecto, el Pleno de la SCJN ha indicado que cuando la legislación urbanística prevé *“que los particulares podrán formular los proyectos de Planes Parciales de Urbanización, no violan los artículos 26, 27, párrafo tercero, 73, fracción XXIX-C y 115, fracción V, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque cumplen con el principio de planeación democrática del desarrollo, ya que en la elaboración y aprobación de los Planes Municipales de Desarrollo Urbano y los que de éstos deriven, como son los Parciales de Urbanización, se dará participación a los sectores social y privado en su formulación, además, la creación de estos últimos no es contraria a la función social del derecho de propiedad, que haga prevalecer los intereses particulares, ni se faculta a particulares a imponer modalidades a la propiedad inmobiliaria, ya que los aprueban los Ayuntamientos, y si bien son aquéllos quienes elaboran el plan inicial o anteproyecto, éste se encuentra sujeto a revisión y, en su caso,*

modificación por la autoridad, en lo que también participa la sociedad; esto es, no se limita a la intervención del Municipio, ni merma su facultad de formularlos”¹⁶⁴.

En resumen, la normatividad urbanística deja planteado el derecho del propietario del suelo a presentar ante la autoridad competente la transformación urbanística del predio mediante la presentación de un proyecto de instrumento de planeamiento urbanístico que genera el inicio del procedimiento de aprobación de planes de desarrollo urbano, a su vez, dicho procedimiento permite la participación ciudadana en la formulación del plan urbanístico que deberá –en todos los casos- ser aprobado por la autoridad competente.

Evidentemente, de aquí derivan dos formas de participación ciudadana. Por un lado, la participación del propietario proponente del proyecto de plan urbanístico con un interés directo y, en un segundo momento, la participación de los habitantes de la ciudad en el procedimiento administrativo respectivo que portan un interés difuso para que, finalmente la autoridad apruebe definitivamente.

¹⁶⁴ Jurisprudencia: P./J. 14/2013 (10a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XX, t. 1, mayo, 2013, p. 171 (registro: 2003688).

4.4.2 Participación ciudadana en el planeamiento urbanístico: entre los intereses de propietarios y de habitantes

4.4.2.1 Planteamiento previo

Entre las décadas de 1930 a 1970, se produce en México el desarrollo industrial, económico y tecnológico de la sociedad actual, lo que ha supuesto un serio replanteamiento sobre el cumplimiento de las responsabilidades constitucionales del Estado mexicano y, en consecuencia de las Administraciones públicas.

A partir de la CF, el Estado añadió a sus clásicos fines (ordenación) una nueva serie de objetivos, convirtiéndose en prestador de servicios, garantizando un beneficio social, promoviendo actividades privadas, entre otras, de manera que la ampliación de sus funciones y actividades (fomento) ha implicado el incremento de su relación con los ciudadanos¹⁶⁵.

Esta relación ha influido en el sistema jurídico de diversas maneras ya que se han ampliado los cauces de participación del ciudadano en asuntos públicos, lo que, sin duda, responde a la crisis del sistema representativo sobre el

¹⁶⁵ Ver, Torne Jiménez, José, “De la democracia a la participación. Remodelación de las Instituciones administrativas”, *Administración y Constitución*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 1981, p. 582.

que descansa prácticamente todo el diseño democrático en México, y permite acercar al ciudadano a la conformación de la decisión pública por medio de la denominada democracia participativa¹⁶⁶.

Una de las ideas centrales del discurso participativo consiste en que la “participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no sólo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo *consensus*, una legitimidad nueva que permita superar la crisis actual del mando unitario, generalizada a todas las esferas; constituyéndose así la

¹⁶⁶ El término es utilizado, entre otros, por Sánchez Morón, quien, citando a Zampetti, aclara que “la democracia participativa engloba a la representativa pero no supone su destrucción”. Sánchez Morón, Miguel, Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Madrid, CEC, 1980, p. 65. Por su parte, Castellà expresa que “el principio participativo derivado del texto constitucional lleva a defender el desarrollo, en un sentido más democrático, tanto de las instituciones representativas como de las de democracia participativa”. Castellà Andreu, Josep M^a., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*, Barcelona, Cedecs, 2001, p. 98.

ideología participativa en un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos”¹⁶⁷.

Si esto es así, entonces el crecimiento de la intervención administrativa para la satisfacción del interés general se ve influida por la actuación del ciudadano como miembro de la comunidad o *uti socius*, es decir, como portador de un interés de la comunidad en su conjunto de la que forma parte, superando, entonces, la concepción clásica de los intereses directos, en este caso, del propietario, sobre los que se sostiene gran parte del Derecho positivo mexicano.

Por tanto, se pretende que la participación del *uti cives* en actividades de la Administración debe ser activa, por lo que resulta *aconsejable* que el ciudadano deba estar preocupado por los intereses generales de la comunidad o ciudad en la que se desenvuelve y tomar parte, con su opinión, en la conformación de una mejor toma de decisiones administrativas en los asuntos que, como miembro de la comunidad, le conciernen¹⁶⁸.

¹⁶⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 84.

¹⁶⁸ No hay que olvidar que el ciudadano individualmente también ejerce su intervención respecto a derechos o intereses directos, mismos que están plenamente protegidos por el ordenamiento jurídico, intervención

Evidentemente, esta apreciación no implica, en modo alguno, que jurídicamente el ciudadano tenga la obligación de participar en la conformación de las decisiones administrativas, y que, por otro lado, debido a la carga específica del sistema representativo en el sistema constitucional mexicano, tampoco que la Administración pública se vea obligada a adoptar la postura del ciudadano, ya que, en último término, los órganos jurídico-administrativos siguen siendo los únicos responsables de la decisión administrativa, lo que cohonesta con el régimen de responsabilidades subjetivas y, especialmente, objetivas y directas.

Por tanto, la participación evidencia que el Estado (legislador) no es el único que define el interés público, sino que el propio ciudadano (*uti cives*) colabora en la definición de ese interés mediante los instrumentos participativos, en este caso concreto, de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Por ende, el diseño y aprobación de los instrumentos municipales de planeamiento urbanístico introducen un

que se aleja del tema de estudio. Sin embargo, lo que se pretende resaltar es su vertiente como sujeto portador de intereses generales que, como miembro de una comunidad, puedan verse afectados, tenga o no intereses propios que defender y apoyar.

elemento de participación ciudadana para reforzar la decisión pública sobre el modelo urbanístico que adoptará el correspondiente plan.

La participación ciudadana tiene relevantes efectos para los habitantes de la ciudad, por un lado, para los propietarios de predios que serán sujetos a la ordenación urbanística del plan así como los promotores inmobiliarios que buscan explotar comercialmente el suelo, por el otro lado, el resto de habitantes de la ciudad que tienen intereses en habitar una ciudad con determinadas condiciones de calidad de vida. De tal manera que todas las perspectivas de la ciudad (propietarios, ambientalistas, promotores, etcétera) tienen posibilidades jurídicas de participar en la fase de planeamiento urbanístico.

Por el momento, basta mencionar que el principio de participación tiene grandes ventajas en el sistema jurídico-político pero que, sin duda, debe desarrollarse con cautela en su traslado al ámbito administrativo, ya que, se puede producir la paralización del aparato administrativo.

Al respecto, la primera Sala de la SCJN señala que *“no puede exigirse el establecimiento de una audiencia previa en beneficio de los particulares afectados, ya que sería sumamente grave que fuese necesario llamarlos para que objetaran previamente la elaboración de un plan de desarrollo*

urbano, pues se paralizarían los servicios públicos en perjuicio de dicho interés; además, el hecho de que la aludida ley establezca la participación de la comunidad, a través de los indicados consejos que actúan como organismos auxiliares de las autoridades, no implica que al particular afectado también se le dé la oportunidad de intervenir en la elaboración del plan, pues si la intención del legislador hubiese sido darle participación, así lo hubiera plasmado en la ley”¹⁶⁹.

Como se ha señalado, la participación ciudadana se ha introducido en el ámbito urbanístico, por lo que, ha sido necesario delimitar sus alcances ya que dicha participación implica “tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como funciones administrativas”¹⁷⁰ o, dicho de otro modo, “significa concurrir en el proceso de adopción de decisiones de los poderes públicos por parte de los ciudadanos”¹⁷¹.

En el sistema mexicano, por influencia de la CF (artículo 26, párrafo tercero), la ley de bases (LGAH) ha establecido las bases de la participación ciudadana para la

¹⁶⁹ Tesis: 1a. XXXVII/2001 (9a.), primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIII, junio, 2001, p. 229 (registro: 189517).

¹⁷⁰ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷¹ Castellà Andreu, Josep M^a., *op.cit.*, p. 39.

“*aprobación*” y “*modificación*” del planeamiento urbanístico, ya que el artículo 16 LGAH menciona que en el procedimiento de aprobación de planes que diseñe la legislación estatal de desarrollo deberá permitir la participación a través de aviso al público sobre el inicio del procedimiento, así como los plazos de audiencia públicas a los ciudadanos-participantes.

Aunque también cabe destacar que algunas leyes estatales en la materia (por ejemplo Veracruz y Chiapas) evidencian la falta de regulación detallada en este tema, ya que no existe normativa de desarrollo para el procedimiento de aprobación y modificación de planes y, en consecuencia, de la participación de los ciudadanos en este ámbito.

No obstante, el modelo de participación urbanística en México¹⁷² es de tipo funcional, es decir, la participación la lleva a cabo el ciudadano desde fuera del aparato administrativo municipal, lo que significa que el ciudadano no forma parte o se integra al órgano administrativo competente de la aprobación de los instrumentos de planificación urbana municipal (Ayuntamiento). En consecuencia, “esta forma de participación mantiene la protección de los intereses individuales pero a la vez, permite que el *uti cives* proteja los

¹⁷² Esta precisión tiene consecuencia a la variedad de normas urbanísticas mexicanas en la materia.

intereses que, como parte de la comunidad, se pueden ver afectados por las futuras determinaciones del instrumento planificador en elaboración”¹⁷³.

