



I
•
J

O presente livro foi realizado no âmbito das atividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projeto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, financiado pela FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia - Projeto UIDB/04643/2020; DOI 10.54499/UIDB/04643/2020 - <https://doi.org/10.54499/UIDB/04643/2020>.

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Tipografia Lousanense, Lda.

geral@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Colégio da Trindade | 3000-018 Coimbra

978-989-9075-72-6

<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/livro>

© 2024

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Construindo um território integrado e sustentável

*instrumentos jurídicos
para uma maior integração
e sustentabilidade territorial*

Construyendo um territorio integrado y sostenible

*instrumentos jurídicos
para una mayor integración
y sostenibilidad territorial*

Coordenação
DULCE LOPES

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| MODELOS TERRITORIALES SOSTENIBLES: MEDIDAS PARA LA LIMITACIÓN DE OFERTA DE SUELO <i>Jorge Agudo González</i> | 1 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/01) | |
| ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO: EM BUSCA DE UM TERRITÓRIO INTEGRADO NO PERU <i>Carmen Guerrero Azañedo</i> | 35 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/02) | |
| SOSTENIBILIDAD Y CRECIMIENTO URBANO - LOS RETOS AMBIENTALES EN LA RENOVACIÓN Y EXPANSIÓN URBANA EN COLOMBIA <i>Gloria Henao González / Juana Hofman Q.</i> | 49 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/03) | |
| JUSTIÇA TERRITORIAL E CIDADES INCLUSIVAS: EM ESPECIAL OS DESAFIOS DA HABITAÇÃO <i>Fernanda Paula Oliveira</i> | 87 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/04) | |
| LA “CIUDAD VERDE” Y LOS RETOS PARA EL DERECHO <i>Giuseppe Piperata</i> | 101 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/05) | |
| CAPTURA DE MAIS-VALIAS URBANÍSTICAS EM PORTUGAL <i>Dulce Lopes</i> | 113 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/06) | |

| | |
|--|-----|
| EFECTO RECTOR DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL MEDIO AMBIENTE Y LA PROTECCIÓN DEL CLIMA <i>Kathrin Nitschmann</i> | 127 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/07) | |
| PLANEACIÓN URBANA RESILIENTE ANTE LA AMENAZA DEL CAMBIO CLIMÁTICO <i>Salvador Rosas Barrera</i> | 157 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/08) | |
| “MOSAICO REGULATORIO”: AS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI N. 14.026/2020 <i>Thiago Marrara</i> | 193 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/09) | |
| LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO REGULATORIO DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PLANIFICACIÓN URBANA EN EL PERÚ: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS <i>Diego Zegarra Valdivia / Gianpierre Valverde Encarnación</i> | 219 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/10) | |
| GOBIERNO DEL TERRITORIO Y VALORIZACIÓN DE LOS PUEBLOS HISTÓRICOS EN ITALIA <i>Gabriele Torelli</i> | 275 |
| (https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/11) | |

NOTA INTRODUTÓRIA

Nesta obra coletiva apresentam-se compilados vários artigos produzidos por membros da RED-URTERAM AL/UE, que foram apresentados e debatidos na terceira conferência desta Rede, organizada em associação com o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, nos dias 20 e 21 de janeiro de 2023.

A intenção da RED-URTERAM AL/EU é de aproximar estudiosos da América Latina e da União Europeia, na partilha e debate de ideias sobre como melhorar o enquadramento urbanístico, ambiental e de ordenamento territorial nos respetivos países e regiões.

Estas reflexões, na presente obra coletiva, debruçam-se sobre os seguintes eixos: planeamento, sustentabilidade e equilíbrio territorial; planeamento e alterações climáticas; infraestruturas e serviços territoriais e, por fim, valorização territorial.

Todos estes eixos, de forma combinada ou isolada, são imprescindíveis para uma adequada ocupação territorial colocada ao serviço das pessoas e do ambiente, que é, afinal, o que se almeja.

MODELOS TERRITORIALES SOSTENIBLES: MEDIDAS PARA LA LIMITACIÓN DE OFERTA DE SUELO

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/01>)

JORGE AGUDO GONZÁLEZ¹

Resumen: El Derecho urbanístico ha utilizado técnicas como la clasificación del suelo para condicionar la generación de oferta de suelo transformable en ciudad. Sin embargo, la discrecionalidad del planificador urbanístico en la clasificación del suelo ha venido siendo especialmente importante en las categorías en las que se generan las bolsas de suelo transformable, pudiendo generar modelos urbanísticos intensivos en el consumo de recursos. En las últimas décadas se han consolidado algunos nuevos mecanismos a nivel legislativo, pero sobre todo a nivel jurisprudencial, cuya funcionalidad es precisamente la limitación de la oferta de suelo, fomentando un urbanismo orientado a un menor consumo de recursos naturales. En este estudio se abordan la evolución en el control de la discrecionalidad del planificador en materia de clasificación de suelo, al igual que otras medidas jurídicas que han incidido de forma determinante en orientación del modelo urbanístico hacia parámetros de sostenibilidad.

Palabras clave: modelo urbanístico, oferta de suelo, sostenibilidad, jurisprudencia.

Abstract: Urban Law has used techniques such as land classification to condition the generation of land that can be transformed into

¹ Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Director del Centro Pablo de Olavide de la misma Universidad. 0000-0002-2174-9550

a city. However, the discretionary powers of the urban planner in the classification of land has been especially important in the categories in which areas of transformable land are generated, being able to generate intensive urban models in the consumption of resources. In recent decades, some new mechanisms have been consolidated at the legislative level, but above all at the jurisprudential level, whose functionality is precisely the limitation of the supply of land, promoting urban planning aimed at less consumption of natural resources. This study is focused on the evolution of the control of the planner's discretion in terms of land classification, as well as other legal measures that have had a decisive impact on the orientation of the urban model towards sustainability parameters.

Key words: urban model, land offer, sustainability, case-law.

Introducción.

1. La evolución de la normativa urbanística estatal en España, hoy plasmada en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (TRLRS15, en adelante), del mismo modo que en la legislación de las distintas Comunidades Autónomas (CCAA), así como en otras muchas normas sectoriales dictadas en ámbitos con incidencia en la ordenación del territorio, del urbanismo y del medio ambiente, ponen de relieve una clara tendencia de cambio en el modelo urbanístico que comenzó con la derogación por Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (LS07), de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LS98). Esa evolución ha afianzado a nivel legal un modelo urbanístico basado en principios entre los que hay que recalcar los de transparencia y participación, los de cooperación y coordinación interadministrativa y, sobre todo, el de sostenibilidad.

Acerca de este último principio, sobre el que me voy a centrar en este trabajo, el TRLRS15 asume una regulación que hace palpable la intención del legislador de apostar definitivamente por un modelo sostenible², algo que, en cualquier caso, ya fue acogido en la LS07. Un

² Así se constata en el art. 1 del TRLRS15, estableciendo como objetivo de la ley garantizar “un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano”. Similar pretensión en el art. 3 -“Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”-

modelo urbanístico, por lo que aquí nos interesa, que no asume como objetivo último el consumo de suelo para su transformación en ciudad, sino que reorienta el enfoque del urbanismo hacia la ciudad existente y, por ello, en la rehabilitación, regeneración y renovación urbana³.

Esto mismo, como ya he dicho, se ha acogido igualmente en otras muchas normas entre las que no se pueden olvidar las dictadas por la Unión Europea (UE). Pero no sólo hay que referirse a las Directivas o Reglamentos comunitarios, sino también a influyentes instrumentos de *softlaw* que han tenido un efecto persuasivo tanto o más eficaz que una norma imperativa. De hecho, que el legislador español haya asumido un modelo territorial y urbanístico determinado se podía considerar como algo insalvable debido a que la ejecución de bastantes normas comunitarias, asegurada gracias a la primacía del Derecho de la UE, sólo podía ser coherentemente lograda con base en un cambio radical de modelo.

No pensemos, en cualquier caso, que el legislador estatal actuó racionalmente y predijo los problemas de un modelo urbanístico basado

exigiendo el “uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social ... y la protección del medio ambiente”. O bien en el art. 5.a) que, al regular los derechos del ciudadano, reitera el derecho a una vivienda digna “libre de ruido y de otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo (...) y en un medio ambiente y un paisaje adecuado”. Aún más, se prevé como deber de los ciudadanos (art. 6.a) “respetar y contribuir a preservar el medio ambiente y el paisaje natural absteniéndose de realizar actuaciones que contaminen el aire, el agua, el suelo y el subsuelo o no permitidas por la legislación en la materia”. Por si fuera poco, en el art. 16 se conforma el derecho de propiedad del suelo en situación de rural -no transformado y con valores susceptibles de protección-, con “el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales”. Pero también cabe destacar el art. 13.3 en el que se pretende imponer una exigencia clave y, por otro lado, obvia, a la alteración sobrevenida de espacios naturales protegidos, imponiendo, como digo, que esas alteraciones se limiten a los “cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada”. *Last but not least*, el art. 22 incorpora un deber ya previamente establecido en la legislación de evaluación ambiental -actualmente, desarrollado por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, pero que, por fin, se integra sin ambages en la legislación urbanística; me refiero a la obligación de someter a previa evaluación ambiental estratégica a los instrumentos de planeamiento, sin perjuicio de que los proyectos previstos también deban someterse a evaluación de impacto ambiental.

³ Un estado de la cuestión en Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «Gobernanza local, urbanismo y sostenibilidad», *Revista Estudios Turísticos. Número Monográfico*, 2007, 172-173.

en la oferta de suelo casi ilimitada. Tampoco asumamos que el legislador fue diligente e incorporó a tiempo y correctamente las normas comunitarias y múltiples documentos de la UE que ya vaticinaban la necesidad de un cambio en el modelo territorial y urbanístico. Muy al contrario, el legislador español solamente reaccionó cuando comenzaron a percibirse los efectos de la “crisis del ladrillo” y el fin de la burbuja inmobiliaria a finales de la primera década de este siglo. En otras palabras, no podemos hablar de un legislador racional y coherente, sino de un legislador a rebufo de los problemas.

2. Esas circunstancias podrían tener una importancia relativa si, al menos, la labor legislativa hubiera estado a la altura. Sin embargo, tampoco podemos decir que haya sido así. Lo que en el plano de los principios y declaraciones generales es muy loable, en el ámbito de la regulación específica se ha tornado en múltiples problemas jurídicos. De hecho, lo paradójico es que la labor del legislador se ha visto entorpecida por el propio legislador. En ocasiones, porque la ley no ha aclarado conceptos jurídicos indeterminados y principios sin un contenido claro y definido, generando problemas en la consecución de objetivos fundamentales en términos de sostenibilidad. En otras, porque los legisladores autonómicos se han encargado de “torpedear” no sólo la efectividad de la legislación europea y estatal, sino también la de sus propias leyes urbanísticas dictadas para adaptarse a la LS07 y al TRLS15. Ha pesado mucho una larga tradición de un urbanismo de transformación de suelo en ciudad que consume muchos recursos, y ha costado, y sigue costando, mudar ese modelo hacia el urbanismo de ciudad al que ya he aludido.

Más allá de la irracionalidad de los legisladores, si tuviera que identificar otro gran problema de esa transición de modelos urbanísticos, yo diría que éste es la hiperactividad de los legisladores y de otras entidades con potestad normativa -UE, Estado, CCAA, municipios. Muchas normas, muchísimas -específicamente urbanísticas, de ordenación del territorio, de paisaje y patrimonio cultural, de espacios naturales y otros espacios protegidos, conectividad y corredores ecológicos, de recursos naturales y dominio público natural, de infraestructuras y energía, sobre ruido y calidad del aire, etc.- Tantas normas generan conflictos competenciales -cuanto más se regula, más fácil es superar los límites de las competencias propias- y, lógicamente, dan lugar a contradicciones o confusiones, pero también permiten prever circuns-

tancias de dispensa, de exoneración o de demora en la aplicación -la previsión de excepciones y moratorias, las disposiciones transitorias, las remisiones normativas a futuros planes, etc.- En fin, la apuesta -tardía- del legislador por un modelo urbanístico sostenible ha quedado ensombrecida porque los propios legisladores se han puesto trabas a sí mismos. En materia de sostenibilidad territorial hay cuestiones que no han merecido la reacción del legislador, como si no fuera con él corregir los evidentes defectos normativos que han generado relevantes problemas en la práctica administrativa.

Y el gran inconveniente es que, efectivamente, todo ese desbarajuste tiene que ser aplicado y llevado a la práctica. No se puede negar que, en muchos casos, han sido las propias Administraciones públicas competentes en materia urbanística -CCAA y municipios- las que no han querido o no han sabido interiorizar el nuevo modelo urbanístico en los planes que se iban tramitando. Amparándose en una legalidad compleja y confusa, a veces se ha utilizado ese contexto normativo para reiterar prácticas administrativas acendradas que han complicado la transición hacia un nuevo modelo urbanístico. Todo ese gran conjunto de normas es un magnífico nicho para la “ingeniería jurídica”: no es infrecuente escuchar aquello de que “*el plan lo soporta todo...*”

Esa concepción simplista y utilitarista del urbanismo ha generado un choque frontal entre una práctica administrativa irredenta y una legalidad que, con sus deficiencias, apunta hacia objetivos necesarios. Esto ha llevado a que las tramitaciones de los planes sean largas, complejas y cargadas de múltiples controversias. Si a todo ello añadimos una sociedad cada vez más concienciada, organizada e informada, el resultado no podía ser otro que el de una creciente litigiosidad. No hay plan que se apruebe que no se impugne.

3. Todo lo dicho nos lleva a los altos Tribunales -el Tribunal Constitucional, pero sobre todo el Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA-. Tribunales que han tenido que asumir un protagonismo determinante para enderezar al legislador y para censurar a las Administraciones. Un papel intenso que bordea el límite de las funciones constitucionales que les corresponde. ¿Por qué afirmo esto? Pues porque los altos Tribunales han tenido que asumir una suerte de función creadora de Derecho, no sólo meramente interpretativa o aclaratoria, sino auténticamente normadora, para atajar los defectos

y omisiones de un Derecho positivo que, a pesar de ser amplísimo, no evita lagunas y, sobre todo, genera importantes confusiones.

En fin, los Tribunales han asumido un protagonismo muy importante en el actual rumbo de la política territorial y urbanística. Gracias a ellos, a mi juicio, se han establecido criterios fundamentales para consolidar el nuevo modelo sostenible que el legislador no siempre ha sabido defender.

4. Planteado así el contexto en el que se integra el objeto de estudio de esta ponencia, es imprescindible señalar que no es posible abordar aquí con la precisión debida todos y cada uno de los problemas jurídicos surgidos en los últimos veinte años. Esto es evidente. Sí que quisiera en este breve trabajo plantear cuatro de los problemas jurídicos más importantes con directa incidencia en la sostenibilidad del modelo urbanístico, que han sido fuente de controversias constantes y en las que los altos Tribunales han tenido que intervenir para atajarlos ante la indolencia general del legislador.

1. Análisis de supuestos en los que la jurisprudencia ha sido clave para consolidar un modelo urbanístico sostenible en materia de oferta de suelo.

1.1. La tramitación inconsistente y defectuosa de los planes: la evaluación ambiental estratégica y el informe de disponibilidad de recursos hídricos.

1. Los procedimientos administrativos de aprobación de planes urbanísticos son el mejor ejemplo de procedimientos complejos en los que la Administración competente tiene que valorar múltiples elementos de juicio, pero también muchas circunstancias jurídicas. A tal efecto, la Administración debe considerar toda la información relevante, valorar adecuadamente todos los intereses y derechos en juego y adoptar una decisión ponderada racional, razonable y justificada que pueda ser considerada la mejor de las soluciones jurídicas posibles.

En materias como el urbanismo, el procedimiento adquiere una gran relevancia como consecuencia del tipo de programación normativa que asume el legislador en materias en las que inciden múltiples intereses. En estas materias las normas jurídicas son cada vez más frecuentemente típicas normas de tipo finalista. Esas normas orientan a

las Administraciones hacia determinados objetivos con base en disposiciones de baja densidad material. Esto implica que, para cumplir con esos objetivos legales, la Administración goza de facultades discrecionales amplias para ponderar, a la vista de las circunstancias concurrentes, todos los intereses y derechos en juego.

Para encauzar la toma de decisiones, la programación normativa finalista se caracteriza por un incremento de los contenidos de tipo organizativo y procedimental⁴: se trata de “procesar” la información relevante, incorporar todos los informes de Administraciones con competencias concurrentes, articular la participación de los interesados/afectados, ponderarla con todos los intereses en juego y, en definitiva, dirigir la toma de decisiones hacia los objetivos marcados legalmente a través de la respuesta “creativa” de la Administración. Son, en definitiva, procesos de decisión que articulan y permiten justificar y, por ello, legitimar, la toma de decisiones eminentemente discrecionales.

2. Estas precisiones son especialmente apreciables en la aprobación de planes urbanísticos y, específicamente, es claramente palpable en la exigencia legal de alcanzar objetivos de sostenibilidad ambiental. Varios son los trámites que contribuyen a que la toma de decisiones sea tendencialmente sostenible. Me voy a referir a dos: la evaluación ambiental estratégica (EAE) y el informe de disponibilidad de recursos hídricos. Ambos son trámites esenciales para justificar si un nuevo desarrollo urbanístico que implica la transformación y el consumo de recursos naturales es sostenible, ya que un plan no se puede calificar como tal sin establecer su repercusión en el medio ambiente y, desde luego, sin conocer si hay recursos hídricos suficientes para dar servicio a la población y a las actividades de la nueva ciudad.