4.4.2.2 Involucramiento de intereses sujetos a protección: directos y difusos

El concepto de participación ha tenido especial desarrollo con la vigencia de los principios sociales en los textos constitucionales y su necesaria conjugación con el sistema democrático de las sociedades modernas.

En este sentido, el diseño normativo estaba limitado a la protección del interés jurídico, es decir, a un interés individualizado, directo y diferenciado (por ejemplo del propietario del suelo) que jurídicamente tenía la posibilidad de intervenir en procesos jurídicos (por ejemplo el juicio de amparo) porque la afectación a su concreto espacio jurídico implica “*la afectación de un derecho subjetivo*”¹⁷⁴.

No obstante, el ordenamiento jurídico ha ido evolucionando para incorporar el desarrollo y, especialmente,

¹⁷³ Jiménez Dorantes, Manuel, *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁴ Tesis: I.130.C.12 C (10a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, 10:06 h., (registro: 2006503).

la protección¹⁷⁵ de intereses individuales pero además de intereses que rebasan la idea de interés directo y que se centran en la vertiente colectiva del individuo¹⁷⁶. De ahí que se admitió jurídicamente el ejercicio y defensa del *“interés legítimo como una institución mediante la cual se faculta a todas aquellas personas que, sin ser titulares del derecho lesionado por un acto de autoridad, es decir titulares de un derecho subjetivo tienen, sin embargo, un interés en que un derecho fundamental, sea respetado o reparado”*¹⁷⁷.

Por ende, existe una clara diferenciación entre interés jurídico (o directo) e interés legítimo, ya que, siguiendo la misma tesis I.130.C.12 C, *“mientras el interés jurídico requiere ser tutelado por una norma de derecho objetivo o, en otras palabras, precisa de la afectación a un derecho subjetivo; en cambio, el interés legítimo supone únicamente la existencia de un interés respecto de la legalidad de determinados actos, interés que no proviene de la afectación*

¹⁷⁵ Por ejemplo, artículo 5, fracción I Ley de Amparo, de 2 de abril de 2013.

¹⁷⁶ Como menciona el artículo 26, párrafo segundo CF: *“mediante la participación de los diversos sectores sociales...”*.

¹⁷⁷ Tesis: I.130.C.12 C (10a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, 23 de mayo de 2014, 10:06 h., (registro: 2006503).

a la esfera jurídica del individuo, sino directa o indirectamente de su situación particular respecto del orden jurídico”.

En el concreto ámbito del planeamiento urbanístico, desde 1993, se prevé la participación ciudadana tanto de los propietarios de predios sujetos a ordenación urbanística que tienen un interés individual, directo o jurídico (en la terminología judicial) por el modelo urbanístico sujeto a programación, pero además, se prevé la participación de habitantes de la ciudad que portan intereses *difusos*¹⁷⁸ independientemente de su posición como propietario de suelo.

¹⁷⁸ Para mostrar una comparación general, debo decir que el llamado interés colectivo hay que señalar específicamente al interés de una colectividad, en donde sus portadores no se pueden confundir: son diferenciables y delimitables. Se trata –como expresa Sánchez Morón– del “interés de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada, por tener dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes”. Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 125. El interés colectivo se refiere a una colectividad determinable, como puede ser una *asociación de vecinos* o una *asociación ecologista* que, aunque tienden a “identificarse o a determinarse en una organización social o centro de referencia, o en una formación social o grupo social intermedio, supone no una suma de intereses individuales, sino una cualidad de los mismos que les proporciona una fuerza cohesiva superior”. *Ibídem*, p. 126. Sobre esta diferenciación Ver, Castellà Andreu, Josep M^a., *op. cit.*, pp. 398 a 404.

En el denominado interés difuso, el conjunto de personas no es determinable o clasificable en una categoría, como puede ser una comunidad de vecinos o una asociación ambientalista. Por el contrario, el interés difuso se convierte en un interés que portan todos y cada uno de los sujetos de un conjunto indeterminable (por ejemplo, cualquier habitante de una ciudad).

En el ámbito jurisdiccional se ha mencionado que los *“intereses colectivos o difusos son los pertenecientes a todos los miembros de una masa o grupo de la sociedad, sin posibilidad de fraccionarse en porciones para cada uno, ni de defensa mediante las acciones individuales tradicionales, no de ejercerse aisladamente, o bien que siendo factible su separación, la prosecución de procesos singulares, por una o más personas carece de incentivos reales, tanto por resultar más costosos los procedimientos empleados que la reparación que se pueda obtener, como por su falta de idoneidad para impedir a futuro abusos denunciados, a favor de toda la comunidad de afectados”*¹⁷⁹.

La CF establece las bases de participación ciudadana en la planeación y desarrollo del país, y en este mismo

¹⁷⁹ Tesis: I.4o.C.137 C (9a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVII, abril, 2008, p. 2381 (registro: 169861).

sentido, algunas leyes federales (artículos 16, 48 y 50 LGAH) y estatales¹⁸⁰ para el sistema urbanístico municipal.

Entonces, la regulación sobre este tema está cubierta por su propio contenido normativo, ya que reconoce implícitamente la existencia de intereses, no sólo individuales (propietarios) sino también los colectivos y difusos¹⁸¹ que afectan al conjunto de ciudadanos. Esta determinación desencadena la obligación de los poderes públicos a promover y facilitar la participación ciudadana en la adopción de decisiones.

Ahora bien, desde el ámbito jurisdiccional se ha señalado que *“los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinado o indeterminable, que están vinculados*

¹⁸⁰ En este sentido, artículo 102 LDUCh, así como las respectivas Leyes orgánicas municipales de los Estados de Chiapas y Veracruz, entre otras.

¹⁸¹ La doctrina señala que “la distinción entre intereses difusos y colectivos nace en Italia para proteger bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, el patrimonio histórico y artístico o la tutela de los consumidores, superando así la tradicional dicotomía entre la categoría del interés personal y directo y la del interés público que corresponde determinar a los poderes públicos”. Castellà Andreu, Josep M^a., *op. cit.*, p. 399.

únicamente por circunstancia de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Mientras que los colectivos corresponden a grupos limitados y circunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad”¹⁸².

En este orden de ideas, las disposiciones constitucionales vinculan al legislador (federal y estatal), por lo que, la normatividad urbanística deberá prever los mecanismos participativos en la formulación y modificación del planeamiento urbanístico municipal, especialmente porque dicho nivel de planeamiento contiene las decisiones más importantes sobre el diseño urbano del territorio municipal. Es decir, la ordenación urbana municipal -a través del planeamiento- involucra intereses individuales (propietario de terrenos se encuentre afectado por el instrumento a aplicar por el planificador, contando con las defensas establecidas en la normativa) y también los intereses de la comunidad en general, ya que se trata de su

¹⁸² Tesis: XI.1o.A.T50K (9a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXXIV, septiembre, 2011, p. 2136 (registro: 161054).

desenvolvimiento dentro un espacio físico territorial constituido por su centro de población.

En resumen, el diseño participativo de las leyes urbanísticas concibe la ordenación de la ciudad y su control como un asunto que no sólo recae en el interés de las autoridades y de los propietarios de predios sino que, por el contrario, sino que el modelo urbanístico de la ciudad es un asunto de todos sus habitantes, es un espacio común de intereses compartidos.

Ante esta evidente situación es indispensable establecer los mecanismos de participación ciudadana, por los que, los interesados puedan expresar sus ideas y propuestas al proyecto del plan que se aplicará en el centro de población donde se desarrolla su vida¹⁸³.

Sin embargo, un problema detectado radica en que la legislación de desarrollo y normas reglamentarias no llevan a

¹⁸³ “Desde una vertiente objetiva, la información pública, genéricamente considerada, es el trámite del procedimiento administrativo en el que la Administración requiere de los ciudadanos la aportación de datos, puntos de vista y propuestas que complementen los criterios tenidos en cuenta por el órgano decisorio. Desde la vertiente subjetiva de los ciudadanos, la información pública consiste en el derecho a participar en un procedimiento administrativo en curso para hacer valer intereses sociales implicados en la resolución administrativa”. Castellà Andreu, Josep M^a., *op. cit.*, pp. 355 y 356.

cabo el desarrollo de los mecanismos participativos establecidos en la ley general, sino que la normatividad aplicable se sostiene de las determinaciones generales y una rudimentaria regulación en materia de participación ciudadana en planeamiento urbanístico municipal¹⁸⁴, lo que repercute en que el interés afectado por el planeamiento corresponderá exclusivamente un *interés colectivo*, lo que implicaría que sólo tienen oportunidad de participar en el procedimiento grupos de individuos menores, determinados y determinables, con los mismos fines (ecologistas, constructores, empresas inmobiliarias, etcétera), lo que significa olvidar al resto de habitantes portadores de intereses igualmente legítimos, que no pertenecen a un grupo o asociación, pero que, de igual manera, pueden ver afectados sus intereses por el modelo territorial municipal.

¹⁸⁴ Como expone José Ovalle, “en el Derecho mexicano no se regulan en forma general las acciones colectivas, aunque sí prevén algunas específicas, como las que corresponde a los núcleos de población ejidal y comunal, para promover el juicio de amparo para la defensa de sus derechos colectivos agrarios [...] y a sindicatos y patrones...”. Ovalle Favela, José, “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, No. 107, mayo-agosto, México, IIJ-UNAM, 2003, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art6.htm>

En este sentido se ha pronunciado la SCJN sobre la legislación urbanística del Estado de México, *“que los habitantes de esa entidad federativa, a través de los consejos de participación ciudadana, tienen derecho a organizarse y participar en la elaboración y ejecución de los planes y programas de desarrollo urbano, así como que los Municipios están obligados a promover e impulsar la participación de la comunidad en el desarrollo urbano y la conservación de los recursos naturales, por medio de las comisiones de planeación para el desarrollo y los consejos de participación ciudadana...”*¹⁸⁵.

Ahora bien, aunque en realidad, las asociaciones, portadoras de intereses colectivos ejercen una mayor presión social, no hay que perder de vista que hay otros ciudadanos que son portadores de intereses difusos afectados por el plan urbanístico municipal. Por lo que, entender que la voluntad legislativa consistió en la protección de determinados grupos, se produce el riesgo de una participación que sólo se benefician determinadas organizaciones con fines plenamente identificados y que la Administración pública elija y privilegie a alguna de estas asociaciones como legítimamente portadoras de intereses y, por tanto, con

¹⁸⁵ Tesis: 1a. XXXVII/2001 (9a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, junio, 2001, p. 229 (registro: 189517).

posibilidades de participar en la formación de toma de decisiones¹⁸⁶.

Por ende, desde mi perspectiva, el interés supraindividual que intenta garantizar la participación ciudadana en elaboración y modificación de planes de urbanismo se encuentra en la categoría de *difuso*, lo que implica la participación que “se abre, por regla general no sólo a individuos cuyos derechos subjetivos o intereses directos puedan verse afectados por aquéllas (típicamente a los propietarios de terrenos), sino a cualquier persona, a todo ciudadano, sin mayor cualificación [...] es una participación que se puede producir sin el intermedio de las asociaciones que se constituyan para la defensa de intereses colectivos o de otras organizaciones privadas o públicas”¹⁸⁷.

Por lo que respecta a la forma de participación, es evidente que el ciudadano puede hacerlo de manera individual pero no existe impedimento para que pueda llevar a cabo su participación en grupo. En este sentido, es posible afirmar que se prevé una participación “abierta y

¹⁸⁶ Ver, Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, pp. 146 a 164.

¹⁸⁷ García de Enterría, Eduardo, “Principio y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, *Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí* (Gómez-Ferrer Morant, Rafael, Coord.), Madrid, Civitas, 1989, p. 448.

subjetivamente indeterminada. Es decir, se reconoce la posibilidad de que todo sujeto portador de intereses difusos o colectivos, ya sea, individual o colectivo a su vez, tome parte¹⁸⁸ en el procedimiento.

En la *participación funcional* el ciudadano-participante no se incorpora o pasa a formar parte del órgano administrativo competente para elaborar, aprobar o modificar el plan¹⁸⁹, sino que, participa como órgano “*auxiliar*”¹⁹⁰, de ahí que su actividad participativa se realiza desde fuera del aparato administrativo y esto claramente “no supone insertar a ciudadanos no profesionalizados en órganos públicos, para que aporten desde dentro sus perspectivas propias, sino que supone una actuación del ciudadano desde fuera del aparato

¹⁸⁸ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 148.

¹⁸⁹ Si esto fuese así el tipo de participación sería una participación llamada *orgánica*, en la que “el ciudadano se incorpora a órganos estrechamente tales de la Administración, que supondría la inserción de ciudadanos en cuanto tales (no, pues en cuanto funcionarios o como políticos) en órganos formalizados de entidades administrativa”. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 443 a 446. También en García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, *op. cit.*, pp. 86 a 90. Mismo término es utilizado por Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 168.

¹⁹⁰ Tesis: 1a. XXXVII/2001 (9a.), Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, junio, 2001, p. 229 (registro: 189517).

administrativo, aunque ejercitando funciones materialmente públicas, que como tales auxilian o colaboran en el desarrollo de las tareas de la Administración”¹⁹¹.

Además de lo anterior, con la aplicación de fórmulas participativas¹⁹², no sólo circunscribiéndose al campo del planeamiento urbanístico, se logra la colaboración en asuntos públicos, y el hecho de la intervención del ciudadano en actividades consideradas materialmente públicas en un procedimiento (la llamada participación funcional) es favorable, tanto para la Administración pública, como para el propio ciudadano.

La idea central que se desprende es que la Administración pública, de forma eficaz, adopte su decisión teniendo en cuenta “la presencia o intervención de los sujetos portadores de intereses colectivos con objeto de proporcionar a la Administración, aparte de posibles técnicas, la posibilidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, es decir, el

¹⁹¹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 446.

¹⁹² En los últimos años se han producido avances en la protección de los intereses colectivos (*lato sensu*) en materia de protección de los consumidores y, especialmente, en el juicio de amparo.

grado de consenso u oposición que puede encontrar una futura decisión”¹⁹³.

En resumen, la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de planes de urbanismo funciona –primordialmente- para dotar al plan de una carga adicional de legitimidad popular, ya que la decisión sobre el plan municipal deriva de un órgano electo democráticamente (Ayuntamiento¹⁹⁴) y, en igual medida, sirve como medio de colaboración entre Administración pública y ciudadano.

4.4.2.3 Participación administrativa y no política en el planeamiento urbanístico

Un último apunto que hay que realizar sobre la participación ciudadana en el planeamiento urbanístico, reside en la consideración política o administrativa de la misma.

Aunque los mecanismos participativos tiene relevancia para los sistemas jurídicos contemporáneos, también es cierto que hay que tener cautela en la previsión jurídica de la participación ciudadana en la adopción de decisiones administrativas debido a que se puede producir la paralización e ineficacia de la Administración pública y

¹⁹³ Sánchez Morón, Miguel, *op. cit.*, p. 174.

¹⁹⁴ Artículo 115, fracción I CF.

desdibujar el sistema de responsabilidad de los funcionarios públicos y del Estado (*lato sensu*).

El punto central consiste en precisar el alcance de la participación del ciudadano, es decir, dicha participación se realiza con el respaldo jurídico del ejercicio de los derechos políticos constitucionalmente previstos para la democracia participativa o, en su caso, simplemente se trata de formas de participación que no conforman el derecho de participación política y, por ende, únicamente se trata de una forma de “*colaboración*” o –como expone la SCJN- como un ciudadano que funge como un mero “*auxiliar*” de la Administración pública.

Hay que dejar planteado que resultan cuestiones distintas cuanto el ciudadano-participante interviene en el sistema de democracia representativa mediante la elección de sus representantes o a través de democracia directa en un referendo, plebiscito o por iniciativa popular. En estos casos, sólo el ciudadano ejerce una participación estrictamente política (electorado) como miembro del cuerpo soberano (pueblo).

Por el contrario, cuando un habitante participa en la formulación y modificación del planeamiento urbanístico, resulta claro que no ejerce derechos políticos (que sólo corresponden a los ciudadanos) sino que, sólo participa

(individual u organizadamente) como coadyuvante o “*auxiliar*” de la Administración pública, y en ningún caso, como miembro del soberano, que según el diseño constitucional, ejerce en otro momento específico y bajo instrumentos claramente identificables.

CAPÍTULO 5

EXPROPIACIÓN Y MODALIDADES A LA PROPIEDAD URBANA

5.1 Técnicas ablatorias sobre la propiedad privada: expropiación y delimitación

Este último Capítulo se refiere a cómo se llevan a cabo las determinaciones urbanísticas sobre la propiedad del suelo así como los medios e instrumentos vigentes de su valoración y control judicial.

La Administración pública tiene encomendadas facultades de ordenación¹⁹⁵ sobre las actividades privadas

¹⁹⁵ Conocida como actividad de policía que se refiere a una “especie particular de actividad administrativa”, denominada, en términos generales, función o actividad de policía. Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. 2 parte especial, 2ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p 8. Para Adolf Merkl la policía es “*aquella actividad administrativa que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del*

con la finalidad de verificar o empatar el interés del propio particular con el interés general y, por ende, prevenir o impedir que la actividad privada genere un daño al interés general¹⁹⁶ y, en caso de producirse dicho daño, reaccionar con medidas coercitivas para sancionar al infractor o, en su caso, iniciar el procedimiento criminal correspondiente por delitos urbanísticos.

En el repertorio de técnicas de ordenación administrativa, destacan las técnicas ablatorias que se reflejan –siguiendo a Santamaría Pastor- en “procedimientos mediante los cuales la Administración opera sobre las situaciones jurídicas favorables o activas que forman parte de la esfera jurídica de los sujetos privados (básicamente, sobre sus derechos subjetivos), bien limitando o reduciendo su contenido, bien eliminando por completo dichas situaciones activas”¹⁹⁷. En este orden de ideas resulta útil seguir la clasificación hecha por la misma doctrina de las técnicas de

orden”. Merkl, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004, p. 310.

¹⁹⁶ Si dicho daño se produce entonces la Administración pública cuenta con la potestad sancionadora para castigar dicho daño y medidas complementarias para corregirlo.

¹⁹⁷ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.*, p. 272.

ablación en: privación o ablación total y como limitación o ablación parcial de derechos.

Por lo que respecta a la privación conlleva la eliminación o supresión de situaciones jurídicas concretas o específicas; el Derecho positivo mexicano presenta varias figuras de privación total de derechos: expropiación y decomiso¹⁹⁸.

5.2 Expropiación como último reducto de la propiedad del suelo

Sin ánimo de hacer un repaso histórico sobre la figura jurídica expropiatoria –que dicho sea de paso ha sido reiteradamente analizada¹⁹⁹- resulta preceptivo establecer como punto de partida la actual previsión constitucional federal sobre esta figura.

La institución expropiatoria encuentra fundamento en la idea del origen del patrimonio del Estado (artículo 27) de tal manera que la titularidad o propiedad volvería a su origen

¹⁹⁸ Es la apropiación coactiva de bienes por parte de la Administración pública pero que no generan indemnización alguna.