Sobre la EAE no creo que sea necesario extenderme en relación con su enorme trascendencia en la ordenación sostenible del territorio. Tampoco cabe duda de que se trata de un trámite esencial cuya omisión vicia de nulidad radical al plan aprobado. En esto la jurisprudencia fue determinante desde hace años. Sin embargo, los problemas en torno a la EAE siguen estando presentes en la práctica administrativa y

⁴ Véase Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2013a, 45.

la jurisprudencia no deja de contribuir con decisiones que corrigen las irregularidades de los planificadores urbanísticos.

No se trata sólo de que las Administraciones urbanísticas pretendan sortear el sometimiento a EAE de un plan que prevé un desarrollo urbanístico recurriendo a las excepciones -por su extensión, por su escasa relevancia...- o a las particularidades de la evaluación de ciertas propuestas de plan -planes que desarrollan otros previos y generales ya sometidos a EAE- que la propia Directiva en la materia y la legislación interna al respecto prevén; tampoco se trata de los problemas que la omisión o la defectuosa evaluación genera en la validez de los planes que tienen por objeto la transformación de espacios protegidos -por ejemplo, acudiendo a las indeterminadas previsiones de la legislación de la Red Natura 2000 sobre este particular y que tanto trabajo dan al TJUE-; tampoco me refiero a los vicios en que incurre la evaluación si no han participado todas las Administraciones con competencias relevantes, o bien si no se ha hecho partícipe al público y se han dado respuesta a sus alegaciones; ni siquiera voy a referirme a la irregular iniciación de la EAE en fases posteriores a la fase preliminar de borrador del instrumento de planeamiento. No, me voy a referir a algo que vicia muchas evaluaciones, aunque no se encuentren en ninguno de los supuestos anteriores: la relativa interiorización de la metodología de la EAE.

Una evaluación de un plan que prevé una oferta de suelo para su transformación en ciudad no cabe duda de que tiene una repercusión relevante en el medio ambiente en general y en ciertos recursos naturales en particular -suelo, agua...- La seriedad y la intensidad de los profesionales que elaboran los estudios ambientales estratégicos son clave para que la evaluación pueda ser considerada como una auténtica EAE. Para que esto sea así, es imprescindible que el contenido material del estudio valore el nivel de detalle al que puede llegar el plan y, por tanto, si la evaluación de determinados aspectos debe realizarse en este momento o si, por el contrario, deberá ser complementado en otros procedimientos -plan general *versus* plan de desarrollo-, evitando así reiteraciones innecesarias. Ahora bien, dentro de ese contexto, y como establece la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de noviembre de 2013 (Recurso de Casación -Rec.- 64/2011), el contenido material del estudio exige rigurosidad para completar todos los contenidos requeridos.

No es infrecuente, sin embargo, que las evaluaciones pequen de una tramitación dirigida, en la que la aprobación del plan tal cual fue proyectado en su fase de redacción es lo realmente determinante. Dicho de otra manera, las Administraciones contratan los servicios de despachos de consultoría para que justifiquen lo que quieren aprobar, de modo que la aprobación de un proyecto se concibe como un fin en sí mismo y toda la tramitación, incluida la EAE, peca de una orientación pro-proyecto.

Esto se observa muy bien en los estudios de alternativas que muchos de esos planes presentan. Los estudios ambientales estratégicos que presentan los promotores de los planes suelen dar motivaciones suficientes para justificar por qué hay que aprobar un nuevo desarrollo urbanístico. Lo que sucede en algunos casos es que el estudio del resto de alternativas no se puede concebir como tal: 1º) En unos casos porque las alternativas que se analizan no son verdaderas alternativas. Por ejemplo, la STS de 9 octubre 2013 (Rec.- 3665/2010) dice así:

... las propuestas presentadas no son de verdaderas alternativas, porque la Evaluación Estratégica exige un marco comparativo entre alternativas válidas que permita poner en perspectiva la valoración ambiental.

O 2º) En otros casos, porque las alternativas se pretenden condicionar de un modo que hacen perder el sentido a su análisis. En este sentido, la STS de 30 de octubre de 2018 (Rec. 3029/2017) afirma que:

... la evaluación ambiental estratégica pierde buena parte de su finalidad institucional justificadora, (...) cuando la evaluación de las posibles alternativas razonables a que se refiere el Anexo I de la Ley se ve impedida o gravemente debilitada, al venir determinada forzosamente por situaciones de hecho anteriores sobre las que la evaluación estratégica no podría intervenir preventivamente, ni tampoco conjurar sus eventuales riesgos para el medio ambiente. Esto es, (...) la fuerza de lo fáctico, por mucho que resulte inatacable en razón del mecanismo del art. 73 LJCA, (no) pued(e) servir de justificación para eludir el requisito del sometimiento de un nuevo Plan a un proceso de evaluación ambiental.

3. La no disponibilidad de recursos hídricos es uno de los problemas de sostenibilidad más graves en un país que, como España, cuenta con un régimen hídrico irregular y sufre prolongadas sequías. Desde luego que este factor debe ser considerado en la EAE, pero en el ordenamiento español se incluye, además, un informe preceptivo sobre este aspecto que emiten los organismos competentes en la gestión hídrica -las Confederaciones Hidrográficas-. No cabe duda de que la lógica permite afirmar que si un informe emitido por la Administración hidráulica -de la que se presume el mejor conocimiento sobre el estado de las reservas de agua- se pronuncia en contra de la viabilidad de un proyecto urbanístico, la consecuencia sólo podría ser la imposibilidad de aprobar el plan. Sin embargo, esto no ha sucedido en España hasta que el Tribunal Supremo ha puesto coto a una práctica administrativa absolutamente inaceptable y que consideraba que el informe de la Confederación Hidrográfica no era vinculante.

El origen del problema nace en la defectuosa regulación de la materia. Los términos con que el legislador estatal se pronuncia sobre esta cuestión no son claros, ni contundentes. Además, cuando ha intentado aclarar la eficacia del informe lo ha hecho de un modo aún más confuso, de modo que la discusión sobre el tema sólo ha sido superada cuando el Tribunal Supremo ha dispuesto lo que la lógica sugiere: la preceptividad y la vinculatoriedad del informe.

En tal sentido podemos citar muchas sentencias, pero se me permitirá reducirlo a la STS de 14 de noviembre de 2014 (Rec.- 2419/2012) en la que se fija la siguiente doctrina:

1º. No cabe aducir que, mientras no se apruebe el desarrollo reglamentario al que se refiere, ab initio, el artículo 25.4 del TRLA, no hay obligación de requerir el informe ahí contemplado en casos como el presente.

[...] 2º] No cabe, tampoco, aducir que la Disposición Adicional segunda, apartado 4º, de la Ley 13/2003, por su contenido y ubicación sistemática, se refiere únicamente a las obras públicas reguladas en dicha Ley, de manera que no pueda aplicarse al procedimiento de aprobación de planes urbanísticos como el aquí examinado.

[...] 3º] El informe de la Confederación Hidrográfica es, pues, preceptivo, en cuanto que de necesaria obtención, según lo concordadamente dispuesto en los artículos que se han transcrito (hasta el punto de que su no elaboración en plazo determina que el mismo se tenga

por emitido en sentido desfavorable); y es además vinculante en cuanto afecta al ámbito competencial de la Confederación Hidrográfica, por que así lo dispone la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/2003.

[...] Por eso, el informe estatal sobre suficiencia de recursos hídricos, en cuanto se basa en valoraciones que se mueven en el ámbito de la competencia exclusiva estatal, es, sin ambages, vinculante.

Desde esta perspectiva, el artículo 15.3 del TRLS08 concuerda con la precitada Disposición Adicional 2ª, 4, de la Ley estatal 13/2003, pues lo que uno y otro precepto vienen a sentar, en definitiva, y en cuanto ahora interesa, es el carácter no ya determinante sino incluso vinculante del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicomprendensiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado.

[...] Por lo demás, el bloque normativo antes transcrito establece que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de versar sobre el aprovechamiento y disponibilidad de los recursos hídricos, y esa disponibilidad no puede verse circunscrita a la mera existencia física del recurso, sino también a su disponibilidad jurídica, pues, cuando se trata de verificar si existe o no los tan necesarios recursos hídricos para el desarrollo urbanístico pretendido, de nada sirve constatar que los mismos existen si luego resulta que no es jurídicamente viable su obtención y aprovechamiento para el fin propuesto.

En definitiva, el ámbito competencial de las Confederaciones Hidrográficas se extiende, con toda legitimidad, no sólo a la constatación técnica de la existencia del recurso sino también a la ordenación jurídica de los títulos de aprovechamiento [de su obtención, disponibilidad y compatibilidad], y ambas cuestiones pueden y deben ser contempladas de forma inescindible, conjunta y armónica, cuando se trata de formar criterio sobre la disponibilidad de agua para la ordenación urbanística proyectada, de manera que no cabe atribuir carácter vinculante a una pero no a la otra.

4. Los dos supuestos que he expuesto son dos magníficos ejemplos de graves problemas jurídicos que el legislador no ha sabido resolver para facilitar la tramitación de los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos. La parca o confusa regulación lleva a que una Administración interesada asuma una interpretación pro-proyecto de las normas aplicables, o bien opte directamente por el desconocimiento

-intencionado o no- de las normas que complican su aprobación. En los términos que ya he señalado, jugar así con trámites esenciales y tan importantes es desconocer la sustantividad e importancia que tiene el procedimiento administrativo en procedimientos complejos. La esencialidad de trámites como los comentados se ha visto enturbiada por prácticas torticeras que hacen que la evaluación ambiental pierda su consideración como tal o que la opinión de la Administración hidráulica sea ignorada. Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo ratificando la nulidad radical de planes que incurren en vicios de procedimiento como los señalados.

Aparte de esta consecuencia radical en la validez del plan, prácticas tan sesgadas, irregulares y reprochables han tenido una respuesta muy esperada en la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la suspensión de la ejecutividad de los planes en materia de justicia cautelar⁵.

Pongámonos en contexto. Primeros años del siglo XXI. La burbuja inmobiliaria se encuentra en plena efervescencia y cientos de planes urbanísticos son aprobados previendo nuevos desarrollos urbanísticos. La EAE -todavía sin regulación estatal o con una regulación parcial, sin perjuicio de la aplicación directa de la Directiva comunitaria- no era un límite efectivo a esas aprobaciones. Tampoco lo eran informes de las Confederaciones Hidrográficas que señalaban la insuficiencia o inexistencia de agua para dar servicio a los nuevos desarrollos urbanísticos por la interpretación interesada que se hacía por algunas Administraciones municipales y autonómicas sobre su eficacia.

Además, los promotores privados de los planes, y las Administraciones municipales que los amparaban, eran concededores de la constante y limitativa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre suspensión cautelar de planes. Hasta esas fechas la doctrina del Tribunal era totalmente reacia a la suspensión de la ejecutividad de un instrumento de planeamiento. Los motivos eran que la aprobación de los planes era necesaria para dar satisfacción a los intereses generales que se plasman en la ordenación urbanística y que, por su trascendencia, debían considerarse en principio prevalentes sobre cualesquiera otros intereses concurrentes. Todo ello, unido a la naturaleza normativa de los planes,

⁵ Al respecto, Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «Procedimiento administrativo y suspensión cautelar de planes urbanísticos. Reflexiones a la vista de los conflictos sobre existencia y disponibilidad de recursos hídricos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2013b, 280.

llevaba a entender una especial resistencia a la suspensión de instrumentos de planeamiento. En contadas ocasiones la suspensión cautelar fue aprobada.

A sabiendas de esta doctrina, promotores y Administraciones procedían a ejecutar el plan y, por ello, a transformar el suelo, a crear una nueva ciudad y a poner a disposición de los nuevos vecinos, un agua que, en muchos casos, requería obras hidráulicas inicialmente no previstas, pero absolutamente necesarias para abastecer a la población. Una vez ejecutado el plan y, en muchos casos, vendidas las viviendas edificadas, se dictaba una sentencia anulatoria que devenía inejecutable. No quiero centrarme ahora en este otro problema, que abordaré más adelante, sino en el modo en que el Tribunal Supremo ha impedido la frecuencia con que esas situaciones tenían lugar.

Para evitar esa situación absolutamente irregular, el Tribunal Supremo modificó radicalmente su doctrina asumiendo ahora la suspensión cautelar de planes como medida de justicia cautelar clave para impedir la ejecución de planes aprobados en circunstancias tan anómalas. De hecho, hemos pasado, prácticamente, al lado opuesto, y ahora es totalmente corriente la aprobación de la solicitud de suspensión cautelar presentada por los recurrentes.

Lo que quiero resaltar en relación con este aspecto es la importancia que viene otorgando el Tribunal Supremo a la omisión o desconsideración de trámites esenciales del procedimiento como los indicados anteriormente. En esas circunstancias, el Tribunal no duda en suspender la ejecutividad. Con esto el Tribunal no prejuzga el fondo, o al menos lo intenta, pero sí que manda un mensaje muy claro: los trámites de un procedimiento tan complejo como la aprobación de un plan urbanístico tienen una relevancia sustantiva fundamental para aprobar el mejor plan posible, y las dudas acerca de la validez de un plan aprobado obviando u omitiendo trámites esenciales, otorgan una apariencia de “buen Derecho” *-fumus boni iuris-* a la petición de medidas cautelares, que habilita la suspensión de la ejecutividad del plan.

1.2. Decisiones sustantivas que afectan a la generación de oferta de suelo: la reclasificación de suelo no urbanizable protegido.

1. Durante los años de máximo apogeo de la burbuja inmobiliaria (2000-2006), la oferta de suelo destinada a fines de transformación fue de tal dimensión, que las viviendas construidas en un solo año en

España superaban a las edificadas en varios países de la UE juntos. El despropósito llegó a tal punto, que la oferta de suelo comenzó a buscar nuevos espacios atractivos. Copada la línea costera -apartamentos vacacionales, complejos turísticos-, comenzó a acecharse a la “costa verde” interior: espacios lindantes con espacios naturales protegidos, en Red Natura 2000, en definitiva, lugares no transformados de gran belleza natural y paisajística y, todo ello, con independencia de que estuvieran sometidos a algún tipo de protección⁶.

Para articular esos proyectos se acudía a la técnica de la reclasificación de suelo. Entender esta afirmación creo que requiere un par de apuntes. Primero, la clasificación de suelo es la técnica que determina el régimen jurídico del suelo -derechos y obligaciones-. Esa clasificación, en espacios rústicos, puede ser no urbanizable común (SNUC) o no urbanizable de protección (SNUP). Sólo la segunda es de clasificación reglada: por ejemplo, un espacio natural protegido necesariamente debe ser clasificado como SNUP. Además, siempre que una legislación sectorial exija la protección de espacios que cuenten con valores ambientales, paisajísticos, hídricos, costeros, culturales, histórico-artísticos, silvícolas, agropecuarios, cinegéticos, etc., se deberá salvaguardar los terrenos que tengan esas características con algún tipo de clasificación que la ubiquen en la categoría general de SNUP. Según los valores concurrentes -incluso solapadamente-, según su relevancia, según las características del lugar, etc., los usos y aprovechamientos que se podrán llevar a cabo podrán estar más o menos condicionados, limitados o prohibidos.

Aparte de las exigencias derivadas de la legislación sectorial, el propio planificador puede autovincularse asumiendo una protección especial en suelos que, *motu proprio*, considera que merecen dicha protección. En estos casos, el planificador considera que el suelo ostenta unas características dignas de protección e impone, consecuentemente, un régimen jurídico adaptado a esa clasificación.

A diferencia del SNUP, el SNUC es de clasificación discrecional. Estos terrenos no poseen valores especialmente relevantes y, por ello, no merecen una protección especial. Esto mismo es lo que hace que el

⁶ Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «La generación de ciudad en zonas sensibles: la reducción o eliminación de espacios naturales protegidos y de espacios de la Red Natura 2000», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2012, 22.

SNUC sea una fuente futura de suelo susceptible de transformación urbanística previa reclasificación en suelo urbanizable (SUBLE)⁷. Esa reclasificación requiere de la modificación de la clasificación del suelo en el plan urbanístico. Realizada la modificación, podrá procederse al proceso de transformación en ciudad aprobando los instrumentos urbanísticos correspondientes.

Como creo que se habrá podido deducir ya, el problema que he planteado al comienzo de este apartado no tenía lugar debido a la reclasificación de SNUC -lo que era perfectamente posible-, sino a la reclasificación de SNUP, en muchas ocasiones, de suelo así clasificado por propia iniciativa del propio planificador urbanístico. Esto no quita, obviamente, que no haya habido otras muchas iniciativas irregulares en SNUP clasificado por exigencia legislativa: en entornos de espacios naturales protegidos, en entornos de bienes de interés cultural, en zonas de la Red Natura 2000, en servidumbres de protección de dominio público hidráulico y dominio público marítimo-terrestre...