¹⁹⁹ Ver el estudio de Álvarez Gendín, Sabino, *Expropiación forzosa. Su concepto jurídico*, REUS, Madrid, 1928; así como los ensayos de Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, por todos.

estatal aunque con el correspondiente resarcimiento del daño provocado por la actuación estatal.

La misma Declaración francesa de los Derechos del Hombre de 1789 (artículo 17), menciona que *“el derecho de propiedad es sagrado e inviolable y únicamente tiene posibilidades de ser dañado siempre que haya caso de utilidad pública e indemnización”* y en esa tendencia se inscribe la propia Convención Americana de los Derechos Humanos.

Esta misma idea se desarrolla en el ámbito judicial mexicano ya que se afirma que *“la afectación a la propiedad privada, por parte del Estado, es constitucionalmente posible al reconocerse la figura de expropiación. No obstante, dicho acto implica la afectación del derecho de propiedad, el cual no puede ser arbitrario porque, en el caso contrario, el derecho de propiedad no tendría vigencia real. Es decir, el titular de la propiedad no puede considerar protegido su bien si el Estado tuviera la posibilidad de afectarlo sin estar sujeto a restricciones que autoricen su actuación. Por ello, si la propiedad privada se encuentra protegida frente al interés de expropiación por parte del Estado, se debe a que la actuación de este último está sujeta a dos elementos que le exigen ejercer la afectación sólo cuando existe justificación y se realice una reparación al titular de la propiedad privada. Es*

*decir, la causa de utilidad pública y la indemnización no son derechos humanos sino garantías de protección del derecho humanos a la propiedad privada, frente al interés de expropiación por parte del Estado*²⁰⁰.

De cualquier forma, la expropiación es el mecanismo jurídico más incisivo que tiene el Estado para el cumplimiento de sus objetivos públicos ya que elimina por completo la posición jurídica de dueño sobre cosa determinada, por lo que ahora interesa, la propiedad del suelo.

Ya que la figura de la expropiación es una de las vías por las que el Estado –a través de la Administración pública– incide negativamente en patrimonio del particular a través de su reducción o eliminación, precisamente, en el ámbito del Derecho administrativo se convierte en una técnica ablatoria sobre la esfera jurídica del particular, lo que se traduce como “una ablación o disminución neta de su contenido”²⁰¹.

La expropiación es el instrumento que tiene el poder público para sustraer determinada propiedad de manera total, parcial, temporal o definitiva y, así se convierte en un sólido instrumento de intervención pública para incidir en el ámbito social, económico y cultural. De ahí que se haya señalado

²⁰⁰ Tesis: 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), Primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, viernes, 8 de agosto de 2014, 8:05 h. (registro: 2007058).

²⁰¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *op. cit.*, p. 271.

que la “expropiación significa privación singular de los derechos patrimoniales que se encauza procedimentalmente en un aparato de verificación jurídica, su finalidad remonta al criterio restrictivo de la utilidad pública y alcanza la dimensión de instrumentos político, para la redistribución social de los recursos apropiables...”²⁰².

En el Derecho positivo, el diseño constitucional del mismo artículo 27 CF, establece una serie de limitaciones a la actuación expropiatoria del Estado y que se refieren a que el daño que el Estado produce al particular tiene “justificación” clara y directa en la consecución de los objetivos y metas establecidas en el ordenamiento jurídico (*causa de utilidad pública prevista en Ley*), por lo que, la propiedad privada debe cumplir con la función social que constitucionalmente le corresponde y ello permite el abatimiento de su contenido. Por el otro, la misma construcción constitucional sobre la propiedad privada y la expropiación se completa con la correspondiente indemnización por el daño patrimonial que –justificadamente– se provocó (*justi precio*).

Al respecto, cabe recordar que la Primera sala de la SCJN reiteró que “*si la propiedad privada se encuentra*

²⁰² Díaz y Díaz, Martín, *op. cit.*, p. 148.

protegida frente al interés de expropiación por parte del Estado, se debe a que la actuación de este último está sujeta a dos elementos que le exigen ejercer la afectación sólo cuando existe justificación y se realice una reparación al titular de la propiedad privada. Es decir, la causa de utilidad pública y la indemnización no son derechos humanos sino garantías de protección del derecho humano a la propiedad privada, frente al interés de expropiación por parte del Estado”²⁰³.

Ahora bien, precisamente el instrumento expropiatorio como herramienta estatal para la configuración del interés público incide directamente en el ámbito orgánico del conjunto del Estado y en el ejercicio del poder público (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

En resumen, en este entramado orgánico, el poder Legislativo –como se ha expuesto sobre la “*reserva de ley*”– únicamente tiene posibilidades para diseñar leyes que establezcan las “causas de utilidad pública” y regulen el procedimiento (federal o estatal); pero la mayor carga de decisión o precisión radica en el poder Ejecutivo como órgano encargado de definir a un caso singular o concreto la actualización de la “utilidad pública” e indemnizar conforme

²⁰³ Tesis: 1a.CCLXXXVIII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, viernes, 08 de agosto de 2014, 08:05 h. (registro: 2007058).

las reglas aplicables para determinar el *justi precio*. Finalmente, el poder Judicial tiene una limitada participación que se refiere al control que ejerce sobre los actos expropiatorios, especialmente, a través del juicio de amparo²⁰⁴ previsto en la Ley de Expropiación federal o, en su caso, el contencioso-administrativo en las leyes estatales respectivas.

Por lo que respecta al concreto ámbito urbanístico la legislación prevé un repertorio de razones que justifican la causa de utilidad pública, en el nivel federal, la Ley de expropiación (artículo 1) prevé: *“I.- La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano [...] XI.- La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida...”*.

²⁰⁴ A modo de apunte, en lo que puede ubicarse como *“hard cases make bad law”*, el multicitado caso del predio “El Encino” en el que se produjo una situación en el que el titular expropiado logró obtener el amparo correspondiente contra la expropiación por parte del Gobierno del Distrito Federal, pero la situación de *facto* sobre la realidad del predio y las obras públicas realizadas impidió a los Tribunales federales restituir la cosa al propietario y, a través del cumplimiento sustitutorio de la sentencia de amparo, se terminó por indemnizar al dueño. Esta situación confirma la prevalencia del interés público sobre el particular y la reducción monetaria a la que queda reducida la propiedad privada.

Un último referente que cabe realizar para dejar apuntados los principales asuntos relativos a la expropiación se refiere al recorrido jurisprudencial que la audiencia previa ha tenido en esta materia. En principio, la doctrina consolidada de la SCJN indicó con rotundidad que en materia de expropiación no resultaba aplicable la garantía de audiencia previa ya que se trataba de un acto soberano del Estado para incidir en la propiedad privada²⁰⁵.

Sin embargo, en 2006, la segunda Sala del alto tribunal mexicano enfrentó la revisión de dicha jurisprudencia para reflexionar sobre la superación de la doctrina y exigir la garantía de audiencia previa en materia de expropiación. Cabe señalar que la jurisprudencia indica que *“de una nueva reflexión se concluye que de la interpretación del artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los actos privativos de la propiedad deben realizarse, por regla general, mediante un procedimiento dirigido a escuchar previamente al afectado, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, que*

²⁰⁵ La jurisprudencia referida indicó: *“En materia de expropiación no rige la previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la misma Carta Fundamental”*. Tesis: 834, Segunda Sala, Quinta época, Apéndice, parte II, 1998, p. 1389 (registro: 395181).

son las señaladas en la jurisprudencia P./J. 47/95 [...] las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. En este sentido, tratándose de actos privativos como lo es la expropiación, para que la defensa sea adecuada y efectiva debe ser previa, en orden a garantizar eficazmente los bienes constitucionalmente protegidos a través del mencionado artículo 14, sin que lo anterior se contraponga al artículo 27 de la Constitución Federal, pues si bien es cierto que este precepto establece las garantías sociales, las cuales atienden a un contenido y finalidades en estricto sentido al régimen de propiedad agraria, y por extensión a las modalidades de la propiedad, al dominio y a la propiedad nacional, también lo es que la expropiación no es una garantía social en el sentido estricto y constitucional del concepto, sino que es una potestad administrativa que crea, modifica y/o extingue relaciones jurídicas concretas, y que obedece a causas establecidas legalmente y a valoraciones discrecionales de las autoridades administrativas; además, la expropiación es

una potestad administrativa dirigida a la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien particular decretada por el Estado, con el fin de adquirirlo”²⁰⁶.

Este giro jurisdiccional impactó directamente en la legislación federal en materia expropiatoria que, mediante reforma, de 5 de junio de 2009, ajustó el procedimiento expropiatorio para introducir una etapa que previera la garantía apuntada antes de producirse la expropiación; así el artículo 2, fracciones III y IV de la Ley de Expropiación federal señalan: *“III. Los interesados tendrán un plazo de quince días hábiles a partir de la notificación o de la segunda publicación en el Diario Oficial de la Federación para manifestar ante la Secretaría de Estado correspondiente lo que a su derecho convenga y presentar las pruebas que estimen pertinentes. IV. En su caso, la autoridad citara a una audiencia para el desahogo de pruebas, misma que deberá verificarse dentro de los ocho días hábiles siguientes a la recepción de las manifestaciones...”*.

²⁰⁶ Jurisprudencia: 2a./J. 124/2006 (9a.), segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t: XXIV, septiembre, 2006, p. 278 (registro: 174253).

5.3 Expropiación indirecta: la aportación de los instrumentos internacionales en materia comercial

Desde el Derecho internacional público y, concretamente, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Estado mexicano también se ha vinculado a reglas específicas en materia de expropiación. El rasgo distintivo de la regulación internacional radica en introducir al contexto jurídico nacional el modelo de expropiación *indirecta* como medio adicional a través del cual el Estado mexicano debe responder por el daño provocado a la propiedad privada pero, a diferencia de la expropiación directa, dicho daño se genera de manera colateral o indirecta a los bienes de particulares (inversionistas extranjeros).

Específicamente, el artículo 110 TLCAN refiere a que *“1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:*

(a) por causa de utilidad pública;

(b) sobre bases no discriminatorias;

(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y

(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y completamente liquidable...”.

Por lo que ahora interesa²⁰⁷, este modelo indirecto se sostiene en que la actividad estatal tiene efectos

²⁰⁷ La previsión de TLCAN en esta materia también prevé la audiencia previa del particular afectado por el acto del Estado que le genera una afectación patrimonial. Precisamente, esta previsión generó que la SCJN haya modificado su doctrina (Jurisprudencia: P./J. 65/95 (9a.), registro: 198404) sobre la audiencia previa en el caso de la expropiación prevista en la Ley federal de expropiación para equiparar la situación de los nacionales a la posición que el TLCAN otorgaba a los inversionistas extranjeros; a partir de dicha jurisprudencia se llevó a cabo la reforma al procedimiento de expropiación de la Ley federal respectiva, de 5 de julio

“expropiatorios” sobre la propiedad privada sin que la finalidad de la actuación estatal haya tenido como objetivo directo expropiar el bien del particular (como sí sucede en el caso del decreto expropiatorio de la ley federal) pero cuyos efectos generan de *facto* un resultado igualmente equiparable a la expropiación directa. Resulta conocido el “estándar *Starret*” en el sentido de que “si la interferencia del Estado en los derechos de propiedad de un particular hace que dichos derechos resulten inservibles, debe considerarse que dichos actos son una expropiación, aún si la titularidad legal de la propiedad sigue siendo ostentada por el propietario privado”²⁰⁸.

Las figuras jurídicas utilizadas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se concentran en:

i) *expropiación progresiva*, es decir, aquélla que se produce a partir de medidas que con su constante aplicación y cambio modifican el uso y beneficio de la propiedad.

de 2009. Al respecto, ver la Jurisprudencia: 2a./J. 124/2006 (9a.), Segunda sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXIV, septiembre, 2006, p. 278 (registro:174253).

²⁰⁸ Rábago Dorbecker, Miguel, “El régimen constitucional y legal de la expropiación nacional e internacional: ¿Génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?, *Derecho comparado Asia-México*, UNAM, México, 2007, p. 10.

ii) *medidas equivalentes*: la interferencia simulada o incidental por parte del Estado sobre el uso de la propiedad sin que beneficie al particular aunque no necesariamente beneficie al Estado receptor.

Ahora bien, en ambos casos, que para la actualización de la denominada expropiación progresiva resulta indispensable verificar que la actividad estatal resulta discriminatoria, ilegal, desproporcionada o no transparente (artículo 1110.1 TLCAN)²⁰⁹, finalmente, el mismo artículo

²⁰⁹ Al respecto, el Laudo del caso METALCLAD vs Estados Unidos Mexicanos, precisamente justificó como “expropiación indirecta” ante la ausencia de “*equitable treatment*” (exigido por el propio TLCAN como por el Derecho internacional) así como “*failuire of transparency*” en la actuación de las autoridades mexicanas referidas a las condiciones normativas y competenciales (federales-estatales-municipales) previas a la inversión. Sobre este paradigmático asunto ver la sentencia del Juez Tysoe de la Suprema Corte de Columbia Británica, de mayo de 2001, disponible en: www.economia-snci.gob.mx/sic_php/pages/importa/sol_control/consultoria/Casos_Mexico/Metalclad/BC-SCJ/sentencia_BC.pdf

Sobre este asunto remito a Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, así como Velázquez Elizarrarás, Miguel A., “La controversia en materia de inversiones entre Metalclad Corporation y los Estados Unidos Mexicanos, a la luz del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. I, UNAM, México, 2001.

1110.2 indica que la indemnización correspondiente por la expropiación indirecta debe valorarse a partir del valor justo de mercado.

5.4 Modalidades como medio de configuración de la propiedad del suelo

Por otro lado, las modalidades a la propiedad privada que impone el Estado derivadas del interés público inciden de manera diversa sobre el régimen de propiedad privada. Ya que, no vacían o anulan el dominio sobre el suelo sino que simplemente delimitan el contenido de dicho dominio a partir del cual el propietario podrá disponer del predio conforme la determinación urbanística.

Por tanto, no se produce una alteración del contenido esencial de la propiedad privada a la que está vinculado el Estado sino se entiende que sólo se trata de una delimitación del uso que se puede dedicar el predio en cuestión. La modalidad no incide en el núcleo esencial de la propiedad y, por ende, el propietario mantiene el dominio sobre la cosa pero con el uso predeterminado por una norma jurídica como el instrumento de planeamiento urbanístico correspondiente.

Esta también es la comprensión de la doctrina del Poder judicial federal que afirma que *“desde la facultad constitucional directa que establece el interés público directo*

y permite establecer modalidades a la propiedad, sin que esto se convierta en su expropiación o confiscación [...] las referidas modalidades que pueden imponerse al derecho de propiedad [...] constituyen restricciones que no implican su privación o una expropiación, al ser simplemente limitantes a su ejercicio que no significan su anulación”²¹⁰.

En resumen, las modalidades a la propiedad del suelo derivadas del modelo urbanístico no afectan el contenido esencial de la propiedad del suelo sino que simplemente la delimitan y a partir de ahí el particular puede ejercer el dominio sobre el predio; por lo que, no cabe indemnización por no tratarse de una expropiación que anula el contenido esencial de la propiedad privada.

Ahora bien, expuestos los alcances que tanto la expropiación como las modalidades urbanísticas tienen sobre la propiedad privada, la siguiente cuestión radica en analizar la presencia de la ponderación y proporcionalidad en la determinación urbanística y su control judicial.

²¹⁰ Tesis: 1a. LXXVII/2014 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo, 2014, p. 552 (registro: 2005813).

5.5. Ponderación en la definición de la función social de la propiedad urbana

Una de las ventajas de la ponderación radica en su capacidad para ordenar una forma de actuar mediante la consideración los valores y principios con cobertura constitucional, que “han de ser integrados en un sistema armónico y que pueden entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o con otros principios, valores o bienes relativos a intereses públicos, con apoyo constitucional mas o menos directo”²¹¹.

En esta actividad, el Estado deberá desarrollar la ponderación de los valores y principios constitucionales involucrados, en la que –como expone Rodríguez de Santiago- debe cumplirse el principio de concordancia práctica que consiste en que los principio, valores o bienes involucrados en el juicio ponderativo, alcancen el grado de realización óptima²¹².

En este ejercicio ponderativo, aunque se prevé la intervención previa del legislador resulta evidente que la construcción de las leyes urbanísticas (federal y estatales)

²¹¹ Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 23.

²¹² *Íbidem*, pp. 28 y 29.

remiten a la autoridad planificadora (Ayuntamiento, especialmente) la capacidad de concretizar la modalidad correspondiente derivada del Urbanismo que deja plasmada en los instrumentos de planeamiento urbano (reserva de ley relativa).

5.5.1 Primera ponderación constitucional: “propiedad privada cede ante interés público”

Resulta preceptivo afirmar que en el concreto caso de la propiedad privada y su superación a través del interés público, sea mediante su anulación en el caso de la expropiación (justificada e indemnizada) sea mediante la imposición de modalidades que precisamente modulan el alcance de su contenido sin llegar a anularlo, son decisión previa del constituyente que deja clara la ponderación que ha realizado plasmándola mediante reglas en la CF (*“las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”*)²¹³.

²¹³ Al respecto, Luis Arroyo señala que “las reglas pueden entenderse como el resultado de una ponderación previamente desarrollada”. Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *Ponderación y Derecho administrativo*, Ortega, Luis y Susana de la Sierra (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 25.

En el primer caso, el legislador (reserva de ley) debe detallar la presencia del interés público que respalde a la expropiación (causa *expropriandi*) pero, por el otro, también debe dejar plasmadas las bases jurídicas a partir de las cuáles se module el contenido de la propiedad privada mediante las modalidades.

Resulta indispensable tener en consideración este punto de partida constitucional ya que, como se verá enseguida, la pretendida ponderación²¹⁴ que haga *i)* el legislador, *ii)* la que remita éste a la Administración pública y, finalmente, *iii)* la que ejerza el Juez de control del acto administrativo no puede ser de tal manera que lleven a cabo una “re”ponderación que ha sido previamente realizara por el constituyente al que están evidentemente sometidos.

De ahí que, la propia Constitución federal ha ponderado y establecido una regla constitucional incondicionada, es decir, siempre que se encuentre en tensión la propiedad privada y el interés público el resultado siempre debe producirse a favor del interés público, en este caso, urbanístico.

²¹⁴ Siguiendo a Luis Arroyo, la “ponderación” es un “método decisorio de determinados contextos normativos, caracterizados, según se ha señalado, por la preexistencia de un conflicto de normas que no se puede resolver mediante el establecimiento de una relación de preferencia incondicionada”. *Íbidem*, p. 33.

En este tenor adquiere relevancia la doctrina de la SCJN sobre supremacía constitucional que indica que el vigente artículo 1 CF introduce un conjunto de elementos de consideración de los derechos fundamentales, también es cierto que el mismo artículo *“categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados...”*²¹⁵.

5.5.2 Segunda ponderación: la concretización de los intereses involucrados en el ordenamiento urbanístico

Como se ha dejado apuntado, el punto de partida en que la CF ha establecido el canon de la prevalencia del interés público sobre la propiedad privada, la autoridad urbanística debe partir de la regla establecida por la CF para concretizar o singularizar la modalidad urbanística sobre la propiedad privada que, en consecuencia, llena de contenido urbanístico y, de ahí, se determina el alcance del uso (y destino) urbanístico del suelo.