2. Un lector atento habrá podido observar ya el problema jurídico subyacente: ¿Cómo es posible que el planificador pretenda reclasificar SNUP que él mismo con anterioridad consideró susceptible de especial protección, o bien que el legislador exige que así sea?

En la mayoría de los casos la táctica ha sido justificar que esos terrenos ya no eran merecedores de protección y, por tanto, que los valores que atesoraban esos terrenos eran ya pocos o poco importantes. Lo mejor de todo es que esa decisión era tomada sin ningún soporte científico que así lo acreditara. Lo sorprendente es que los terrenos seguían exactamente igual que cuando años atrás habían sido clasificados como SNUP: un juicio “discrecional” del nuevo planificador parecería ser suficiente para justificar la reclasificación de SNUP en SUBLE.

Se habrá caído en la cuenta de que he entrecorrido el término “discrecional”. Creo que habrá pocas personas que entiendan que una decisión de reclasificación tal, difícilmente puede considerarse discrecional, sino más bien, totalmente arbitraria. Veamos: 1º) Sin que haya existido ningún cambio físico tangible que lo justifique; 2º) Sin que ningún estudio emitido por profesionales acredite algo parecido; 3º) Por tanto, sin base científica alguna que pruebe la pérdida de los

⁷ Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «La “intercambiabilidad” del suelo urbanizable y no urbanizable», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010a, 36.

valores anteriormente protegidos; 4º) En consecuencia, en vulneración del aforismo *venire contra factum proprium*; 5º) Se pretende justificar un cambio de clasificación de suelo cuya consecuencia sería la destrucción de un espacio que ostenta valores previamente considerados como de necesaria protección.

La decisión es total y absolutamente arbitraria. No cabe duda. Lo que es absolutamente sorprendente e inaceptable es que el legislador y la jurisprudencia tardaran tanto en censurar una práctica administrativa tan irregular, anómala y absolutamente contraria a las más mínimas exigencias de objetividad e imparcialidad que exige el art. 103.1 de la Constitución española a todas las Administraciones.

3. Tardíamente la doctrina del Tribunal Supremo vino a corregir esta práctica irregular, poniendo coto a una supuesta y malentendida discrecionalidad del planificador. La STS de 17 de febrero de 2003 (Az. 2891) es -salvo error por mi parte- la primera de las sentencias que abre esta nueva dirección jurisprudencial:

No ha de olvidarse que el 'suelo especialmente protegido' tiene unas características propias que motivan esa clasificación. La modificación de esa clasificación es posible, pero exige acreditar que han desaparecido aquellas condiciones y características que dieron lugar, en su día, a la clasificación de 'especialmente protegido' de un determinado suelo.

En el asunto cuestionado, sin prueba alguna, la única justificación que se ofrece para la modificación de la clasificación de suelo impugnada es 'la regresión del sector agrícola en el Municipio'. Pero esta regresión no es, no puede ser, universal (afectando a todo el suelo municipal) ni se puede haber producido con igual intensidad en todo el término municipal salvo que ambos extremos se acrediten debidamente. En último término, esa regresión del sector agrícola a lo que verdaderamente avoca es a extremar las medidas para su conservación, si ello es posible, pero, en ningún caso, a su eliminación pura y simple, y con absoluta ausencia de justificación, que es lo que se ha hecho.

Obtenida esta conclusión la Sala conjetura razonablemente sobre los motivos que han dado lugar a la modificación combatida, para lo cual analiza los fines explícitamente confesados de la modificación pretendida y los hechos que han precedido y seguido a la modificación de las Normas. Fruto de esa pesquisa es la conclusión, razonable, de que las potestades urbanísticas se han actuado no para adecuar los terrenos

litigiosos a su verdadera naturaleza sino para posibilitar una actividad y una construcción que era imposible en ellos.

Desde esta perspectiva, es evidente que la Sala de instancia no ha infringido la doctrina sobre la discrecionalidad del autor del planeamiento, pues en la modificación del suelo ‘no urbanizable especialmente protegido’ el autor del planeamiento no dispone de una plena discrecionalidad, no siendo posible el cambio de clasificación del suelo cuando no concurren las circunstancias físicas que lo hacen posible. Mientras no se acredite que se han perdido los valores agrícolas, forestales, ambientales, o, de otro tipo que justificaron la adscripción original el cambio no es posible. Estas modificaciones, y como se ha dicho, no han resultado acreditadas en este recurso.

Del mismo modo, el ius variandi del autor del planeamiento tiene el límite que supone los valores agrícolas, forestales, y ambientales, cuya existencia y permanencia adscriben de modo ineludible un determinado suelo a la categoría de no urbanizable especialmente protegido.

De la misma manera que no hay ius variandi en el suelo urbano (a los efectos de clasificación del suelo, no de su calificación), tampoco hay ius variandi cuando del suelo especialmente protegido se trata, a menos que se produzca la pérdida de los valores que en su día justificaron la clasificación, lo que no ha sucedido en este recurso.

Luego esta línea jurisprudencial ha sido ratificada en muchas ocasiones⁸. El repaso de esa jurisprudencia permite destacar dos datos fundamentales: 1º) La clasificación de un terreno como SNUP con base en los valores reconocidos por el propio planificador urbanístico, esto es, no condicionada por un mandato legal que exija la clasificación del suelo como SNUP, elimina las facultades discrecionales del planificador para modificar el régimen jurídico de esos mismos terrenos mediante su reclasificación; y 2º) La reclasificación sólo será conforme a Derecho si se demuestra de forma específica y reforzada, esto es, con base en datos científico-técnicos, la degradación de esos espacios, o dicho de otra manera, que los valores que justificaron la clasificación del suelo como SNUP han desaparecido.

⁸ Jorge AGUDO GONZÁLEZ, «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2010b, 258.

Esta exigencia de una especial motivación en la reclasificación de SNUP ha llegado a sus cotas más altas cuando, más modernamente, ha llegado a conectarse con el principio de no regresión de la protección ambiental. En este sentido, por ejemplo, las SSTs de 30 de septiembre de 2011 (Rec.- 1294/2008) y de 29 de marzo de 2012 (Rec.- 3425/2009). La primera de las sentencias dice así:

Este plus de protección se nos presenta hoy -en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea- como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa medioambiental. Ya en el Apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo [hoy Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio -TRLS08] se apela en el marco de la Constitución Española -para justificar el nuevo contenido y dimensión legal- al 'bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47', de donde deduce 'que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida'. Igualmente, en el mismo Apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que 'el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente', y se remite, a continuación, a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo 'de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos'; y, todo ello, porque, según expresa la propia Exposición de Motivos "el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable", añadiendo que 'desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada ...'. Como ha puesto de manifiesto la buena doctrina española, el TRLS08 lo que, en realidad, aporta

‘es una mayor imbricación entre urbanismo y protección del medio ambiente; una especie, digámoslo, de interiorización más profunda de los valores ambientales en la ordenación territorial y urbanística, hasta hacerlos inescindibles’.

[...] Ello nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho Medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de -o, de no poder alterar- una clasificación o calificación urbanística -como podría ser la de las zonas verdes- directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. En el Fundamento Jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como principio ‘standstill’, y que, en otros países, ha sido entendido como ‘efecto trinquete’, como ‘intangibilidad de derechos fundamentales’ o ‘de derechos adquiridos legislativos’, o, incluso como principio de ‘carácter irreversible de derechos humanos’. También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una ‘cláusula de statu quo’ o ‘de no regresión’, con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental.

Pues bien, la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado ‘Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible’, del que se ocupa el citado artículo 2º del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas ‘relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo’ la obligación de proceder a la utilización del mismo ‘conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible’; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que se procede a la supresión de unas zonas verdes previstas en un planeamiento anterior, y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma.

*En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional [artículo 45 Constitución Española] y legales [artículo 2 y concordantes del TRLS08], **el citado principio de no regresión***

calificadora de los suelos especialmente protegidos -como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos-, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que -por supuesto- se encuentra investido el planificador.

4. La doctrina comentada ha tenido alguna repercusión en un aspecto muy importante que desde el punto de vista dogmático ha venido siendo un auténtico axioma y que, sin embargo, en la práctica judicial muestra pequeñas excepciones. Me refiero a los efectos derivados de la nulidad de planes urbanísticos. Ya anticipo que esta cuestión es perfectamente aplicable también a la cuestión anteriormente tratada sobre los procedimientos administrativos de aprobación de planes, pero por economía de la exposición se me permitirá que lo exponga aquí.

La cuestión de las consecuencias de la anulación de planes es un tema en revisión. La cuestión de los efectos de la nulidad de los planes urbanísticos ha sido un problema jurídico que se solventó imputando las consecuencias de la invalidez propias de toda disposición de carácter general. Desde el plano dogmático esto era lo coherente con la naturaleza normativa, largamente discutida, pero finalmente consolidada de los planes. A medida que la planificación urbanística se ha ido generalizando, consolidando y, en definitiva, ocupando un papel fundamental y protagonista en la ordenación del régimen jurídico del suelo, la inamovilidad del régimen de la nulidad ha adquirido un cariz problemático de enorme dimensión. Las consecuencias de la invalidez, las propias de la nulidad radical, supone un efecto “devastador” con la eliminación de todo vestigio jurídico aprobado en ejecución del plan anulado.

La aplicación tajante de la anulación de un plan, tras años de tramitación, por motivos formales -EAE e informes sectoriales como el de disponibilidad de recursos hídricos-, o bien por motivos sustantivos -el problema de la reclasificación de SNUP- solamente podría tener como consecuencia la nulidad de todo el plan. Esto, no hace falta decirlo, es muy problemático porque si las determinaciones anuladas del plan se corresponden con una reclasificación de SNUP, la nulidad conllevaba la de todas las determinaciones del plan por mucho que éstas se refirieran a suelo urbano o SUBle. Ante esa inconveniencia, la jurisprudencia

ha venido admitiendo algunas “píldoras” que limitan los graves efectos de la nulidad del plan.

Ante la cuestión de si resulta posible limitar judicialmente los efectos de la declaración de nulidad de un plan por defectos formales, la STS de 27 de mayo de 2020 (Rec.- 6731/2018) es tajante: “... *los vicios de procedimiento esenciales en la elaboración de los Planes de Urbanismo comportan la nulidad de pleno derecho de todo el Plan impugnado, sin posibilidad de subsanación del vicio apreciado a los efectos de mantener la vigencia del Plan con una ulterior subsanación*”.

Pero lo interesante viene después, pues la sentencia concreta lo que sigue:

No obstante lo anterior, en aquellos supuestos en que el vicio apreciado para la declaración de nulidad pueda individualizarse respecto de un determinado ámbito territorial del Plan o concretas determinaciones, sin que tenga relevancia alguna respecto del resto de ese ámbito territorial, puede declararse la nulidad del plan respecto de esas concretas determinaciones, sin que ello autorice a considerar la nulidad de pleno derecho subsanable con la retroacción del procedimiento.

Algo similar se ha mantenido cuando la nulidad se debe a concretas determinaciones que afectan a ámbitos bien determinados. El mejor ejemplo es, sin duda, la STS de 3 de julio de 2007 (Rec.- 3865/2003) que falló la nulidad de pleno Derecho de unas concretas determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, y más específicamente, las relativas a la reclasificación de suelos clasificados a iniciativa del planificador como SNUP, con el fin de llevar a cabo varios desarrollos urbanísticos de gran dimensión. En este asunto, la nulidad del plan en esas determinaciones, no supuso la vigencia del resto del planeamiento.

Las consideraciones precedentes conducen a algunas conclusiones relevantes que matizan la comprensión estricta de los efectos anulatorios asociados a la invalidez de los planes:

- 1ª) A pesar de no haber ningún cambio legal en la regulación de los efectos derivados de la nulidad radical de planes, su relevancia jurídica se atempera evitando consecuencias nefastas para la seguridad jurídica, no sólo porque se habilita mantener la vigencia parcial de los planes aprobados, sino también

porque las excepciones jurisprudencialmente reconocidas limitan la extensión de los efectos de la nulidad a ámbitos espaciales o materiales determinados. Esto significa que la jurisprudencia crea Derecho modulando la regla del Derecho positivo entendida según la interpretación mantenida desde hace décadas.

- 2ª) Como consecuencia de lo anterior, no cabe afirmar que la invalidez de los planes siempre y necesariamente conlleve efectos anulatorios plenos, totales y absolutos. La nulidad de pleno Derecho es excepcionalmente modulable y susceptible de delimitación y, por ello, sus efectos pueden tener una extensión variable.

1.3. La impugnación de planes urbanísticos: leyes singulares y de caso único que promueven megaproyectos en entornos rústicos.

1. En los primeros quince años de este siglo asistimos en España a un escenario cuanto menos extraño. Algunos grandes proyectos urbanísticos fueron aprobados mediante normas con rango de ley que eran de difícil compatibilización con el cambio de modelo territorial que se concretó ya en la LS07. Como ahora mostraré, se trataba de grandes proyectos de una dimensión supramunicipal en los que distintas CCAA pretendieron embarcarse, como veremos, con poco éxito, gracias al Tribunal Constitucional. Otro dato importante es que, en muchos casos, esas leyes o bien modificaban directamente el régimen general de aprobación establecido en la ley de ordenación del territorio y/o urbanística, o bien eran el resultado de una “política legislativa” programada para dar cobertura específica a un proyecto concreto. Dicho en otras palabras, eran el mejor ejemplo de “ingeniería” legal para dar cobijo a un proyecto promovido desde las instancias políticas.

Una tipología básica y no exhaustiva de esos proyectos muestra la variedad de casos (AGUDO GONZÁLEZ 2011, 89). Pongo varios ejemplos: a) Un ejemplo de proyecto aprobado por Ley de caso único que dispensa el régimen general: la Ley 5/2004, de 9 diciembre, aprobó el Proyecto Supramunicipal “Ciudad del Motor de Aragón”; b) Un ejemplo de proyecto aprobado por Ley de caso único con base en una previa Ley que modifica la Ley general pretendidamente con vocación general, pero que en realidad sólo se presume sea aplicada por aquella Ley de caso único: la Ley 6/2007, de 28 de marzo, por la que se

aprueba el Proyecto Regional “Ciudad del Medio Ambiente” del Parlamento de Castilla y León; c) Leyes *ad hoc* cuyo objeto es dar cobertura a proyectos específicos, pero que son aprobadas con propósito aparente de generalidad: la Ley 6/2009, de 6 de julio, de centros de ocio de alta capacidad de Aragón; d) Leyes generales que integran disposiciones modificativas de otras leyes anteriores que constituyen derogaciones singulares: la Disposición Adicional 8ª de la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, en la que se declaraba que los límites de los espacios naturales protegidos incluidos en la Disposición Adicional 3ª y Anexo de la Ley 4/1992, de 30 de julio, de ordenación y protección del territorio, “se entenderán ajustados a los límites de los Lugares de Importancia Comunitaria a que se refiere el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de julio de 2000”. La enumeración podría continuar, pero creo que no es necesario para entender el tipo de problema jurídico al que nos enfrentamos.

Como habrá podido deducir el lector, todos estos supuestos nos ubican en el ámbito de la problemática relativa a las leyes singulares y de caso único. Para ser exactos, dentro de este grupo de proyectos cabe distinguir, en primer lugar, los casos en los que el legislador directamente toma la iniciativa aprobando un proyecto específico y particular no previsto en ninguna regulación general. En segundo lugar, cabe distinguir aquellos otros supuestos en los que la ley general prevé que sea el propio legislador quien apruebe o autorice el proyecto -aprobación por ley de proyectos regionales-, pero para ello ha sido precisa la previa modificación de la ley territorial con el fin de prever esa posibilidad específica. Dentro del primer supuesto cabría mencionar como ejemplo la Ley 5/2004, de 9 diciembre, relativa al Proyecto Supramunicipal “Ciudad del Motor de Aragón”. Dentro del segundo, la Ley 6/2007, de 28 de marzo, del Parlamento de Castilla y León por la que se aprueba el Proyecto Regional “Ciudad del Medio Ambiente”.

Sea como fuere, con estas leyes se aprobaban instrumentos de planeamiento que daban cabida a un caso único, no repetible, y que, gracias al aforismo *lex specialis derogat generali*, el rango de la norma de aprobación del plan venía a evitar cualquier problema jurídico que pudiera haber surgido de haber seguido la legislación general: la aprobación legal se manifestaba como una vía expeditiva para superar cualquier inconveniente jurídico. Problemas que, como se puede imaginar, tenían siempre que ver con la viabilidad jurídica de proyectos de gran

envergadura económica y territorial, con grandes efectos medioambientales, sociales, etc.

2. Una cuestión que han venido suscitando todos estos casos es la relativa a la posibilidad de “blindar” una actuación urbanística típicamente administrativa que, al ser aprobada por ley, evitaba su impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Como toda norma de dicho rango, y sin perjuicio de la cuestión de inconstitucionalidad, sólo pueden ser impugnadas vía recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y con una legitimación activa reducida que, a diferencia del recurso contencioso-administrativo frente a disposiciones reglamentarias, no está abierta a toda persona o grupo en ejercicio de la acción popular prevista en el TRLS15.