Ahora bien, a través de la norma jurídica, la autoridad urbanística debe llevar a cabo la ponderación en el momento en que ejerce sus facultades de planificación urbanística para diseñar un modelo urbanístico a partir de la adecuada ponderación de los

²¹⁵ Tesis: 2a. LXXV/2012 (10a.), segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, libro XIII, t, 3, octubre, 2012, p. 2038 (registro: 2002065).

intereses público y privados que se encuentren involucrados²¹⁶. Es decir, si bien es cierto, la CF determina la prevalencia del interés público sobre el interés privado, la siguiente cuestión radica en concretizar su relación y, por ende, prevalencia a modelos urbanísticos concretos. Precisamente, en esto radica la virtud del planeamiento urbanístico que racionalmente diseña un modelo determinado claramente ponderado²¹⁷.

²¹⁶ Los Tribunales federales han señalado que la ponderación es “*la forma de resolver la oposición entre normas desde un enfoque primario atendiendo diversos factores como el interés de la sociedad, sus valores y las consecuencias ocasionadas con la decisión. No obstante lo anterior, no es factible considerar que la ponderación sea un instrumento que garantice la sistematización de todos los principios jurídicos, por lo que se requiere de la jerarquización como mecanismos de calificación deontológica superable; aspecto que establece las características de los principios y su diferencia con las reglas cuando son redactadas de manera imperativa, es decir, imponiendo órdenes a los sujetos a quienes se dirige, otorgándose así su carácter inderrotable....*”. Tesis: I.7o.A.579 A (9a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, julio, 2008, p. 1749 (registro: 169263).

²¹⁷ Rodríguez de Santiago señala que “donde la propiedad se toma en serio no se pone tanto el acento precisamente en la discrecionalidad, sino en el riguroso mandato de ponderación (su carga vinculada de motivación y argumentación racional) de todos los intereses públicos y privados que, como exigencia implícita derivada del principio del Estado de Derecho, ha de observarse la Administración al adoptar las decisiones sobre el planeamiento”. Rodríguez de Santiago, José María, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 166.

Al respecto, el Poder judicial federal ha indicado que la ponderación *“pretende garantizar la articulación sistemática y material de todos los principios jurídicos para resolver con antelación todos los conflictos entre ellos, por ser únicamente una estructura que sustenta el vínculo de prelación condicionada entre los conflictos en pugna, encontrando así la mejor solución....”*²¹⁸.

La cuestión ahora radica en dotar de contenido al interés público que está llamado a concretar, por un lado, el legislador mediante normas de procedimiento (expropiatorio) o determinando legalmente la causa de utilidad pública; así como para las normas infralegales encargadas de configurar el contenido urbanístico de la propiedad privada a través de los instrumentos de planeamiento.

En este sentido, el debate está centrado en otro lugar de la construcción normativa y se refiere a la valoración del contenido al interés público urbanístico determinado en las normas jurídica y si dicha concreción modula el contenido de la propiedad privada o por el contrario anula dicho contenido y, por ende, se ubica en el supuesto indemnizatorio de la expropiación.

Precisamente, ésta es la relevancia del método de la ponderación que de manera ordenada y coherente exige una actuación para tomar en consideración los intereses públicos y

²¹⁸ Tesis: I.7o.A.579 A (9a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVIII, julio, 2008, p. 1749 (registro: 169263).

privados involucrados en el ordenamiento urbanístico del territorio y, en consecuencia, adoptar una decisión ponderada que se refleja en el modelo urbanístico del planeamiento. El punto de partida radica en que la propia CF ha establecido el canon de la prevalencia del interés público sobre la propiedad privada que se concreta mediante la imposición de las modalidades urbanísticas, por lo que, los poderes constituidos deben actuar a partir de dicho canon. Ya que se trata de equilibrar la realización de los intereses públicos y privados en juego para que, en caso de conflicto, prevalezca el interés público conforme el canon constitucional preestablecido.

De ahí que derive un primer límite a la labor del Juez ya que su control queda constreñida a verificar la razonabilidad de la concreción urbanística del interés público y, en su caso, verificar *i)* si dicha delimitación anula a la propiedad privada y por ende se trata de una expropiación (artículo 27, párrafo segundo CF) o *ii)* para admitir el supuesto en una modalidad no indemnizable por respetar el contenido esencial de la propiedad privada (artículo 27, párrafo tercero CF).

5.6 Prohibición de exceso o proporcionalidad como instrumento idóneo para contener la actuación estatal sobre la propiedad

Ahora bien, una vez adoptada la decisión administrativa que incide sobre el contenido de la propiedad privada sea mediante la expropiación como a través de las modalidades con diferentes grados de incidencia sobre la propiedad privada, resulta preceptivo abordara uno de los puntos clave de la incidencia sobre la propiedad privada que radica en constreñir el espacio de discrecionalidad administrativa que tiene como objetivo incidir en la propiedad privada.

Al respecto, la evidencia del diseño legal actual que a través del principio de legalidad no tiene posibilidades reales para reglar la actuación administrativa en materia urbanística, exige acudir a otros mecanismos que ofrecen mayores elementos para llevar a cabo la contención de la actuación.

La jurisprudencia²¹⁹ ha venido utilizando el principio de “prohibición de exceso” o “proporcionalidad” para graduar la

²¹⁹ Al respecto Jaime Cárdenas recuerda que “en México, el principio de proporcionalidad se introdujo judicialmente y de manera expresa –antes se había empleado implícitamente-...”. Cárdenas Gracia, Jaime, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 1398, enero-abril, UNAM, México, 2014, p. 68.

intensidad de la intervención pública en la esfera de derechos y libertades fundamentales. Por ejemplo, la Primera Sala indica que *“las modalidades que pueden imponerse al derecho de propiedad siempre que estén debidamente fundadas y motivadas y se consideren razonables y proporcionales, constituyen restricciones que no implican su privación...”*²²⁰. Desde el espacio doctrinal, la proporcionalidad “encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado”²²¹.

En este sentido, la admisibilidad de la actuación estatal sobre la propiedad necesariamente debe pasar el filtro de la proporcionalidad para impedir un ejercicio excesivo y, por ende, arbitrario sobre la propiedad privada, con la finalidad de verificar *“la razonabilidad de la medida, en función del fin buscado, su necesidad y proporcionalidad, pues sólo así es posible evitar que existan actos regulatorios arbitrarios y se respete, simultáneamente, la realización de los fines*

²²⁰ Tesis: 1a. LXXVII/2014 (10a.), Primera sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo, 2014, p. 552 (registro: 2005813).

²²¹ Barnés, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho público*, No. 5, INAP, Madrid, 1998, p. 19.

legítimos buscados con el modelo regulatorio que adopta nuestra Constitución Federal”²²².

Recientemente, la primera Sala de la SCJN, ha reiterado que *“el análisis de razonabilidad que realice el juzgador a las modalidades que se impongan a la propiedad privada [...] en función del fin buscado, la necesidad y proporcionalidad de la medida-, sólo requiere de una motivación ordinaria*”²²³.

Aunque corresponde al legislador considerar el “principio de proporcionalidad” al establecer un criterio delimitador de la función social de la propiedad y tomando en cuenta el tipo de propiedad de que se trate, ya que “la función social es reconocida constitucionalmente por sí misma; pero, en línea de máxima su operatividad y funcionalidad dependen de la previa concreción legislativa de sus exigencias para cada caso específico”²²⁴.

La mayor carga de la proporcionalidad como método de control se posiciona en el ámbito judicial de la determinación urbanística derivado de la indeterminación normativa a través de

²²² Tesis: 1a. LXXX/2014 (10a.), Primera sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo, 2014, p. 552 (registro: 2005812).

²²³ Tesis: 1a. LXXXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo, 2014, p. 551 (registro: 2005811).

²²⁴ Colina Garea, Rafael, *op. cit.*, p. 253.

la proporcionalidad. De ahí que, el siguiente momento se refiere al obligado control judicial sobre la decisión urbanística que recae en la propiedad privada.

La legislación urbanística federal no vincula a la autoridad urbanística a llevar a cabo el método de ponderación en el momento en que ejerce sus facultades de planificación para diseñar un modelo urbanístico a partir de los intereses público y privados que se encuentren involucrados y que la propia CF determina la prevalencia del interés público sobre el interés privado, lo que, produce debilidad del Derecho urbanístico mexicano para exigir la decisión ponderada y, por ende, la prevalencia de modelos urbanísticos concretos.

Resulta evidente que la simple remisión legal a un conjunto de instrumentos de planeamiento urbanístico no implica necesariamente la decisión ponderada de la autoridad planificadora, ya que, aunque la esencia del planeamiento se basa en anticipar un modelo urbanístico a partir de dinámicas y realidades concretas dicha referencia no garantiza que la acción administrativa haya adoptado un modelo urbanístico determinado claramente ponderado. Precisamente, dicha indeterminación normativa sostiene entonces la carga en la discrecionalidad administrativa en sede urbanística lo que disminuye sustancialmente las referencias a partir de las que el juzgador se

encargará de controlar el acto discrecional de la autoridad urbanística²²⁵.

Dicha debilidad del ordenamiento jurídico mexicano referido al Urbanismo no sólo se refleja en la racionalización la discrecionalidad técnica de la Administración urbanística sino además para delimitar el espacio de control judicial sobre la decisión urbanística.

Ya que, de acuerdo con el principio de interdicción de la arbitrariedad, la actuación de la autoridad urbanística se encuentra entonces vinculada al control de la proporcionalidad para limitar el alcance de la medida impuesta sobre el contenido de la propiedad privada, como indica Luis Arroyo, la proporcionalidad es “un método de control cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ha sido ya adoptada”²²⁶.

²²⁵ Barnés considera que “el principio de proporcionalidad está integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”. Barnés, Javier, *op. cit.*, p. 16.