La jurisprudencia constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de todas esas iniciativas y lo ha hecho por una razón muy importante: la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente al acceso a la jurisdicción. Por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 203/2013, que declaró la inconstitucionalidad de la ley de la Comunidad de Castilla y León por la que se aprobó el proyecto regional Ciudad del Medio Ambiente de Soria. La STC 203/2013 describe así el proyecto aprobado:

Aunque la ley impugnada afirma aprobar un «proyecto regional» de los contemplados en el art. 20.1 c) de la Ley 10/1998, de ordenación del territorio de Castilla y León, lo cierto es que el proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente» contiene la ordenación urbanística completa del ámbito territorial delimitado por el art. 1 de sus normas, lo que le aproxima a la figura del plan regional, que tiene por objeto planificar la ejecución de actuaciones industriales, residenciales, terciarias y dotacionales [art. 20.1 b) de la Ley de ordenación del territorio de Castilla y León].

De la simple lectura del anexo se desprende, inequívocamente, que el proyecto regional no autoriza una obra o infraestructura más o menos compleja como era el caso analizado en la STC 129/2013, de 4 de junio, sino que planifica la ejecución de una actuación urbanística, pues contiene las determinaciones de los planes urbanísticos, y requiere, como cualquier otro desarrollo urbanístico, del posterior proceso de gestión por los sistemas de actuación contemplados en la legislación urbanística a la que se remite el art. 61 de las normas del proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente», lo que hace imposible la

inmediata ejecución a la que se refiere el antes citado art. 20.1 c) Ley de ordenación del territorio de Castilla y León.

A continuación, la STC 203/2013, siguiendo la doctrina sentada anteriormente en las SSTC 166/1986 y 129/2013, concluye lo siguiente:

7. Como señalamos en el fundamento jurídico anterior, este primer límite que impone la Constitución a las leyes singulares, no sólo exige que la apreciación de la excepcionalidad no sea arbitraria, sino que las medidas adoptadas sean razonables y proporcionadas a la situación excepcional a la que se pretende dar respuesta con su aprobación, que no es otra que la especial importancia del plan para el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma.

El legislador no ha explicitado las razones por las que entiende que la utilización de la ley es una medida razonable y proporcionada, aún a sabiendas de que, tal y como se puso de manifiesto en el debate legislativo, la utilización de la ley eliminaba el control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por otra parte, la regulación material de la Ley impugnada no presenta peculiaridad alguna –sin perjuicio de las necesarias diferencias entre planeamientos derivadas de las diferentes necesidades que con ellos se pretenden satisfacer– con respecto a cualquier otra ordenación urbanística regional aprobada por el Consejo de Gobierno.

[...] En otras palabras, no consta en modo alguno en el proyecto la inaplicación de norma legal o reglamentaria alguna, por lo que la misma ordenación podría haberse abordado mediante una norma aprobada por el Consejo de Gobierno.

[...] La aprobación por ley de este planeamiento urbanístico ha impedido que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, puedan controlar la legalidad de la nueva clasificación del suelo, la adecuación del proyecto a la evaluación de impacto ambiental y la legalidad misma de la evaluación ambiental, control jurisdiccional al que se hubiera tenido acceso si la norma hubiera sido aprobada por el Consejo de Gobierno.

8. Con base en lo expuesto cabe concluir que la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación, y por las mismas razones no satisface el segundo de los límites que la STC 166/1986, de 19 de diciembre, predica de las leyes singulares: ...

[...] Además, como consecuencia directa de la desproporción en que ha incurrido el legislador, la Ley impugnada ha vulnerado el art. 24.1 CE, al impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si el proyecto se hubiera aprobado por reglamento. Tal y como señalamos en la STC 248/2000, de 19 de octubre, FJ 5, aunque el art. 24.1 CE «no queda vulnerado por el sólo hecho de que una materia sea regulada por norma de rango legal y, por lo tanto, resulte jurisdiccionalmente inmune», puede ocurrir que la ley resulte inconstitucional por otros motivos y se produzca, como consecuencia de ello, una vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE: «En otras palabras: o la ley es inconstitucional por otros motivos y cierra, por serlo, ilegítimamente el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, y, en este caso, puede vulnerar de forma derivada el derecho reconocido en el art. 24.1 CE [STC 181/2000, FJ 20]; o la ley es conforme a la Constitución y, en tal supuesto, pertenece a su propia naturaleza de ley el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios».

3. La garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del acceso a la jurisdicción mediante la impugnación de los planes urbanísticos es un hito muy importante para evitar la consolidación de proyectos irregulares de grandes dimensiones y con efectos ambientales enormes. Esa doctrina constitucional está en sintonía con una tendencia que comenzó hace un par de décadas en relación con la impugnación de planes y que explica que, en la actualidad, prácticamente todo plan que se aprueba sea impugnado.

Esa tendencia está legalmente habilitada gracias a la amplísima legitimación activa reconocida en materia urbanística. Ésta es una de las materias en las que la ley -en nuestro caso, el TRLS15-, de acuerdo con el art. 125 de la Constitución, prevé la acción popular. Cualquier persona física o jurídica, incluso colectivos sin personalidad jurídica, pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra los instrumentos de planeamiento con el único fin de defender la legalidad.

El enorme número de impugnaciones -recordemos, la admisión generalizada de la suspensión cautelar- y el importante índice de anulaciones con los extensos efectos que ello conlleva, ha avivado resquemores

entre promotores y Administraciones urbanísticas. Por este motivo, debo destacar las iniciativas legislativas que se han pretendido poner en marcha -todavía sin éxito- para eliminar la acción popular y sustituirla por el reconocimiento de legitimación activa a las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos de afectados que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos. Se trataría de modificar la legitimación en términos parecidos a la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Este cambio sería importante. La Ley 27/2006 es un ejemplo llamativo por el error en la calificación legal que supone denominar como “Acción popular en asuntos medioambientales” -*ex art. 22-* la fórmula de legitimación activa prevista para el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. La ley restringe la legitimación a “cualquiera *personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23*” -sintéticamente, objeto social, antigüedad y conexión territorial-. En definitiva, no se trata de una verdadera “acción popular” que, como establece el art. 19.1.h) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), legitima a “cualquier ciudadano” a su ejercicio en los casos expresamente previstos por las Leyes. El supuesto regulado en el art. 22 de la Ley 27/2006 debe encajarse entre los previstos en el art. 19.1.b) de la LJCA. En buena lógica puede afirmarse que estarán “legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos” (art. 19.1.b) de la LJCA), las personas jurídicas que satisfagan íntegramente los tres requisitos antes mencionados. En fin, si las tendencias indicadas llegan a preverse en la legislación, se producirá una disminución importante de los sujetos que ostentarían el *locus standi* para recurrir planes urbanísticos.

1.4. La restitución de la naturaleza transformada por la ejecución de planes anulados: la inejecución de sentencias.

1. La judicialización del urbanismo conlleva problemas adicionales asociados a la lentitud de la justicia y a las dificultades tradicionales para lograr la suspensión cautelar de los planes urbanísticos impugnados. Imaginemos la situación: ejecutado el plan porque no fue suspendida su ejecutividad y transformada la realidad física, se procede a la venta de las viviendas edificadas a terceros de buena fe; amparados en la

demora en dictar sentencia, la Administración urbanística articula en el ínterin las modificaciones oportunas del planeamiento impugnado para legalizar *ex post* lo que se presume va a ser anulado. Concurriendo todas esas circunstancias se habrían generado unas condiciones materiales -urbanización y edificación que deberían ser demolidas con el altísimo coste económico y también ambiental que ello significa- y también jurídicas -adquisiciones por terceros de buena fe, nuevo planeamiento- que pueden hacer imposible ejecutar una ulterior sentencia anulatoria. Situaciones como ésta fueron relativamente comunes durante la burbuja inmobiliaria. Su complejidad hace que todavía hoy haya ejecuciones de sentencia pendientes.

A pesar de la primacía del derecho a la ejecución del fallo como una de las vertientes del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la LJCA ha previsto la existencia de supuestos en los que se considera imposible la ejecución de sentencias⁹. Este incidente es previsto en el art. 105 de la LJCA referido específicamente a los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecución de sentencias. Imposibilidad material, porque la realidad física habría cambiado radicalmente, e imposibilidad jurídica porque, gracias a las modificaciones aprobadas, se habría venido a legalizar lo anulado.

Esto no quita, lógicamente, que la inejecución no deba ser compensada y sustituida por las indemnizaciones correspondientes que, como podemos imaginar, los promotores de los planes ya habrían trasladado al precio de las viviendas. En cualquier caso, esta posibilidad es una facultad que corresponde decidir al órgano jurisdiccional con audiencia de las partes, así como de quienes considere interesados.

2. El problema jurídico que se vislumbra tras situaciones como las descritas tiene una trascendencia muy importante. No se oculta que promotores y autoridades con fines espurios aprovecharon la lentitud de la justicia, la ejecución del plan y la legalización *a posteriori* de lo declarado nulo, para materializar urbanizaciones en espacios que nunca debieron acoger un desarrollo de esa naturaleza. Por este motivo, es muy importante la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este aspecto.

⁹ Sobre los problemas que genera la ejecución de sentencias en materia urbanística en España, incluyendo los supuestos de imposibilidad material o jurídica de ejecución, véase Jorge AGUDO GONZÁLEZ (dir.), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, J. M. Bosch, Barcelona, 2018.

La doctrina jurisprudencial distingue aquellos casos en los que la legalización tiene como fin vulnerar el art. 24 de la Constitución en su vertiente de la ejecución de sentencias, por tratar de incumplir la sentencia que anula el plan, de aquellos otros en los que la aprobación de la modificación o del nuevo plan es una exigencia de los intereses generales. La STS de 5 de abril de 2001 (Rec.- 3655/1996) resume la doctrina del siguiente modo:

Sobre el problema más concreto de si una modificación del planeamiento origina la imposibilidad jurídica de ejecución de una sentencia, cuando pretende legalizar aquello que la sentencia anuló, del examen de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sólo puede concluirse lo siguiente: esa modificación no será causa de inexecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute.

Esta conclusión remite la solución al examen de las circunstancias concretas de cada caso, lo que justifica la diversidad de decisiones que ha adoptado el Tribunal Supremo. A esto mismo se refieren múltiples sentencias como la STS de 9 de julio de 2019 (Rec.- 677/2017) que, reiterando lo dicho en la STS de 14 de junio de 2016 (Rec.- 1719/2015), afirma lo siguiente:

No define la LJCA, art. 105.2, en qué consiste la imposibilidad material de ejecución de una sentencia. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando aquella con una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad [...]. Estamos, por tanto, frente a supuestos individualizados casuísticamente en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto en que deben ponderarse los distintos intereses concernidos.

Los pronunciamientos judiciales vienen delimitando el concepto de imposibilidad material en sus aspectos fundamentales, pero con una orientación restrictiva de la posibilidad de declarar la inexecución de sentencias. Como declara la STS de 8 de abril de 2014 (Rec.- 770/2013), “... el superior coste o la mayor complejidad de las demoliciones a realizar no son causa suficiente para afirmar que la sentencia sea de imposible cumplimiento”. O bien como también afirma genéricamente la STS de 30 de abril de 2010 (Rec.- 1268/2009), “... la complejidad

no puede ser equiparada a la imposibilidad". O, por ejemplo, en la misma línea también la STS de 21 de junio de 2012 (Rec.- 4454/2011) cuando señala que:

Frente al cumplimiento de las sentencias firmes en sus propios términos, que constituye una exigencia derivada de la tutela judicial efectiva, no puede esgrimirse con éxito la consumación material de los efectos derivados de una norma reglamentaria, pues tal es la naturaleza del plan parcial, declarada nula. Dicho de otro modo, la ejecución de las sentencias firmes no consiente que se burle su cumplimiento mediante la rápida transformación de la realidad física para hacer imposible lo que antes no lo era".

Añadiendo que: *"La dificultad de la ejecución, que no puede negarse, no comporta sin embargo su imposibilidad. Entre lo difícil y lo imposible media una diferencia sustancial, que el primero se logra poniendo el esfuerzo y trabajo necesario y el segundo no"*.

3. La STS de 9 de febrero de 2022 (Rec.- 7128/2020) constituye un hito fundamental en la ejecución de sentencias anulatorias de planes ejecutados en zonas protegidas. Para hacerse una idea de la complejidad del asunto, téngase en cuenta que se remonta a la ejecución de las sentencias de 9 de marzo de 2011, dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en los recursos 651/2007 y 753/2007, confirmadas por sendas sentencias del Tribunal Supremo. En la sentencia citada se ventila el recurso contra la declaración del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de imposibilidad material parcial de ejecución con mantenimiento de las obras de urbanización, edificaciones e instalaciones deportivas ejecutadas en el proyecto conocido como Marina Isla de Valdecañas. Todo ello, a pesar de que las sentencias antes citadas anularon radicalmente el proyecto y ordenaron la reposición de los terrenos a su situación anterior.

Jurídicamente el tema es aún más grave, pues el desarrollo urbanístico se localizó en un espacio de la Red Natura 2000. Para habilitar esa posibilidad, el legislador extremeño recurrió a la "ingeniería" legislativa, modificando por Ley 9/2011, de 29 de marzo, la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial. La modificación legal incorporó una disposición que finalmente ha sido declarada

inconstitucional por la STC 164/2019. La norma introducida establecía algo surrealista: “La mera inclusión de unos terrenos en la red ecológica Natura 2000 no determinará, por sí sola, su clasificación como suelo no urbanizable, pudiendo ser objeto de una transformación urbanística compatible con la preservación de los valores ambientales necesarios para garantizar la integridad del área, y comprendiendo únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental”. No hace falta decir que la argumentación de la STC 164/2019 para declarar la inconstitucionalidad de una disposición como la transcrita se basó en que “... *los citados terrenos Red Natura 2000 deben quedar preservados de la transformación urbanística; esto es, han de permanecer en situación de suelo rural excluido del proceso de urbanización, debiendo el planificador urbanístico adoptar, en su caso, la técnica urbanística que resulte más idónea y adecuada a tal fin (clasificación como suelo no urbanizable o equivalente)*”.

Cuando la STS de 9 de febrero de 2022 (Rec.- 7128/2020) aborda la inexecución de las sentencias declarada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura parte de esta doctrina constitucional. A estos efectos, es inevitable considera la gravedad del asunto, pues se trata, nada más y nada menos que de una urbanización de 180 viviendas edificadas en Red Natura 2000 en contra de las más elementales consideraciones sobre la protección esos espacios. Por esta razón, se explica que la STS de 9 de febrero de 2022 afirme que la nulidad declarada años atrás debe conllevar la restauración *in natura*:

... el pronunciamiento de nulidad y reposición de los terrenos a la situación anterior tiene por objeto la restauración de la legalidad urbanística, que en atención a la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección, impuesta legalmente como consecuencia de la integración en la Red Natura 2000, impide la transformación urbanística [...]. En consecuencia, la ejecución en sus propios términos de las sentencias, en cuanto restauración de la legalidad urbanística, necesariamente conlleva la desaparición de las instalaciones, obras y actuaciones de transformación urbanística realizadas.

A continuación, la sentencia entra a valorar los factores considerados por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura para declarar la inexecución parcial de sus propias sentencias. El Tribunal Supremo

las rechaza todas. En primer lugar, se valora la apreciación alegada acerca de la falta de incidencia de lo construido en el medio ambiente. Este argumento es rechazado de plano ante la obviedad de que “... *la transformación urbanística no preserva, sino que cambia el destino del suelo objeto de la urbanización; como tal, la urbanización implica siempre una grave alteración y supone una reducción de facto de la superficie protegida*”. Y, en segundo lugar, se analiza si cabe apreciar imposibilidad material de ejecución debido al alto coste que la ejecución pudiera tener y al consecuente grave detrimento para la Hacienda Pública extremeña. Aquí también la sentencia es tajante rechazando tal argumento y señalando la exigencia de prever el correspondiente crédito presupuestario en una cantidad que, por otro lado, se afirma, “... *lejos de resultar desproporcionada, se corresponde con el alcance de su responsabilidad en la transformación urbanística declara ilegal*”.

En consecuencia, concluye la sentencia que no se aprecia la concurrencia de causas que justifiquen la imposibilidad material de ejecución de modo que procede la demolición de lo construido, a pesar de que esté ya en funcionamiento. Sin duda un hito fundamental que esperemos sea una realidad pronto¹⁰.

2. Conclusiones

Los buenos propósitos del legislador no bastan para establecer un modelo territorial y urbanístico sostenible. Es totalmente incomprensible que lo que el legislador no ha sabido regular bien y ha generado múltiples conflictos jurídicos, no sea resuelto de una vez por todas con una reforma legal que aclare los términos de la ley. Es totalmente paradójico que lo que el legislador prevé en una ley general, pretenda ser

¹⁰ Las últimas noticias, sin embargo, no son halagüeñas para esa petición de presteza en la ejecución. Por Auto del Tribunal Constitucional 150/2022, de 16 de noviembre, se ha admitido a trámite el recurso de amparo presentado por la Junta de Extremadura. Lo más inquietante es que el recurso de amparo ha sido admitido, considerando la especial trascendencia constitucional del recurso, en la medida en que “*puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)], en relación con el derecho al juez imparcial y a la intangibilidad y ejecución en sus propios términos de las sentencias firmes, y porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]*”. En otras palabras, la ejecución de la Sentencia está todavía en la cuerda floja.

excepcionado o contradicho por el propio legislador en una ley especial.

El legislador, además, debería saber que los “huecos” de la ley son siempre aprovechados por quienes, desde las instituciones públicas o desde entidades privadas, persiguen fines ilegítimos. Desde luego que los defectos en la técnica legislativa, las dificultades interpretativas o en la comprensión sistemática de un conjunto normativo, no deben servir para justificar actitudes en la práctica administrativa que sirvan para rechazar un modelo anclado en la insostenibilidad y en la oferta de suelo. Eso es cierto, pero, lamentablemente, esas prácticas persisten.

Cuando un poder no actúa, otros poderes tienen que sobreactuar. Y esto es lo que se observa, fundamentalmente, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El alto Tribunal ha tenido que lidiar con problemas jurídicos que el legislador estatal y autonómico no se han encargado de solventar, a pesar de las buenas palabras en términos de objetivos y de principios generales. El Tribunal se ha visto obligado no sólo a interpretar las normas -función inherente a la jurisdiccional-, sino también en algunas ocasiones a dictarlas a través de su jurisprudencia, poniendo de relieve que la creación judicial de Derecho es tan excepcional como el legislador quiera... y, en ocasiones, parece que este último prefiere trasladar su responsabilidad a quienes no deberían asumirla en coherencia con su función constitucional. Lejos de anticiparse a esa situación excepcional, el legislador, a lo sumo, y cuando lo ha hecho, ha venido *a posteriori* a incorporar la doctrina jurisprudencial a la ley.

Gracias a esa labor de interpretación y de creación normativa el modelo urbanístico en España ha podido reconducir prácticas administrativas que hacían inefectivos instrumentos fundamentales como la EAE o el informe sobre disponibilidad de recursos hídricos. El Tribunal Supremo, con la ayuda fundamental del Tribunal Constitucional -o mejor a la inversa-, ha venido igualmente a zanjar problemas jurídicos de amplio calado que venían a impedir la normalización de un modelo urbanístico respetuoso con el régimen jurídico que requieren zonas con valores merecedores de protección. Finalmente, la doctrina de ambos Tribunales ha permitido garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo para asegurar la impugnación de proyectos urbanísticos, sino también para salvaguardar la ejecución de sentencias anulatorias.

Referencias

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2007). «Gobernanza local, urbanismo y sostenibilidad», *Revista Estudios Turísticos. Número Monográfico*, 172-173.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2010a). «La “intercambiabilidad” del suelo urbanizable y no urbanizable», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 36.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2010b). «Mecanismos jurídicos para la limitación de la oferta de suelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 258.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2011). «La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo», *Revista Vasca de Administración Pública*, 89.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2012). «La generación de ciudad en zonas sensibles: la reducción o eliminación de espacios naturales protegidos y de espacios de la Red Natura 2000», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 22.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2013a). «Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo», *Revista Española de Derecho Europeo*, 45.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (2013b). «Procedimiento administrativo y suspensión cautelar de planes urbanísticos. Reflexiones a la vista de los conflictos sobre existencia y disponibilidad de recursos hídricos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 280.
- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (dir.) (2018). *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, J. M. Bosch, Barcelona, ISBN 978-84-948684-5-0.

ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO: EM BUSCA DE UM TERRITÓRIO INTEGRADO NO PERU

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/02>)

CARMEN GUERRERO AZAÑEDO

Resumo: O Ordenamento do Território (TO)¹ é um pilar importante para o desenvolvimento e a gestão territorial de um país. Permite o planejamento das atividades humanas, tendo em conta as vantagens comparativas do território e dos seus recursos, permitindo uma gestão sustentável. Isto é feito através do amplo conhecimento das suas componentes, incluindo os sistemas ecológicos, econômicos, socioculturais e institucionais, nos quais o Estado desempenha um papel importante e fundamental. De acordo com a Resolução Ministerial n.º 026-2010-MINAM, o ordenamento do território é definido como “*um processo político e técnico-administrativo de tomada de decisão concertada com os atores sociais, econômicos, políticos e técnicos, para a ocupação ordenada e o uso sustentável do território, a regulação e promoção dos assentamentos humanos, das atividades econômicas e sociais e do desenvolvimento físico e espacial, com base na identificação das potencialidades e limitações, considerando critérios ambientais, econômicos, socioculturais, institucionais e geopolíticos. Possibilita também o desenvolvimento integral da pessoa como garantia de uma qualidade de vida adequada*”. A TO² é um grande desafio a ser enfrentado

¹ De acordo com a Resolução Ministerial n.º 026-2010-MINAM, o ordenamento do território é definido como “um processo político e técnico-administrativo”.

² O objetivo do TO deverá ser o de assegurar um desenvolvimento humano sustentável, com a prioridade de garantir o usufruto e o exercício de um ambiente limpo, saudável e sustentável, que assegure o pleno exercício dos direitos das pessoas.

pelas autoridades políticas e administrativas do Peru e de muitos países, especialmente na América Latina, e requer um sólido apoio técnico baseado em propostas, procedimentos e métodos desenvolvidos em consonância com o que se almeja.

Não podemos deixar de lado o marco legal, composto pela Lei n.º 28.611 (Lei Geral do Ambiente), Lei n.º 26.821, (Lei Orgânica para o Uso Sustentável dos Recursos Naturais), o Zoneamento Ecológico e Económico, e o Decreto Supremo n.º 088-2004-PCM, que regulamenta o Zoneamento Ecológico e Económico, alterado pelo Decreto Supremo n.º 088-2007-PCM. Todas estas bases jurídicas promovem a promoção de planos de desenvolvimento sustentável destinados aos três níveis de governo (nacional, regional e local).

Por seu turno, a atual Constituição Política do Peru, de 1993, reconhece que a pessoa é o fim supremo da sociedade e do Estado, e privilegia o direito fundamental de usufruir de um ambiente equilibrado e adequado ao desenvolvimento da vida³. Esta pesquisa centra-se no território, na identidade e nas propostas de melhoria para a implementação de políticas públicas. Desta forma, esperamos contribuir com a divulgação de aspectos fundamentais para uma compreensão mais profunda do processo.

Palavras-chave: planejamento; território; zoneamento; microzoneamento; mesozoneamento; macrozoneamento.

Summary: Territorial planning (TO) is an important pillar for the development and territorial management of a country. It allows human activities to be planned, taking into account the comparative advantages of the territory and its resources, enabling sustainable management. This is done through comprehensive knowledge of its components, including ecological, economic, socio-cultural and institutional systems, in which the state plays an important and fundamental role. According to Ministerial Resolution No. 026-2010-MINAM, spatial planning is defined as “*a political and technical-administrative process of concerted decision-making with social, economic, political and technical actors, for the orderly occupation and sustainable use of the territory, the regulation and promotion of human settlements, economic and social activities and physical and spatial development, based on the identification of*

³ Constituição Política do Peru de 1993, citada no art. 2º, parágrafo 22.

potentialities and limitations, considering environmental, economic, socio-cultural, institutional and geopolitical criteria. It also enables the integral development of the person as a guarantee of an adequate quality of life". TO is a major challenge facing the political and administrative authorities in Peru and in many countries, especially in Latin America, and requires solid technical support based on proposals, procedures and methods developed in line with what is required.

We can't leave aside legal framework, such as Law No. 28611 (the General Environmental Law), Law No. 26821, known as the Organic Law for the Sustainable Use of Natural Resources, the Ecological and Economic Zoning, Supreme Decree No. 088-2004-PCM, which is the Ecological and Economic Zoning Regulation, amended by Supreme Decree No. 088-2007-PCM. All these legal bases propose the promotion of sustainable development plans for the three government levels (national, regional and local).

For its part, Peru's current Political Constitution of 1993 recognizes that the person is the supreme purpose of society and the State and privileges the fundamental right to enjoy a balanced environment suitable for the development of life³. This research focuses on territory, identity and improvement proposals for the implementation of public policies. In this way, we hope to contribute to the dissemination of fundamental aspects for a deeper understanding of the process.

Keywords: planning; territory; zoning; microzoning; mesozoning; macrozoning.

Introdução

Em 2008, o Ministério do Ambiente (MINAM) foi criado e incorporou na sua estrutura a Direção Geral de Ordenamento do Território (DGOT), com o objetivo de assegurar o desenvolvimento equilibrado do território em condições sustentáveis. A elaboração de planos de ordenamento do território e de planos de zoneamento ecológico-econômico é a base da pirâmide, pois são instrumentos administrativos fundamentais para os processos de descentralização e reformas institucionais no setor ambiental.

O ordenamento do território (POT), com o seu carácter integral e transversal na administração pública, é um sistema de gestão ambiental e territorial que abrange os aspectos sociais, econômicos e ambientais

e está orientado para os principais objetivos do país. É importante ter uma visão integrada, não só do ponto de vista jurídico, mas também social e cultural, o que muitas vezes não está incluído.; A integralidade poderia ajudar a resolver problemas como o centralismo nas capitais. É por isso que o processo de ordenamento do território é considerado como uma peça fundamental para a realização do desenvolvimento e uma possível oportunidade para lutar contra a pobreza.

1. Situação geral

A OT⁴ é uma política, estratégia, objetivos⁵ e metodologia, que visa maximizar o uso do solo, fazendo uso adequado da infraestrutura, instituições e apoio legal necessários para a sua. Em 1994, no âmbito do Acordo de Cooperação Amazônica (ACT), foi estabelecido que o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE) é um instrumento de ordenamento territorial e *“um processo dinâmico que permite o arranjo espacial de unidades na região”*. São relativamente homogêneos e caracterizados com base em fatores físicos, biológicos e socioeconômicos, avaliando o seu potencial de sustentabilidade, e são implementados através do trabalho de equipes multidisciplinares. Em outras palavras, é um processo baseado na análise e interpretação integrada de fatores bióticos, abióticos e socioeconômicos.

Neste sentido, a implementação do OT requer fatores como a tomada de decisões e o apoio político, que são duas condições inseparáveis para a sua implementação. Nas orientações políticas para o ordenamento do território, de acordo com as disposições da Resolução Ministerial n.º 026-2010-MINAM, do mesmo modo, alguns autores defendem que a população peruana ocupa o território de forma

⁴ A Carta Europeia do Ordenamento do Território, de 1983, foi o primeiro texto internacional a definir o conceito de ordenamento do território como: *“A expressão espacial das políticas econômicas, sociais, culturais e ecológicas da sociedade”*.

⁵ De acordo com a Carta Europeia do Ordenamento do Território de 1983, os objetivos fundamentais de qualquer política de ordenamento do território são: a) O desenvolvimento socioeconômico equilibrado das regiões; b) A melhoria da qualidade de vida; c) A gestão responsável dos recursos naturais e a proteção do ambiente; d) A utilização racional do território. Neste sentido, é necessário conhecê-las para determinar a melhor opção de uso do solo. Estes objetivos fundamentais são repetidos na maioria das leis nacionais e regionais de ordenamento do território, bem como nos planos regionais e sub-regionais de ordenamento do território.

desordenada e que a situação se deve a processos históricos complexos e à agitação social. A justificativa seria a diversificação das atividades econômicas, a identidade cultural, os usos e costumes, bem como os diferentes usos, ocupações e interesses territoriais (Aquino, 2006).

Nas últimas décadas, a ocupação do território peruano tornou-se cada vez mais conflituosa, com múltiplos interesses em jogo e com a gestão da utilização dos recursos naturais tornando-se mais complexa. Por isso, são sobretudo necessários dados e informações do ZEE, que muitas vezes faltam por não serem realizados trabalhos no local. Alguns argumentam que o futuro de um território não está determinado, mas depende de cenários de mudanças rápidas e incertas, pelo que é essencial antecipá-lo. Para atingir este objetivo, o OT é proposto como uma previsão a longo prazo, que tem em conta a natureza da sua evolução e a ‘construção histórica’ dos acontecimentos.

2. O que é que entendemos por território?

Entendemos que se trata de um espaço físico natural delimitado política e administrativamente, no qual se desenvolvem diversas atividades humanas. O Ministério do Ambiente (2015) explica que a implementação dos planos de OT requer a criação de ‘Equipes Técnicas Multidisciplinares’ (ETM) que gerem todo o processo, enquadrado nas bases legais como a DS N°087-2004-PCM e a Resolução Ministerial N° 135-2013-MINAM.

3. Instrumentos técnicos

O Peru, um dos principais países megadiversos do mundo, é rico em diversidade geográfica e cultural, mas enfrenta muitos desafios relacionados com a utilização dos solos e dos recursos naturais. Um planeamento espacial eficaz é essencial para enfrentar estes desafios e promover um desenvolvimento sustentável e equitativo.

A criação de um ‘Sistema Nacional de Ordenamento do Território’ tem sido mencionada há algum tempo como uma iniciativa importante e necessária para promover o desenvolvimento sustentável do país. No entanto, não devemos esquecer que as decisões de ordenamento do território podem conduzir a decisões que não se baseiam em critérios

técnicos ou de interesse público. Neste sentido, um correto ordenamento do território é essencial para proteger o ambiente do país.

Um planejamento cuidadoso da utilização dos solos identificará e protegerá zonas de elevado valor ecológico, incluindo florestas, zonas úmidas e bacias hidrográficas. Isto contribui para a conservação da biodiversidade, a atenuação dos efeitos das mudanças climáticas e a proteção dos serviços ecossistêmicos. Isto é ainda mais importante porque Peru tem um grande número de áreas naturais protegidas, que são essenciais para proteger a biodiversidade e o patrimônio natural e cultural do país. Um planejamento espacial eficaz garante que estas áreas permaneçam intactas e impede a expansão de atividades que possam pôr em risco a sua integridade. Permite também a ligação destes 'hot spots' e dos mosaicos naturais que facilitam o deslocamento das espécies e a adaptação às alterações climáticas.

A consecução destes objetivos exigirá a cooperação entre os governos, a sociedade civil e as comunidades locais em todos os níveis, com um compromisso com políticas que promovam a sustentabilidade e o respeito pela diversidade cultural e natural que caracteriza o Peru. Os seguintes instrumentos técnicos são utilizados para desenvolver o processo de OT como Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE); Estudos especializados (EE); Diagnóstico Territorial Integrado (DIT); e Plano de Ordenamento do Território (POT).

Rodríguez (2007) estabelece como objetivos do ZEE a necessidade de conciliar os interesses nacionais na conservação do patrimônio natural com a utilização sustentável dos recursos naturais, orientar a formulação, aprovação e aplicação de políticas nacionais, setoriais, regionais e locais sobre o uso sustentável dos recursos naturais e do território, bem como a gestão ambiental, de acordo com as características e potencialidades dos ecossistemas, a conservação do ambiente e o bem-estar da população. Além disso, o ZEE serve também para prestar apoio técnico à formulação de planos de desenvolvimento e de ordenamento do território a nível nacional, regional e local, apoiar o reforço das capacidades das autoridades competentes para gerir os espaços e os recursos naturais sob a sua jurisdição, fornecer informações técnicas e um quadro de referência para promover e orientar os investimentos públicos e privados, e, por último, contribuir para os processos de concertação entre os diferentes atores sociais sobre a ocupação e o uso adequado do território.

4. Os níveis de Zoneamento Ecológico-Econômico

É importante que os estudos sobre ZEE sejam realizados a três níveis: macrozoneamento (nível nacional), meso-zoneamento (nível regional) e micro-zoneamento (nível local), para que as dimensões, os tipos e os objetivos estabelecidos sejam considerados adequadamente.

O macro-zoneamento é aplicado a nível nacional, macro-regional e regional, e a cartografia aplicada corresponde a escalas de trabalho de 1:250.000 e inferiores (D.S. N° 087-2004-PCM, artigo 4). O principal objetivo desta ferramenta é gerar informação sobre as potencialidades e limitações de uma área em relação a diferentes alternativas de uso sustentável, e esta informação pode ser utilizada para orientar o planejamento e o desenvolvimento que beneficiam a área, e/ou pode ser utilizada como base para o estabelecimento de políticas e planos de uso da terra. É também um quadro de referência para a definição de prioridades espaciais para o desenvolvimento de processos de ZEE a outros níveis de abordagens espaciais mais amplas (meso e microzoneamento).

O meso-zoneamento é aplicado principalmente a regiões, bacias ou áreas-alvo específicas. O principal objetivo do meso-zoneamento é gerar informações sobre as potencialidades e limitações do território em relação a diferentes alternativas de uso sustentável, o que é importante para o desenvolvimento, o planejamento e para servir de base para o estabelecimento de políticas e planos de utilização dos solos e para a identificação e promoção de projetos de desenvolvimento em áreas designadas. É também um quadro de referência para a definição de prioridades espaciais para o desenvolvimento de processos de ZEE no nível do microzoneamento.

Muitos funcionários e agentes públicos tomaram a iniciativa de promover o ordenamento do território, os instrumentos de política e o planejamento. No entanto, os conflitos informais e as disputas pelo uso do solo geram conflitos sociais e ambientais e, em muitos casos, são conflitos latentes em processo de agravamento.