²²⁶ Arroyo Jiménez, Luis, *op. cit.*, p. 33. Por otro lado, Barnés considera que “la ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus

Esta actuación de control judicial se incardina en un ámbito singular de regulación. Por un lado, la LGAH no hace referencia o condiciona al planeamiento urbanístico a la aplicación del método de ponderación, lo implica ausencia de racionalidad en la decisión adoptada y, ante dicha indeterminación, se genera un efecto en el espacio de control judicial altamente maleable para el juzgador.

La indeterminación legal provoca, entonces, que el órgano judicial de control tenga un amplio espacio de arbitrio para *i)* decidir mantener la deferencia de la decisión discrecional de la autoridad urbanística independientemente de la presencia de una decisión ponderada o, por el otro, *ii)* llevar a cabo una excesiva intervención judicial sobre la decisión urbanística sin mayores elementos que sirva a la aplicación de la proporcionalidad como método de control racional y, sobre todo, completo²²⁷.

Cualquiera de los dos presupuestos impacta negativamente en la construcción de una decisión urbanística racional y coherente para el derecho fundamental de la propiedad privada.

modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación de costes y beneficios”. Barnés, Javier, *Íbidem*, p. 35.

²²⁷ “*Toda persona tiene derecho a que se la administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...*”. Artículo 17, párrafo segundo CF. Desde la doctrina se afirma que “el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor de justicia”. Barnés, Javier, *op. cit.*, p. 19.

Por un lado, la decisión urbanística de la Administración queda suelta de una justificación racional, ordenada y coherente; ya que la única mención legal impone al planificador responder de manera motivada a las participaciones que los ciudadanos hayan realizado en el momento de la fase de participación ciudadana²²⁸.

Por el otro, ante la enorme indeterminación normativa, como se ha dicho, el juez tiene escasas referencias para observar la actuación administrativa y sólo queda constreñido a los datos

²²⁸ En este asunto ver el artículo 16 fracción III LGAH. En el ámbito judicial, en el IV Circuito (uno de los más activos sobre la materia urbanística), se ha establecido que la respuesta que obligadamente debe dar la autoridad planificadora *“por sí sola, no les depara perjuicio y, por ende, es improcedente el amparo indirecto contra la resolución que desestima dichos planteamientos, pues será hasta que el Ayuntamiento apruebe el plan o su modificación, y ordene su publicación en el Periódico Oficial del Estado, así como su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, cuando pudiera generarse algún perjuicio en su esfera de derechos, legitimándolos para reclamarlo en el juicio biinstancial [...] porque la respuesta constituye una actuación intermedia dentro del procedimiento de creación de la norma reglamentaria, como lo es el Plan de Desarrollo Urbano, que aun cuando no surge del Congreso Local, su observancia es obligatoria para los particulares que habitan en la zona de influencia y tiene nivel de reglamento municipal”*. Jurisprudencia: PC.IV.J/1a (10a.), PC., *Semanario Judicial de la Federación*, viernes, 12 de septiembre, 2014, 10:15h (registro: 2007418).

que se generan en el concreto asunto judicial sin mayor referencia a una decisión urbanística integral o completa que sustenta una decisión administrativa.

En esta realidad de indeterminación normativa, en los últimos años, los tribunales federales han ido “estirando” el principio de congruencia aplicable a los actos administrativos²²⁹ como criterio determinante que también deben adoptar los instrumentos de planeamiento urbanístico, lo que, implica la renovación de las relaciones entre instrumentos de planeamiento pero también en el contenido de cada plan.

Al respecto, resulta representativa la resolución judicial²³⁰ que diferencia las relaciones administrativas de las facultades concurrentes de los Asentamientos Humanos, dicha diferenciación radica en dos vías para analizar los ámbitos de concurrencia:

²²⁹ *“En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin perjuicio de la potestad de la Administración Pública Federal de iniciar de oficio un nuevo procedimiento”.* Artículo 59, párrafo segundo de la *Ley federal del procedimiento administrativo*, de 4 de agosto de 1994. Última reforma de, 9 de abril de 2012.

²³⁰ Tesis: 1a. CXXXII/2014 (10a.), Primera sala, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, t. I, abril, 2014, p. 866 (registro: 2006100).

- normativa: *“establece las relaciones jerárquicas o de división competencial de la que deriva la validez de diversas disposiciones emitidos por los distintos niveles de gobierno”*.
- planeamiento: *(planes, programas y acciones relacionados con la planeación) que, si bien derivan y tienen una relación directa con la primera vertiente, se relacionan entre ellas de forma distinta a la validez, con criterios de congruencia, coordinación y ajuste”*.

Sin embargo, con los datos aportados por la normatividad (CF, CADH, LGAH), la introducción forzada de la congruencia²³¹ del acto administrativo en el planeamiento urbanístico y la escasa doctrina judicial en la materia, no resulta posible identificar un mandato de ponderación a la autoridad planificadora.

Esta situación del urbanismo mexicano, desdeña la utilización del método de la ponderación en la determinación del modelo urbanístico y sobre todo debilita el papel de la propiedad privada; ya que la presencia de la exigencia ponderativa para la autoridad urbanística al momento de aprobar el instrumento de planeamiento urbanístico, en definitiva, eleva la exigencia de motivación del acto conforme exige el canon del artículo 16, párrafo primero CF.

²³¹ Al respecto se ha señalado que *“la decisión sea correspondiente y proporcional a la pretensión deducida o petitio...”*. Jurisprudencia: I.4o.A.J/31 (9a.), TCC., *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXI, marzo, 2005, p. 1047 (registro: 178877).

Pero a su vez incide en el cumplimiento adecuado del mandato constitucional del párrafo tercero del artículo 27 CF para lograr los objetivos de las modalidades a la propiedad privada del suelo: *“regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación [...] cuidar de su conservación [...] ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras [...] planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población....”*²³².

Finalmente, cabe señalar que resulta evidente que la imposición de las modalidades que dicte el interés público (urbanístico) a la propiedad privada está resuelta desde la concreta perspectiva de éste derecho fundamental, aunque genere consecuencias sobre el derecho fundamental a la *igualdad* respecto a su proyección urbanística para ajustar las cargas o

²³² Además ver los fines establecidos en el artículo 3 LGAH. Así la LGAH determina que *“para cumplir con los fines señalados en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional en materia de fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población, el ejercicio del derecho de propiedad, de posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de bienes inmuebles ubicados en dichos centros, se sujetará a las provisiones, reservas, usos y destinos que determinen las autoridades competentes, en los planes o programas de desarrollo urbano aplicables”*. (artículo 27 LGAH).

deberes así como los beneficios derivados de los usos de suelo aplicados.

Conclusiones

1. En el ámbito mexicano y americano, la propiedad privada del suelo es uno de los derechos fundamentales que admite mayores posibilidades de incursión estatal para su limitación o condicionamiento normativo (ley o reglamento-plan) justificados en el interés general.

2. a. El Estado tiene habilitación constitucional para intervenir la propiedad privada del suelo -como propietario originario- y dirigir o imponer un contenido determinado a los bienes y de ahí dotar de contenido específico a la propiedad del suelo.

b. Por tanto, el contenido de la propiedad privada se refiere a la determinación estatal y no al que pretenda dar su propietario, por lo que, urbanísticamente, el contenido del suelo no le corresponde determinarlo al propietario sino que el bien queda sujeto al uso impuesto por el Estado a través de los instrumentos de planeamiento y, a partir de la

determinación urbanística, se desenvuelve el dominio sobre el predio.

3. En el concreto ámbito urbanístico la función social de la propiedad del suelo presenta diversos alcances sobre el objeto (suelo) como del sujeto (propietario). En este sentido, derivan limitaciones de contenido negativo sobre el suelo en el que las normas jurídicas prohíben determinados usos del inmueble (construir determinadas edificaciones o de alteración de un diseño arquitectónico determinado, entre muchas otras). Pero a su vez, también comprenden deberes o cargas de contenido positivo para destinar el suelo a determinados usos (por ejemplo, la imposición de deberes para obtener el aprovechamiento urbanístico determinado a través de la habilitación administrativa de uso del suelo, deber de conservar el bien sujeto a protección histórica o la obligación de responder a la urbanización en el caso de fraccionamientos, entre muchos otros).

4. La expropiación como instrumento de exigencia justificada sobre la propiedad privada se distingue por la eliminación o vaciamiento de los atributos de dominio del propietario y, por ende, genera la indemnización por el menoscabo patrimonial ocasionado. La única garantía constitucional de la propiedad privada se reduce

sencillamente a su vertiente económica que se refleja en la indemnización.

5. Las modalidades a la propiedad privada que impone el Estado mexicano delimitan el ámbito de dominio del propietario y deja a salvo las facultades de dominio por lo que no se pierde dicho carácter, de ahí que no resulte exigible resarcimiento alguno. Salvo que se trate de un menoscabo patrimonial cuando la determinación estatal incida negativamente en la disminución del valor del predio, por lo que, la medida sobre la propiedad privada debe prevalecer y, adicionalmente, establecer mecanismos administrativos para compensar la igualdad en el aprovechamiento urbanístico del suelo entre propietarios.

6. a. Los instrumentos normativos (reglamentarios) del planeamiento urbanístico tienen la finalidad de determinar, precisar y configurar el contenido urbanístico de la propiedad del suelo a partir del interés público necesario para lograr la determinación constitucional del artículo 27 párrafo tercero sobre los asentamientos humanos, de ahí, que quede fuera del ámbito del propietario definir el contenido de la propiedad del suelo.

b. Precisamente, adquieren relevancia los mecanismos de participación ciudadana en la formulación o modificación del planeamiento urbanístico para influir en el modelo sujeto

a planeamiento y, especialmente, para constreñir de alguna manera el espacio de discrecionalidad de la Administración pública.