A Lei Orgânica visa promover o desenvolvimento regional integral e sustentável com o objetivo de promover o investimento, garantindo o desenvolvimento de programas nacionais, regionais e locais. Os governos regionais são responsáveis pela formulação e aprovação do desenvolvimento regional, através do plano regional acordado com

os municípios. Tem também a competência exclusiva para a formulação e aprovação do Plano Concertado de Desenvolvimento Regional. O Artigo 53 da Lei Orgânica dos Governos Regionais (Lei n.º 27.867, LOGR), estabelece que os governos regionais são responsáveis por formular, aprovar, executar, avaliar, dirigir, controlar e administrar planos e políticas de ordenamento ambiental e territorial, em conformidade com os planos dos governos locais. No entanto, corre-se o risco de esta competência ser limitada quando se estabelece como função dos GORE (Gobierno Regional) formular, aprovar, executar, acompanhar e fiscalizar o cumprimento dos regulamentos e dos planos de ordenamento do território a nível regional, no âmbito da sua jurisdição e conjuntamente com outros governos regionais (...)”⁶

O microzoneamento ocorre em escala mais precisa e é aplicado ao planeamento da gestão de questões específicas, a nível regional e local. O principal objetivo do microzoneamento é gerar informações sobre o potencial e os limites da zona, que servem de base para a elaboração, aprovação e promoção de projetos de desenvolvimento, planos de gestão específicos da zona e questões a nível local. Contribui igualmente para o ordenamento do território, a concepção e o planeamento do desenvolvimento urbano.

O nível micro é mais pormenorizado e destina-se a ajudar a definir aplicações específicas em áreas específicas, onde são necessárias informações mais precisas. É aplicado a nível local, em zonas espaciais de áreas relativamente pequenas, incluindo zonas de influência em áreas urbanas, e utiliza critérios biofísicos para delinear unidades espaciais da zona com um detalhamento ao nível de características específicas da paisagem.

⁶ O Tribunal Constitucional, no ponto 78 do acórdão proferido no processo 0020-2005-AI, onde se afirma que “*o legislador nacional tem um mandato constitucional que o obriga a não adotar medidas regressivas que adiem o processo de regionalização ou dificultem injustificadamente a adequada repartição de competências e transferência de recursos do governo nacional para os governos regionais e locais, nos termos do artigo 188, desde que, evidentemente, haja disponibilidade orçamentária e de despesa pública para o feito*”. (Décima Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição)”. Por isso, seria válido questionarmo-nos se Projeto de Lei estaria, de fato, a ultrapassar as competências do órgão de governo, ao configurá-lo como onipresente, dando-lhe mais a figura de um órgão hierárquico, ou na realidade, o PCM (Presidencia del Consejo de Ministros) deve ser entendido como um órgão de governo encarregado de dar orientações de atuação ao GORE, mas sem estabelecer uma hierarquia sobre eles.

5. Identidade e cultura

Os interesses do Estado estão relacionados com a identidade nacional e são sustentados pela soma das culturas do nosso país, que por sua vez amalgama a diversidade de identidades culturais que define quem somos. O Peru tem muitas culturas, cada uma das quais tem parâmetros em comum relacionados com quem eu sou: língua, ideias, costumes, tradições, códigos, hábitos, valores, padrões, conhecimentos, normas, gastronomia, danças, arte, identidade e até provérbios.”

Da mesma forma, o autor afirma que *“é importante que os poderes do Estado participem ativamente no respeito pela diversidade com princípios de igualdade, fortalecendo a democracia participativa e, acima de tudo, preservando as características de cada uma das culturas do nosso país”*. A participação de todos os atores das nossas diferentes realidades sociais deve também ser considerada, começando pela criação de um órgão público que permita ouvir as diferentes culturas, de forma a conseguir políticas de Estado inclusivas. Pessoalmente, acredito que a base do desenvolvimento não é apenas gerar maior confiança e unidade entre todos os peruanos, alinhando os interesses das diferentes culturas com o bem-estar nacional, mas o complementar, a partir de um enfoque na sustentabilidade, em que o ambiente, a economia e a sociedade possam estar envolvidos, respeitando sua própria abordagem cultural.

O papel dos governos locais é fundamental, pois devem promover o desenvolvimento de políticas adequadas. Como cada representante local conhece a sua própria realidade geográfica, somos e vivemos num país megadiverso, o que não deixa de ser uma maravilha. Esta realidade, porém, traz consigo complicações na gestão do território. Fazendo parte de uma mesma nação, devemos respeitar-nos uns aos outros, respeitar a nossa nação e também respeitar as nossas diferenças, tais como religião, gênero e política, por exemplo.

Segundo Manuel Castells (1996, 29), *“em um mundo de mudanças descontroladas e confusas, as pessoas tendem a reagrupar-se em torno de identidades primárias, religiosas, étnicas, territoriais, nacionais”*. O autor define ainda a busca da identidade como *“a fonte fundamental de significado social de raízes históricas”*, e adverte-nos contra o risco de fundamentalismo que dela pode derivar, o que não o impede de afirmar na sua confissão de fé: *“Acredito no poder libertador da identidade.”*

(Castells 1996, 30). Escreve o autor: *“Entendo a identidade como o processo pelo qual um ator social se reconhece a si próprio e constrói significado, principalmente em virtude de um determinado atributo cultural ou conjunto de atributos, excluindo uma referência mais ampla a outras estruturas sociais”* (Castells 1996, 48).

6. Identidade, cultura e ordenamento do território

Podemos começar por afirmar que a cultura geográfica está relacionada com a identidade nacional, no sentido em que esta compreende a criação humana no âmbito temporal e espacial. Neste sentido, há que ter em conta aspectos que, assim como a geografia política, não são fáceis de serem agrupados. É possível distinguir seis grandes conjuntos de abordagens: a análise da política territorial; as geografias dos bens públicos e da escolha racional; as geografias políticas marxistas e neo-marxistas; a geografia política humanista; a geografia do poder; e, as teorias geográfico-políticas pós-modernas ou pós-estruturalistas. Algumas são típicas dos cientistas políticos, outras mais dos geógrafos. Em geral, a nova geografia política baseia-se fortemente na ciência política positivista ou na economia política, crítica na sua escolha de temas e procedimentos analíticos.

Neste sentido, é necessário identificar um grupo humano que se localiza num espaço geográfico e que é alimentado por elementos culturais. Por seu lado, é importante citar o seguinte conceito: *“A cultura inclui todas as manifestações dos hábitos sociais de uma comunidade, as reações do indivíduo, na medida em que são afetadas pelos costumes do grupo em que vive, e os produtos das atividades humanas, na medida em que são determinados por esses costumes”* (Kahn 1975,14).

Segundo Tylor (1871, 65), no seu livro ‘Primitive Cultures’, a cultura é definida como um conjunto complexo de conhecimentos, crenças, artes, leis, moral, costumes e outros hábitos e aptidões que o homem adquire. É neste sentido que podemos dizer que ela é específica do ser humano. Podemos concluir afirmando que a cultura convida à reflexão sobre si mesmo.

Assim, se pensarmos a cultura num espaço geográfico, temos de imaginar uma série de conhecimentos. Segundo Alejandro (2018), não são apenas os conhecimentos, mas também as habilidades e os valores que expressam o modo de sentir, de ser e de fazer dos seres huma-

nos, expressos num comportamento ético no espaço geográfico como contexto sociocultural, passando do geral para o particular, enfatizando a transformação positiva do meio ambiente e a preservação do patrimônio material e imaterial que foi transmitido de geração em geração. (Alejandre 2018, 4).

Numa perspetiva filosófica, a categoria de espaço geográfico refere-se a um conjunto de objetos e fenômenos da natureza viva. Entende-se que é o espaço geográfico que possibilita as condições de desaceleração ou aceleração do desenvolvimento dos indivíduos, na mesma medida em que desempenha um papel essencial para a vida em sociedade, e influencia substancialmente o desenvolvimento dos ramos da produção material (Alejandre 2018, 05).

Por sua vez, Santos (1985, 05) estabelece o espaço geográfico como um conjunto de relações realizadas, através de funções e formas que se apresentam como testemunho de uma história escrita pelos processos do passado e do presente.

Ao longo dos tempos, a humanidade tem habitado muitos lugares do mundo, com exceção da Antártida, e com isso vai a par a grande diversidade cultural que traz consigo as cosmovisões, e é neste sentido que se procura um enfoque no desenvolvimento sustentável (DS), que aborda aspectos como a proteção e conservação da diversidade.

A UNESCO refere que existem alguns componentes importantes a ter em conta na diversidade cultural, tais como a forte influência no DS, uma vez que qualquer forma de desenvolvimento deve ser localmente relevante e culturalmente apropriada. A cultura influencia o que esta geração decide ensinar à geração seguinte, incluindo os conhecimentos, as competências, a ética, as línguas e as visões de mundo mais valorizadas. A humanidade deve viver em conjunto pacificamente, tolerando e aceitando as diferenças entre grupos culturais e étnicos (UNESCO, Declaração de Joanesburgo, 2002).

Conclusões

- O OT deve ser guiado pelos princípios orientadores da sustentabilidade, da integralidade, da complementaridade, da governança democrática, da subsidiariedade, da equidade, do respeito pela diversidade e pela identidade cultural. A sua consideração torna claro que, para ser cumprido, é essencial que o OT seja

trabalhado a partir de uma abordagem intergovernamental e interssetorial.

- O ZEE do país é aprovado sob proposta da Presidência do Conselho de Ministros, em coordenação interssetorial, em apoio ao ordenamento do território, de forma a evitar conflitos socioambientais. Este zoneamento é efetuado com base em zonas prioritárias, conciliando os interesses nacionais de conservação do património natural com o uso sustentável dos recursos naturais.
- De acordo com a Lei de Bases da Descentralização (Lei n.º 27.783), a Lei Orgânica dos Governos Regionais (Lei n.º 27.867), e a Lei Geral do Ambiente (Lei n.º 28.611), foi estabelecido que o ordenamento do território é um processo de antecipação e de tomada de decisões relativas a ações futuras no território, que inclui os instrumentos, critérios e aspectos para a sua gestão ambiental. Estabelece também que o ordenamento ambiental do território é um instrumento que integra a política de ordenamento do território, enquanto processo técnico-político orientado para a definição de critérios e indicadores ambientais que condicionam a afetação dos usos do território e a ocupação ordenada do território. Estabelece ainda que o ordenamento e planeamento territorial devem complementar o planeamento económico, social e ambiental com aspectos territoriais, racionalizando as intervenções no território e gerindo a sua conservação e uso sustentável.
- Em países como Peru, temos de ter em conta os elementos de identidade cultural, como a língua, a religião, a etnia e os estratos sociais. A relação entre a cultura e a geografia é muito importante, e ainda mais se integrarmos o componente do desenvolvimento sustentável, uma vez que são dependentes um do outro.
- Propomos a geografia como uma importante ferramenta para determinar o planeamento territorial, bem como para a gestão ambiental, que contribuirá para a construção de uma cultura, resultando numa consciência ambiental, geográfica, cultural e territorial. Devemos ter em conta que para a construção de um projeto político nacional é fundamental considerar a identidade cultural, a interculturalidade e a pluriculturalidade.

Referências bibliográficas

- ALEJANDRE, S. (2018). *A relação cultura geográfica-espaço geográfico na formação da identidade cultural*. Ano 10, nº 1. Disponível em: <Microsoft Word - ARTICULO SUSEL ALEJANDRE NADIR.doc (revistanadir.yolasite.com)>. Acessado em 16/07/2022.
- BALLÓN, E.; CAMPANA A.; GLAVE, M. (2015). Planeamento territorial: entre o aprisionamento regulatório e a reterritorialização do capital. *Perú hoy: hacia el otro desarrollo*, 153-176. Disponível em: <http://www.desco.org.pe/recursos/site/files/CONTE-NIDO/28/07_Ball%C3%B3n_PH_dic_15.pdf>. Acessado em 14/10/2022.
- CASTELLS, M. (1997). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://amsafe.org.ar/wp-content/uploads/Castells-LA_SOCIEDAD_RED.pdf>. Acessado em 16/07/2022.
- Constituição Política do Peru (1993). *Diário Oficial El Peruano*.
- TESTINO, Glave M. (2012). *Ordenamiento territorial y desarrollo en el Perú: Notas conceptuales y balance de logros y limitaciones*. Disponível em: <<https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/51781>>. Acessado em 16/05/2022.
- GRIMALDO, M. (2006). *Identidad y política cultural en el Perú*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272006000100005>. Acessado em 28/06/2022.
- KAHN, J. (1975). *El concepto de cultura*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=823003>>. Acessado em 23/08/2022.
- MALINOWSKI, Bronislaw (1975) [1931] “La cultura”, in KAHN, J.S. (comp.): *El concepto de cultura: textos fundamentales*, p. 85-127. Barcelona, Anagrama. Disponível em: <<https://antropologies.wordpress.com/2013/10/13/definiciones-de-cultura/>>. Acessado em 10/10/2022.
- SANTOS, M. (1985). *Espaço e método*: São Paulo: Nozel.
- TYLOR, Edward B. (1975) [1871]. “La ciencia de la cultura”, in KAHN, J.S. (comp.): *El concepto de cultura: textos fundamentales*, p. 29-46. Barcelona, Anagrama. Disponível em: <<https://antropologies.wordpress.com/2013/10/13/definiciones-de-cultura/>>. Acessado em 12/12/2022.

Unesco (2002). Diversidade cultural. Educação para o desenvolvimento sustentável. Disponível em:<<https://es.unesco.org/themes/educacion-desarrollo-sostenible/diversidad-cultural>>. Acessado em 12/12/2022.

SOSTENIBILIDAD Y CRECIMIENTO URBANO LOS RETOS AMBIENTALES EN LA RENOVACIÓN Y EXPANSIÓN URBANA EN COLOMBIA

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/03>)

GLORIA HENAO GONZÁLEZ Y JUANA HOFMAN Q.

Resumen: El crecimiento urbano de las ciudades en América Latina se ha caracterizado por ser poco planeado, informal y de urgencia, y por tener un marco normativo joven y en construcción, así mismo, el ordenamiento ambiental ha crecido como una disciplina aislada del urbanismo, y ha sido concebida con una carga y no como elemento central del ordenamiento, lo que hoy genera que el crecimiento de las ciudades enfrente dilemas ambientales importantes en plena época de crisis climática. El presente artículo da una mirada crítica a la normatividad urbana, con énfasis en los procesos de desarrollo y expansión de las ciudades, frente a los retos ambientales de las ciudades modernas.

Abstract: Urban growth of cities in Latin America has been characterized by poor planning, both informal and urgent, and having a young regulatory framework constantly under construction. Likewise, environmental planning has grown as a discipline isolated from urban planning. Unfortunately, it has been conceived as a burden and not a central element of planning, which today causes the growth of cities to face critical environmental dilemmas amid a climate crisis. This article takes a critical look at urban regulations, emphasizing the processes of development and expansion of cities in the face of the environmental challenges of modern cities.

Key words: urban planning, environmental planning, sustainable cities, urban growth.

Introducción

El planear ciudades dinámicas y en crecimiento, que respondan a las necesidades cualitativas y cuantitativas de vivienda y que a su vez sean sostenibles, reverdecidas, con buena calidad de aire, con gestión integral del riesgo, con áreas ambientales consolidadas, que incorporen medidas concretas sobre ecourbanismo y construcción sostenible, y con acciones de mitigación y adaptación frente al cambio climático, constituyen uno de los desafíos más grandes a los que nos enfrentamos los planificadores hoy, prueba de ello es que según un comunicado de prensa emitido el miércoles 6 de septiembre, la Organización Mundial Meteorológica (OMM), confirmó que los meses de junio, julio y agosto fueron los tres meses más calurosos de la historia del planeta, de acuerdo con los datos del Servicio de Cambio Climático Copernicus (C3S)¹.

El crecimiento urbano en el sur global se ha caracterizado por una planeación de emergencia, un ordenamiento para atender coyunturas y no para vislumbrar el futuro y realmente planearlo. Si bien el urbanismo es una disciplina muy joven normativamente en Colombia, en la práctica ha sido accidental, es decir, ha dependido de fenómenos externos como la violencia y los movimientos migratorios internos que han consolidado urbanismos informales y ocupaciones en zonas de alto riesgo, así como la falta de consideración de la huella urbana en asentamientos consolidados y una evidente falta de planeación ambiental.

De otra parte, es necesario mencionar que el ordenamiento ambiental como parte del urbanismo llegó tardíamente a la planificación urbana. Hasta hace pocos años se creía que lo ambiental se limitaba a las cargas y pasivos ambientales al momento de realizar un desarrollo, y no era un componente central en la planificación urbana, mucho menos dentro del planeamiento de emergencia. Hoy, el reto de poner en diálogo la concepción de lo ambiental en el marco del crecimiento de

¹ Dato tomado del periódico el Espectador de Colombia, el 7 de septiembre de 2023. <https://www.elspectador.com/ambiente/la-tierra-vivio-los-tres-meses-mas-calientes-jamas-registrados/>.

la ciudad implica unos retos importantes para priorizar en las agendas urbanas, y más aún en las ciudades de Colombia, en donde el déficit de vivienda obliga a pensar el crecimiento urbano en plena emergencia climática, un crecimiento necesario pero sostenible.

Es importante mencionar, que el derecho a una vivienda digna está consagrado en el artículo 51 de nuestra Constitución Nacional, en los siguientes términos: “*Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá los planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas de ejecución de estos programas de vivienda*”, por lo tanto, es obligación del estado generar mecanismos e instrumentos para garantizar el acceso a la vivienda, para lo cual es indispensable habilitar suelo para su construcción.

Ahora bien, cumpliendo los objetivos de desarrollo sostenibles del milenio, hoy para la formulación de los Planes de Ordenamiento Territorial de segunda generación en el país, existe un acuerdo tácito entre los expertos, gobernantes y la ciudadanía en general, en la necesidad de reverdecer y arborizar las áreas urbanas, contar con superficies que permitan la filtración de agua y generación de sistemas de drenaje sostenible, contar con elementos y sistemas de construcción más sostenibles, crear bosque urbanos y respetar los elementos con valores ambientales, y por último, cambiar a modelos de ocupación menos expansivos por un crecimiento más compacto y controlado². Sin embargo, cumplir con estos objetivos no es nada fácil, si tenemos en cuenta que la planificación integral de asentamientos en nuestro país es relativamente novedosa, que venimos de un crecimiento acelerado, desordenado y en muchas ocasiones originado en la informalidad y que contamos con un déficit acumulado de vivienda que crece año tras año, y por ende, con déficit en servicios públicos de calidad, espacio público y en general, con barrios sin un verdadero urbanismo. Lo anterior, genera un gran reto para nuestras ciudades a la hora de planificar su crecimiento.

Este artículo, pretende dar una mirada crítica a como nuestra normatividad está enfrentando estos retos de crecimiento sostenible, en relación con nuestra realidad y necesidades.

² Ver capítulo de Crecimiento Vr sobrevivencia de libro colectivo “Ciudades Sostenibles en el Posconflicto en Colombia: Cartagena, Bogotá Medellín y Bucaramanga, editora María Fernanda Valdez, Fondo Nacional ambiental (2017).

1. Crecimiento urbano y vulnerabilidad

Colombia es un país que ha tenido un proceso de urbanización acelerado³. Desde la década de los años 50, el crecimiento demográfico precipitado de las ciudades colombianas ha generado condiciones de riesgo por ocupación de zonas de ladera o contiguas a cuerpos de agua⁴. Se estima que, actualmente, un 36% de colombianos se encuentran expuestos a amenazas altas por sismos, 8% a deslizamientos y 28% a inundaciones, respectivamente, según el censo de población y vivienda realizado por el DANE en el año 2018. Hoy, el país cuenta con una población de 48.252,494 habitantes, de los cuales el 77.1 % viven en cabeceras o ciudades, 7.1% en centros poblados y 15.8% en áreas rurales dispersas. De los 37.202.672 habitantes que viven en ciudades y cabeceras, 7.412.566 habitan en Bogotá y 6.924,286 aproximadamente en 4 ciudades capitales (Medellín, Cali, Barranquilla y Cartagena) sin contar con la población que se localiza en sus áreas metropolitanas conformadas jurídicamente o, de hecho⁵.

En cuanto al déficit habitacional, este se acumula año a año, siendo cada día más alta la necesidad y demanda de vivienda que la oferta formal de la misma⁶, lo cual genera una creciente informalidad en el

³ Aproximadamente en 50 años se invirtió el porcentaje de población que vivía en las cabeceras o ciudades y las que vivían en áreas rurales. En 1938 el 29.1% de la población vivía en las cabeceras o ciudades y hacia 1985 lo hacía el 69.9%, y, en esos mismos 50 años pasamos de aproximadamente 10 millones de habitantes a 25 millones de habitantes (Encuesta calidad de vida Dane, Colombia 2014). Los censos de población realizados en Colombia dan cuenta del proceso de urbanización registrando el mayor ritmo de crecimiento de la historia entre 1951 y 1973, periodo durante el cual, la población urbana incrementó su participación en veintiún puntos porcentuales, al pasar del 39,0 % en 1951 a 61,0 % en 1973. A partir de este momento la participación urbana continúa en aumento, pero a un ritmo menor, alcanzando el 60,0 % en el año 1975, el 71,0 % en 1993 y una participación del 76,0 % en el 2005. https://geoportal.dane.gov.co/servicios/atlas-estadistico/src/To-mo_I_Demografico/%e2%80%a2ciudades-de-orden-nacional.html

⁴ Estudio de Sistema de ciudades DNP 2017.

⁵ Por ejemplo, la densidad en Bogotá para el año 2023 es de 4.964,55 hab. Por Km², en Bucaramanga de 4047,91, Medellín de 6857,18, Cali 4.161,65, Cartagena 1.906,21 y en Barranquilla de 7.995,23. Datos tomados de Terridata del DNP. <https://terridata.dnp.gov.co/index-app.html#/perfiles/08001>.

⁶ Según las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE para el año 2021, el déficit habitacional en Colombia era de 5.240.000 hogares. La mayor parte de esta cifra equivale al déficit cualitativo, que se refiere a las

país y un problema social dramático de asentamientos informales en condiciones de segregación espacial. Según algunos expertos, Colombia tardará 123 años en cerrar el déficit de vivienda si continua por el mismo camino tal como vemos en la tabla a continuación⁷, lo que lo genera un país segregado, desigual, con fuertes conflictos por la tierra, pero con grandes potencialidades de crecimiento.

| Área | PO- BLACIÓN | HOGARES | Déficit cuantita- tivo | Part. % de los hogares | Déficit cualitativo | Part. % de la po- blación | Déficit habita- cional | Part. % de la po- blación |
|--|----------------|------------|------------------------------|------------------------------|------------------------|---------------------------------|------------------------------|---------------------------------|
| Total | 51.117.378 | 16.889.969 | 1.263.000 | 7,5% | 3.977.000 | 23,5% | 5.240.000 | 31,0% |
| Cabecera | 38.868.455 | 13.032.068 | 485.000 | 3,7% | 2.196.000 | 16,9% | 2.681.000 | 20,6% |
| Centros poblados y rural disperso | 12.248.923 | 3.857.901 | 777.000 | 20,1% | 1.781.000 | 46,2% | 2.558.000 | 66,3% |

Fuente: DANE – Censo Nacional de Población y Vivienda 2018⁸

Ahora bien, según Fedesarrollo⁹ los asentamientos urbanos son altamente vulnerables a los efectos del cambio climático, el cual ha sido definido por Naciones Unidas desde 2012 como “*el cambio en el clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera global y que se suma a la variabilidad natural del clima observada en periodos comparables de tiempo*”. En Colombia, las ciudades capitales son las que más riesgos según el IDEAM tienen frente a los efectos del cambio climático, y son justamente estos territorios, los que hasta hace poco iniciaron procesos de ordenamiento ambiental dentro de la planificación urbana, a pesar de ser territorios

viviendas que carecen de buenos materiales y estándares mínimos para ser habitables. Por otra parte, está el déficit cuantitativo, el cual asciende a 1.263.000 hogares que no cuenta con una vivienda. Así que tomando estas cifras y cruzándolas con la generación anual de nuevos hogares en comparación a las unidades habitaciones terminadas en los últimos 2 años, se concluye que no es suficiente la producción anual de vivienda para logra suplir la necesidad de vivienda de estos nuevos hogares, razón por la cual el déficit siempre crece.

⁷ <https://www.portafolio.co/mis-finanzas/vivienda/cerrar-el-deficit-habitacional-en-colombia-tomaria-123-anos-575110>. Consultado diciembre 15 de 2022.

⁸ <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/deficit-habitacional>.

⁹ Fedesarrollo. Fundación Ciudad Humana Instituto para la Investigación y Debate sobre la Gobernanza (IRG), “Las ciudades y el cambio climático” García, et al. Octubre 2013.

en donde más habita gente y en donde más población se encuentra asentada en alto riesgo, lo que aumenta además de la vulnerabilidad y la probabilidad de una tragedia.

De otra parte, el Atlas de Expansión Urbana concluye que el crecimiento de la huella urbana de las ciudades colombianas ha sido similar al de su población¹⁰, es decir, va en aumento. Es así, como las aglomeraciones urbanas son muy densas en comparación con las grandes ciudades del mundo, el Sistema de Ciudades concentra más de 12.000 habitantes por km² de área urbana en promedio y se requerirán 5,6 millones de viviendas adicionales a 2050 en estos centros urbanos. Bogotá su capital, constituye una de las ciudades más densas del hemisferio occidental.

Ahora bien, cabe resaltar el potencial ambiental de las ciudades en Colombia. Al ser Colombia el segundo país más megadiverso del mundo, en donde según el Ministerio de Ambiente somos el primero en aves y orquídeas, segundo en mariposas y anfibios y terceros en palmas y reptiles y cuarto en mamíferos, además de tener más de treientos tipos de ecosistemas, dicha riqueza ambiental está también presente en las ciudades. Colombia es el primer país con un sistema de humedales urbanos declarados como sitios RAMSAR¹¹. Las ciudades colombianas son paso de aves migratorias, de polinizadores, son estrellas hídricas y a su vez, territorios en constante expansión y cambio.

En conclusión, en la medida en que la población urbana crece, se hace necesario que la ciudad también crezca, bien sea aumentando la edificabilidad de sus construcciones en altura y bajo un esquema de lo que se denomina ciudad compacta y vertical, o creciendo horizontalmente y expandiendo así su huella urbana sobre el suelo rural. Lo primero, se hace a través de procesos de densificación y renovación urbana y lo segundo a través de lo que se denomina expansión urbana. Ambos procesos tienen grandes retos ambientales, por una parte, al aumentar las personas que habitan un sector, se debe aumentar *persé* los soportes urbanos que servirán para estas personas. Dentro de los soportes urbanos esenciales está por ejemplo el agua, que tiene la doble

¹⁰ Análisis del Atlas de Expansión Urbana de Colombia. Jairo E. Castillo Varela Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible Diciembre, 2017. www.dnp.gov.co.

¹¹ Convención RAMSAR que busca proteger los ecosistemas de humedal. Declarados sitios RAMSAR 12 Humedales en Bogotá.

connotación de servicio y de derecho, pero que es necesario prever la cantidad de demanda y su proceso de disposición. Así mismo, los RCD, residuos de construcción, que, si no están apalancados por un sistema de disposición conllevan contaminación y problemas de salud pública, lo anterior sumado a problemas de calidad de aire, aumento de temperaturas, vertimientos, entre otros.

En el presente artículo describiremos las formas de crecimiento de las ciudades y sus retos ambientales con el objetivo de comprender los retos vigentes en el planeamiento urbano referentes a sostenibilidad y crecimiento urbano.

2. Maneras de crecimiento formal de las ciudades: renovación, expansión urbana y suelo suburbano.

En Colombia solo hasta la expedición de la ley 9 de 1989, “Ley de reforma urbana”, se establecieron lineamientos generales para la planificación y ordenamiento del territorio, previo a esta época cada municipio expedía sus normas de utilización de suelo de manera aislada, sin respetar un marco nacional o regional de política urbana y/o desarrollo territorial. Sin embargo, con la nueva constitución del país que se expidió en 1991, esta ley tenía que ser modificada para adaptarse a las nuevas condiciones constitucionales, fue así como se expidió La ley 388 de 1997, denominada “Ley de Desarrollo Territorial”, que modificó en gran medida los preceptos de la ley 9. Esta ley contempla dos procesos fundamentales para el crecimiento de las ciudades: La renovación y la expansión urbana, ambos enmarcados en cuatro finalidades del desarrollo territorial:

1. *Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.*
2. *Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.*
3. *Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los*

beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.

4. *Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales* (art. 3 de la ley).

La competencia para reglamentar los usos del suelo fueron asignadas por la Constitución Nacional¹² a los municipios y distritos, y son estos entes territoriales los que a partir de lo fijado en la ley 388 clasifican el suelo en su Plan de Ordenamiento Territorial, instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento de su territorio, conformado por el conjunto de objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo.¹³

Esta ley clasifica el suelo en: i) suelo urbano, ii) suelo de expansión urbana, y, iii) suelo rural; y dentro de estas clases de suelo se pueden asignar dos categorías: La del suelo suburbano, que es una categoría propia del suelo rural y por tanto hace parte de él, y, la de suelo de protección, que puede asignarse a cualquiera de las clases de suelo y que tiene como propósito restringir la posibilidad de urbanización de áreas con valor ambiental, geográfico o paisajístico, de áreas destinadas a la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios o de las áreas consideradas de amenazas y riesgo no mitigable para la localización de asentamientos humanos.

El suelo urbano, señala el artículo 31 de la ley, es el destinado a usos urbanos por el plan de ordenamiento, que cuenta con infraestructura vial y redes primarias de energía, acueducto y alcantarillado, posibilitándose su urbanización y edificación.

El suelo rural es el constituido por los terrenos del municipio no aptos para el uso urbano, por razones de oportunidad, o por su destinación a usos agrícolas, ganaderos, forestales, de explotación de recursos naturales y actividades análogas. Dentro de esta clase de suelo, se puede asignar a ciertas áreas la categoría de suelo suburbano, definido

¹² Numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Nacional. “Corresponde a los Concejos:

7. Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

¹³ Artículo 2.2.2.1.2.1 del decreto 1232 de 2020.

como aquel que “*siendo diferente al suelo de expansión, mezcla las formas de vida del campo y la ciudad pudiendo ser objeto de desarrollo con restricciones de uso, de intensidad y de densidad, garantizando su autoabastecimiento en servicios públicos domiciliario*”¹⁴.

Por último, encontramos el suelo de expansión urbana que es definido en el artículo 32 de la ley 388, como aquel:

“Constituido por la porción del territorio municipal destinada a la expansión urbana, que se habilitará para el uso urbano durante la vigencia del plan de ordenamiento, según lo determinen los Programas de Ejecución. La determinación de este suelo se ajustará a las previsiones de crecimiento de la ciudad y a la posibilidad de dotación con infraestructura para el sistema vial, de transporte, de servicios públicos domiciliarios, áreas libres, y parques y equipamiento colectivo de interés público o social. Dentro de la categoría de suelo de expansión podrán incluirse áreas de desarrollo concertado, a través de procesos que definan la conveniencia y las condiciones para su desarrollo mediante su adecuación y habilitación urbanística a cargo de sus propietarios, pero cuyo desarrollo estará condicionado a la adecuación previa de las áreas programadas.”

Es decir, es el suelo que en la vigencia del Plan de Ordenamiento Territorial (POT), que es de mínimo 3 periodos constitucionales completos de las administraciones locales, cada una de 4 años, será incorporado al perímetro urbano mediante la ejecución de un instrumento de planificación denominado plan parcial.

Este instrumento tiene como objetivo planificar de forma integral y óptima esa porción de ciudad para incorporarse adecuadamente al área urbana, generar la infraestructura de servicios públicos, sistema vial, espacio público y equipamientos y hacer un reparto equitativo de las cargas y beneficios del desarrollo urbano¹⁵, entre todos los

¹⁴ Artículos 33 y 34 de la ley 388 de 1997.

¹⁵ La distribución equitativa de cargas y beneficios que la ley 388 de 1997 estableció en su artículo 2 y que debe ser aplicado a todos los instrumentos de planificación, consiste en que entre los propietarios y/o beneficiarios del desarrollo urbano, se repartan las cargas que genera la construcción de los soportes urbanos necesarios para el desarrollo, en proporción a los beneficios que este genera; entendiendo por beneficios, los aprovechamientos urbanísticos (edificabilidad y usos de suelo más rentables) que la norma otorga. Para profundizar en este principio ver artículo “El reparto

propietarios; sin embargo en muchas ocasiones, este proceso genera tensiones entre un suelo con altas potencialidades ambientales o con alta capacidad agrícola y la necesidad de generar suelo para vivienda.

En Bogotá, por ejemplo, la conflictividad entre el desarrollo de la Sabana y la conservación de un ecosistema que actúa como conector entre los Cerros Orientales y el Río Bogotá ha sido una de las grandes disputas ambientales del país. Frente a estos casos se dieron disputas judiciales, En el caso de Cerros Orientales de 2013, la Magistrada Maria Claudia Rojas ordenó no conceder nuevas licencias, autorizaciones y permisos que permitieran el desarrollo urbanístico o de construcción en la reserva de Cerros Orientales¹⁶. Así mismo, en el caso del Río Bogotá, en 2019, la magistrada Nelly Villamizar del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁷, ordenó suspender los procesos de licenciamiento en áreas alrededor de la cuenca, hasta tanto no se cumplieran las órdenes de protección y descontaminación emanadas de la sentencia de acción popular del Río Bogotá¹⁸. Estos dos casos son evidencia de cómo se han generado tensiones, que en muchos casos han sido resueltos por vías judiciales.

En cuanto a la renovación urbana, la ley 9 de 1989 en su artículo 39, la define como un programa o plan dirigido a *“introducir modificaciones sustanciales al uso de la tierra y de las construcciones, para detener los procesos de deterioro físico y ambiental de los centros urbanos, a fin de lograr, entre otros, el mejoramiento del nivel de vida de los moradores de las áreas de renovación, el aprovechamiento intensivo de la infraestructura establecida de servicios, la densificación racional de áreas para vivienda y servicios, la descongestión del tráfico urbano o la conveniente rehabilitación*

equitativo de cargas y beneficios: ¿cuál es su evolución en los sistemas urbanísticos de Colombia?”, Acosta y Henao. En Rincón y Cabezas Ed. Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y competencias. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2020.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, Acción Popular del 5 de noviembre de 2013. Ref.: 250002325000200500662 03. Actora: Sonia Andrea Ramírez Lamy, MP. Maria Claudia Rojas Lasso.