7. La propia CF ha resuelto mediante reglas que determinan la prevalencia del interés público sobre la propiedad privada y modula el impacto de la intervención estatal, anulando a la propiedad privada (expropiación) o graduando su contenido (modalidades). Por lo que, los operadores jurídicos no tienen posibilidades jurídicas de alterar la regla constitucional mediante una pretendida “re”ponderación.

8. La legislación urbanística deja la carga de regulación a la discrecionalidad administrativa (técnica) para determinar el modelo urbanístico a aplicar sin que exista una obligación o vinculación legal a utilizar el método de la ponderación en la configuración del instrumento de planeamiento. Esta situación incide negativamente en dos aspectos esenciales:

a. El enorme espacio en el que se desenvuelve la Administración urbanística para decidir de manera unilateral el diseño urbanístico como si la simple decisión discrecional contenga por sí misma una suficiente causa razonabilidad independientemente de su correcto ejercicio. De tal manera que la construcción legal del Urbanismo mexicano genera –

de *facto*- supremacía de la discrecionalidad sobre cualquier otra consideración.

b. La escasa presencia ciudadana en los procesos de participación que legalmente deben llevarse a cabo en el procedimiento de formulación o modificación del planeamiento urbanístico amplia el espacio de discrecionalidad administrativa.

c. El limitado espacio de control judicial de la decisión urbanística mediante la aplicación del método de control de la decisión administrativa (proporcionalidad). Lo que deja abierto un espacio indeterminado para el activismo judicial en el urbanismo mexicano al carecer de elementos suficientes y racionales para constreñir la acción discrecional.

9. El juez de control está limitado a las reglas establecidas en la propia Constitución y, por ende, a respetar la distribución competencial para determinar o configurar el interés público que corresponde a la expropiación y a las modalidades sobre la propiedad del suelo al legislador y a la Administración urbanística.

10. La forma mediante la que actualmente se imponen las modalidades derivadas de la ordenación urbanística (sin obligación de ponderación) que sólo sujeta al método de control de la proporcionalidad para graduar la intensidad de la limitación del contenido de la propiedad privada.

11. Las debilidades de la construcción jurídica que presenta actualmente el Derecho urbanístico en México genera condiciones políticas, económicas y sociales que desplazan –de *facto*– el espacio de intervención jurídica estatal para imponer un modelo urbanístico determinado.

12. Dichas debilidades terminan por aportar al relanzamiento del ámbito de dominio del propietario sobre la cosa sin necesidad de cohonestar su interés con el interés público. Esta situación favorece la especulación, el aprovechamiento urbanístico descontrolado del suelo y la irracional explotación del mismo. En consecuencia, se desplaza la prevalencia del interés público (urbanístico) establecido en el Derecho por una realidad en la que prevalece el interés urbanístico del particular ante un Estado con debilidades administrativas y judiciales.

13. La dinámica actual del aprovechamiento urbanístico del suelo presenta la desventaja de una débil participación ciudadana en las fases de planeamiento y, especialmente, de control de las determinaciones urbanísticas.

14. La dinámica urbanística en el control de las determinaciones urbanísticas se concentra en la sociedad civil que constriña la actividad estatal (administrativa y judicial) al cumplimiento de la prevalencia del interés público en el Urbanismo. A su vez, los conflictos urbanísticos se

platearán a partir de la tensión de intereses del propietario del suelo con el interés colectivo de otros particulares en las que la Administración y el Juez se verán orillados a resolver el conflicto.

15. Las debilidades jurídicas deben ser corregidas por el legislador federal para aportar desde el espacio institucional del Estado herramientas que reasignen a la Administración pública y al Juez su esencial papel en el cumplimiento del mandato constitucional y ofrezcan mayores garantías de certeza y racionalidad en las decisiones que determinan el contenido de la propiedad privada y terminen por completar el círculo virtuoso del Urbanismo.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Gendín, Sabino, *Expropiación forzosa. Su concepto jurídico*, REUS, Madrid, 1928.

Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho público económico*, Granada, Comares, 2004.

Arnau Muñoz, Juan Andrés, *Límites a los derechos fundamentales en el Derecho constitucional español*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

Arroyo Jiménez, Luis, “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *Ponderación y Derecho administrativo*, Ortega, Luis y Susana de la Sierra (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2009.

Azuela, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el Derecho*, 1a. reimp., El Colegio de México, México, 1999.

Barnés, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho público*, No. 5, INAP, Madrid, 1998.

- Bassols Coma, Martín, "Panorama del Derecho urbanístico español", *RDU*, No. 100, octubre-diciembre, Madrid, 1986.
- Bonnecase, Julien, *Elementos de Derecho civil*, t. I, Cajica, José (trad.), Cajica/Porrúa Hermanos, México, 1945.
- Calva, Estéban, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Díaz de León y White, México, 1874.
- Canaris, Claus-Wilhelm, *El sistema en la jurisprudencia*, FNC, Madrid, 1998.
- Carbonell, Miguel, Nava Escudero, César y Ovalle Favela, José, "Artículo 27", en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. XVII, 7a. ed., Porrúa/IFE/Senado/PJF, México, 2006.
- Carceller Fernández, Antonio, *Instituciones de Derecho urbanístico*, 5a. ed., Madrid, Montecorvo, 1992.
- Cárdenas Gracia, Jaime, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 139, enero-abril, UNAM, México, 2014.
- "México a la luz de los modelos federales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 110 mayo-agosto, México, UNAM, 2004.
- Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 18a. ed., México, s. XXI, 2004.

- Carranza, Venustiano, “Mensaje y proyecto de constitución de 1 de diciembre de 1916”, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, artículo 40, t. VI, México, Cámara de Diputados-LV Legislatura, 1994.
- Castellà Andreu, Josep M^a., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*, Cedecs, Barcelona, 2001.
- Colina Garea, Rafael, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona, JM Bosch, 1997.
- De Páramo Argüelles, Juan Ramón, “Concepto de derechos fundamentales”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan R. De Páramo y Luis Prieto Sanchís, (coords.), CEPC, Madrid, 2004.
- De Pina, Rafael, *Elementos de Derecho civil mexicano*, vol. II, 17a. ed., Porrúa, México, 2002.
- Díaz y Díaz, Martín, *Ensayos sobre la propiedad*, Antonio Azuela (comp.), UNAM, México, 2012.
- Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

- Fernández Ruiz, Jorge, "Derecho urbano en México. Administración federal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 79, enero-abril, UNAM, México, 1994.
- Gallego Anabitarte, Alfredo, *et. al.*, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- García de Enterría, Eduardo, "Principio y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", *Libro Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí Gómez-Ferrer Morant*, Rafael (coord.), Civitas, Madrid, 1989.
- García de Enterría, Eduardo, y Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 2a, ed., Madrid, Civitas, 1981.
- González Oropeza, Manuel, "La distribución de facultades y responsabilidades en México", (Mérida García, Francisco, trad.), *SCLC/Estudios jurídicos y políticos*, No. 2, San Cristóbal de las Casas, UNACH, 2005.
- "La reforma jurídica en México", *Lex*, No. 85 (suplemento ecología), julio, México, 2002.
- Harris, Nigel, "Globalización y tendencias en la gestión de las ciudades", *Gestión y política pública*, No. 1, CIDE, México, 2006.

Jiménez Dorantes, Manuel, “Colaboración y coordinación en el sistema federal mexicano”, en *Estudios en homenaje a D. Jorge Fernández Ruiz, Derecho Administrativo*, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Alejandro, (coords.), t. I, México, UNAM, 2005.

----- “La conferencia nacional de gobernadores como órgano de cooperación en el sistema federal mexicano”, *Constitucionalismo local*, Cienfuegos Salgado, David (comp.), México, Porrúa, 2005.

----- *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

----- ¿urbanismo a la carta? Implicaciones del cambio de uso de suelo”, *El Mundo del Abogado*, agosto, México, 2011.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª. ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1970.

Lucio, Joanna D., Ramírez, Edgar E., y Cárdenas, Sergio, “¿Libertad para quién? El efecto de las comunidades cerradas en el espacio urbano”, *Documentos de trabajo*, No. 251, CIDE, México, 2010.

Madison, J., “XXXIX”, *El federalista* (Hamilton A., Madison J. y J. Jay), 1a. reimp., México, FCE, 2004.

- Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. 2 parte especial, 2ª. ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.
- Menéndez Rexach, Ángel, “Ley y reglamento en España”, *Derecho europeo comparado sobre ley y reglamento*, Rosado Pacheco, Santiago (coord.), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
- Merkel, Adolfo, *Teoría general del Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004.
- Ovalle Favela, José, “Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, No. 107, mayo-agosto, UNAM, México, 2003.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *et. al., Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 9a. ed., Tecnos, Madrid, 2007.
- Pomed Sánchez, Luis A., “¿El abandono de la concepción francesa de la Ordenación del Territorio?”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nos. 6 y 7, junio-diciembre, Zaragoza, 1995.
- Rábago Dorbecker, Miguel, “El régimen constitucional y legal de la expropiación nacional e internacional: ¿Génesis

de un doble estándar o convergencia de criterios?”, *Derecho comparado Asia-México*, UNAM, México, 2007.

Rey Martínez, Fernando, *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, BOE/Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Rodríguez de Santiago, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

----- "Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española", *RAP*, septiembre-diciembre, 2008, CEPC, Madrid.

Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho administrativo general*, t. II, 1a. ed., Iustel, Madrid, 2004.

Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons/INAP, Madrid, 2003.

Stein, Ekkehart, *Derecho político*, Sainz Moreno, Fernando (trad.), Madrid, Aguilar, 1973.

- Thiers, Marie, *De la propiedad*, Administración del Correo de Ultramar, París, 1848.
- Torne Jiménez, José, “De la democracia a la participación. Remodelación de las Instituciones administrativas”, *Administración y Constitución*, Madrid, Presidencia del Gobierno, 1981.
- Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, 2a. ed., Porrúa, México, 1989.
- Wahl, Rainer, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