¹⁷ Auto del 31 de octubre de 2019 emanado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta subsección B, dentro de la Acción Popular del río Bogotá 2001-00479-02.

¹⁸ La Sentencia de la Acción Popular donde se ordenó la protección y descontaminación del río Bogotá, fue emitida en segunda instancia, el 28 de marzo de 2014, por el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Acción Popular Rad. 25000-23-27-000-2001-90479-01. MP. Marco Antonio Velilla.

de los bienes históricos y culturales, todo con miras a una utilización más eficiente de los inmuebles urbanos y con mayor beneficio para la comunidad”, y la ley 388 de 1997 y su reglamentación a través del decreto 1077 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda Ciudad y Territorio” establecieron los lineamientos para su desarrollo.

Si bien casi todas las ciudades del país han optado por incluir entre sus políticas y estrategias, la generación de procesos de renovación urbana que puedan proveer el suelo necesario para construir el número de viviendas que cada región requiere, con el fin de no aumentar la huella urbana y cumplir con su objetivo de ciudad compacta, estos procesos han tenido varias obstáculos que analizaremos más adelante y la densificación de nuestras ciudades, unas ya lo suficientemente densas como Bogotá, Soacha, Medellín, Cali, Armenia, Pereira, Manizales, Ibagué, Bucaramanga, Cúcuta, Barranquilla y Santa Marta, se ha realizado en la mayoría de los casos sin los soportes urbanos necesarios, con deficiencias en la prestación de servicios, especialmente de acueducto y alcantarillado, y con déficit en infraestructura vial y parques.

En esta medida, la ley no solo incluye los dos procesos como formas de crecimiento de la ciudad, sino que, en el marco de la autonomía territorial, es el municipio, teniendo en cuenta las necesidades de dinámica de la población, las tendencias de crecimiento de la ciudad, y las características y límites naturales de cada uno, el que decide si se enfoca hacia la renovación urbana, o hacia la expansión, o si considera que ambas son necesarias como alternativas de crecimiento del municipio. Cualquiera de los dos caminos que tome tiene múltiples retos urbanísticos, sociales y especialmente ambientales y de gestión de riesgos, para su adecuado desarrollo.

Ahora bien, esta necesidad de crecimiento urbano se da en el marco de la emergencia climática global y en un contexto de ciudades biodiversas como las colombianas, tal como mencionábamos al inicio de este escrito. Las ciudades son territorios vulnerables a la variabilidad climática, especialmente frente al incremento de amenazas y riesgos, ya que no han sido construidas pensando en términos de adaptabilidad y mitigación, y además consumen una gran parte del suministro energético global. Así mismo, son las responsables del 70% de las emisiones de gases de efecto invernadero y de contaminación atmosférica, y pocas, tienen en consideración otras formas de vida que permiten la sostenibilidad de las ciudades como ecosistemas saludables y resilientes.

Ante la creciente necesidad de vivienda en el país, la dificultad de procesos eficientes de renovación urbana, la creciente y rápida aparición de asentamientos informales, conjugado a los eventos de emergencia por amenazas naturales en el país, que todos los años dejan miles de damnificados, se ha privilegiado la normatividad para el crecimiento horizontal como lo veremos en el siguiente apartado.

2.1. Ampliación de la ciudad mediante la expansión de la huella urbana

2.1.1. Expansión urbana mediante planes parciales municipales o distritales

El Congreso de la República consciente de la necesidad de crecimiento de las ciudades, incluyó dentro de la clasificación de suelo en la ley 388 la “expansión urbana”, que, como ya lo hemos mencionado, requiere para su desarrollo de la formulación y adopción de un plan parcial, instrumento también utilizado en la renovación urbana de re-desarrollo, pero con menos requisitos que en la expansión.

Este instrumento desarrolla y complementa las disposiciones de los planes de ordenamiento territorial, mediante la planificación integral de una porción de ciudad; definiendo sus objetivos y directrices urbanísticas, la forma como se distribuirán los costos de la infraestructura necesaria para la operación y sus aprovechamientos urbanísticos, la definición de las normas urbanísticas y la determinación de los mecanismos para la gestión de suelo y para la gestión y financiación de la operación.

Estos planes fueron reglamentados en el decreto 2181 de 2006 modificados por los decretos 4300 de 2007 y el decreto 1478 de 2013, y compilados en el decreto 1077 de 2015. Esta norma se centró en simplificar el procedimiento, en generar exigencias que permitieran la mitigación de impactos especialmente en movilidad y servicios públicos y en establecer mecanismos que permitieran que la infraestructura necesaria para el desarrollo se construyera con los recursos que generaba el mismo desarrollo inmobiliario a través de la asignación de norma urbanística.

En el caso de suelo de expansión urbana el proceso exigía que siempre existiera un proceso de concertación con las autoridades ambientales

y que contara con la debida factibilidad de servicios públicos expedida por una empresa que prestara el servicio en el municipio, lo cual se convirtió, junto al tema de gestión de riesgos, en el mayor reto de los planes parciales de expansión, como lo analizaremos más adelante.

2.1.2. Expansión urbana mediante Macroproyectos de Vivienda de Interés Social del Gobierno Nacional

Los planes parciales se convirtieron rápidamente en discrecionales, dispendiosos y engorrosos en todo el país, razón por la cual, ante el déficit creciente de vivienda, los desastres naturales que todos los años creaban mayor demanda de vivienda, y la incapacidad de los municipios de gestionar suelo nuevo para la localización de vivienda, especialmente de interés social, la Nación empezó a crear mecanismos que permitieran a ese nivel de gobierno construir proyectos de vivienda de interés social, sin la anuencia de los municipios y sobre todo sin tener que adelantar el proceso de plan parcial, que para ese entonces tenía una duración entre 5 a 7 años¹⁹.

En primer lugar, en el año 2007, mediante la ley del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1151, reglamentada por el decreto 4260 de 2007, se crearon los Macroproyectos de Vivienda de Interés Social del Gobierno Nacional, que permitían a la nación localizar proyectos de vivienda de interés social en cualquier parte del país, sin considerar la planificación municipal, siempre y cuando se cumplieran unas condiciones de prestación de servicios y no se localizaran en áreas de riesgo no mitigable. En el país se alcanzaron a realizar bajo esta normatividad varios Macroproyectos, en su gran mayoría alejados de la ciudad, en suelo rural, y desarticulados de la planeación municipal, generando presiones en cuanto al crecimiento de la huella urbana y en la prestación de todos los servicios públicos y sociales, pero con algún éxito en la disminución de déficit de vivienda. Algunos de ellos fueron: Ciudad verde en Soacha, Altos de Santa Elena y Ecociudad Navarro en Cali, San Antonio nueva ciudadela en Buenaventura, Ciudad, Bicentenario en Cartagena, villas de San Pablo en Barranquilla, Ciudad Nuevo Occidente en Medellín, Bosques de San Luis en Neiva, entre otros.

¹⁹ Montaña Magda y Borrero Oscar. Evaluación de la aplicación de planes parciales y reajuste del suelo en siete ciudades colombianas 2006 – 2013. Bhandar Editores. Bogotá 2015.

Posteriormente, el artículo 79 de la ley 1151 que creó los Macroproyectos Vivienda de Interés Social del Gobierno Nacional fue declarado inconstitucional por la Sentencia C-149 de la Corte Constitucional del año de 2010, cuyo principal argumento fue que la disposición implicaba el vaciamiento de las competencias municipales en materia de reglamentación de usos de suelo, pues esta competencia fue otorgada por el numeral 7 del artículo 313 de la Constitución Nacional a los Concejos Municipales y Distritales. Otros argumentos de la Corte giraron en torno a los temas ambientales, pues la planificación territorial debe contemplar los impactos ambientales de proyectos de gran envergadura, que, en este caso, estaban no siendo prioritarios a la hora de implementar los proyectos.

Sin embargo, reconociendo la Corte la importancia de los Macroproyectos como estrategia para disminuir el déficit de vivienda en el país determinó que la sentencia tendría efectos hacia el futuro, manteniéndose vigentes los macroproyectos adoptados y permitiendo que aquellos que se encontraran en alguna etapa del proceso, incluida la simple determinación, terminaran su proceso dentro del marco legal de la norma declarada inexecutable. Este fue el caso, por ejemplo, del Macroproyecto la Italia en Palmira Valle, adoptado en el año 2012 y el de Pienta en Piedecuesta Santander, en el año 2014.

Una referencia de la expansión de la huella urbana a través de Macroproyectos de vivienda lo encontramos en Soacha, donde se desarrolló “Ciudad Verde”, un Macroproyecto de 328 hectáreas que aportó significativamente a la ampliación la huella urbana registrada en el municipio en 2010 de 1.854ha, y que tiempo después en el año 2016 ya contaba con 2.596 ha a 2016, lo que representa un crecimiento del 40% con respecto del 2010²⁰. Ahora bien, es importante mencionar que, a pesar del impacto de la ampliación en la huella urbana, el municipio de Soacha requería habilitar nuevo suelo para la construcción de proyectos de vivienda, pues desde su Plan de Ordenamiento Territorial expedido en el año 2000 no se habían realizado revisiones y existía una clara necesidad de suelo para oferta formal de vivienda en el municipio, tanto para la población de Soacha como para la población de

²⁰ FINDETER, IDOM, otros. (2016). “Análisis histórico y evolución de la huella urbana estudio de crecimiento y evolución de la huella urbana para los municipios que conforman el área Bogotá región”, pág. 45.

Bogotá y la región. Esto con el fin de evitar las ocupaciones informales que eran y son todavía muy recurrentes en este municipio, por ser receptor de población desplazada y de migración interior.

Posteriormente, con la ley 1469 de 2011, por la cual se adoptaron medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y el acceso a la vivienda, se revivieron los Macroproyectos de vivienda de interés social, esta vez, respetando la competencia de los Concejos Municipales y Distritales de reglamentar el uso del suelo. Los Macroproyectos que requirieran cambio de uso del suelo para su desarrollo debían cumplir con un proceso de modificación expedito del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal o Distrital. Estos Macroproyectos se denominaron de segunda generación y no tuvieron mucho éxito en el país, por lo que solo se ha aprobado bajo esta normatividad el Macroproyecto Santa Fe en Cali Valle en el año 2017.

2.1.3. Expansión urbana mediante la incorporación de suelo rural a suelo urbano

Con ocasión de la grave calamidad pública acaecida en el país, consecuencia del fenómeno de “La Niña” desatado en todo el país, que produjo un nivel inusitado de precipitaciones en todas las regiones, el Gobierno Nacional, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica mediante el Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010.

En desarrollo de la norma en referencia, se profirió el Decreto 4821 del 29 de diciembre del mismo año, por medio del cual se adoptaron medidas para garantizar la existencia de suelo urbanizable para los proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender esa situación calificada de desastre nacional.

Con este Decreto se generaron varios mecanismos para habilitar suelo para la construcción de vivienda de interés social y/o la reubicación de asentamientos humanos localizados en zonas de alto riesgo: i) Se crearon los PIDUs-Proyectos Integrales de Desarrollo Urbano-, proyectos de la Nación en cualquier municipio destinados a vivienda de interés prioritario, ii) se autorizó la ampliación del área de planificación y/o gestión de los macroproyectos de interés social nacional que se encontraban ya adoptados con el fin de incorporar nuevos suelos destinados a vivienda, iii) Se establecieron condiciones para adelantar actuaciones de urbanización en suelo urbano y de expansión urbana mediante licencia de urbanización, sin plan parcial, y iv) La posibilidad

de ampliación de los perímetros del suelo urbano y de expansión urbana sobre los suelos que según clasificación del IGAC pertenezcan a las clases I, II o III²¹, solo en el caso de no existir otro suelo viable en el municipio o distrito para la expansión urbana.

Esta última previsión, establecida en un decreto con vigencia limitada, mientras duraba el estado de emergencia, fue ratificada en ley 1469 de 2011, ya mencionada, en los siguientes términos:

En todo caso, los macroproyectos de interés social y los perímetros del suelo urbano y de expansión urbana a que se refieren los artículos 31 y 32 de la Ley 388 de 1997, solo podrán ampliarse sobre los suelos que según clasificación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi pertenezcan a las clases I, II o III, cuando se requiera en razón de las necesidades de la expansión urbana, siempre que no sea posible destinar al efecto, suelos de diferente calidad o condición; y cumpliendo con las determinantes ambientales de que trata el artículo 10 de la Ley 388 de 1997 o la norma que lo articule, modifique o sustituya. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo.

Sin embargo, esta norma ha sido objeto de especial vigilancia por parte de la Procuraduría de la Nación, con el fin de proteger la destinación de los suelos rurales de alta capacidad agrológica y por ende de la seguridad alimentaria del país.²²

Posteriormente, se expidió la 1537 de 2012, “*Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso*

²¹ Estas clases agrológicas corresponden a aquellas que tienen gran capacidad de producción agrícola y tienen una protección legal para que sigan cumpliendo su función de producción y por tanto no se desarrollen como suelo suburbano o con parcelaciones campestres, o no se incorporen como suelo de expansión urbana o suelo urbano, a no ser, que esta sea la única alternativa de crecimiento del municipio o distrito (Decreto 1077 de 2015 artículo 2.2.2.2.1.3).

²² Directiva No. 004 del 20 de febrero del 2020, emitida por la Procuraduría General de la Nación donde se exhorta a los funcionarios del Ministerio Público, Gobernadores departamentales, Presidentes de las Asambleas Departamentales, Alcaldes Municipales y Distritales, Presidentes de Concejos Municipales o Distritales, Corporaciones Autónomas Regionales, Autoridades Ambientales y los Ministerios de Ambiente y de Vivienda, a dar estricta aplicación a la normatividad agraria y ambiental para la protección, conservación y restauración del suelo rural de producción agropecuaria; en particular cuando adelanten las actuaciones dirigidas a la revisión ajuste o modificación de las normas urbanística estructurales, generales o complementarias que afecten el suelo rural.

a la vivienda y se dictan otras disposiciones, que permitió, entre otras acciones, incorporar suelo rural y de expansión urbana a suelo urbano mediante un procedimiento exprés de modificación del Plan de Ordenamiento Territorial, que permitiera modificar el perímetro urbano y así poder construir proyectos de vivienda de interés prioritaria. Esta posibilidad que era por una única vez se repitió en el año 2015 con la ley del Plan Nacional de Desarrollo Ley 1753 de 2015. Bajo esta figura, se hicieron incorporaciones de varios lotes en muchos municipios y distritos del país, especialmente en áreas de influencia de grandes ciudades como Bogotá, incorporaciones que han sido puestas en tela de juicio por falta de rigor técnico y alta especulación en el precio de la tierra.

Como se puede observar del recuento anterior, el país, por las dificultades ya expuestas, ha privilegiado el crecimiento horizontal y no ha tenido una política eficiente para incentivar la renovación urbana y por tanto las ciudades más compactas.

Es importante mencionar, que, dadas las características geográficas, económicas y culturales de nuestro país, así como la falta de planificación eficiente de las ciudades, Colombia aún no puede tener como único camino de crecimiento la renovación urbana, pues el alto déficit de vivienda, aunado al crecimiento de la población en las ciudades, bien por falta de oportunidades y desarrollo en el campo o por el desplazamiento interno, nos exige seguir creciendo de manera horizontal, pero planificada, para responder a la necesidad de vivienda, con el fin de evitar los asentamientos informales que generan mayores déficit en servicios públicos y sociales, localización de personas en zonas de riesgo no mitigable y graves problemas de degradación ambiental.

3.1 Crecimiento al interior de la huella urbana mediante la renovación urbana o la densificación

Las ciudades donde se concentra la mayor parte de la población en Colombia, como lo señalamos anteriormente, son ciudades densas. Sin embargo, su densidad no es resultado de un proceso planificado y controlado con desarrollos en altura donde se privilegian los espacios libres, es una densificación en edificaciones de 2 a 5 pisos, de origen informal y sin generar áreas libres y superficies blancas y aptas para parques y arborización. El ejemplo de ello es Patio Bonito, un barrio

de origen informal que para el año 2017, contaba con una densidad de 691 habitantes por hectárea²³.

Como lo señalamos anteriormente, la ley 9 de 1989, incorporó en la legislación los programas y proyectos de renovación urbana, especialmente para los centros urbanos, con un especial énfasis a la protección a los moradores para evitar el proceso de gentrificación, pero con instrumentos de gestión y financiación de suelo que no eran suficientes para hacer de la renovación urbana una realidad. Posteriormente, con la ley 388 de 1997, se incorporaron instrumentos de planificación, gestión de suelo y financiación para hacerla posible, así como condiciones para que en estos procesos se incluyera la construcción de vivienda de interés social²⁴, es decir, vivienda cuyo precio de venta está controlado por el Estado para garantizar el acceso a personas de menores recursos²⁵.

En los primeros años de aplicación de la ley 388 de 1997 se interpretó que todos los procesos de renovación urbana requerían de la

²³ Alcaldía Local de Kennedy. Diagnóstico de la Localidad de Kennedy. Bases del Plan de Desarrollo 2021-2024. Pag. 9.

²⁴ Artículo 92º.- Planes de ordenamiento y programas de vivienda de interés social. Los municipios y distritos determinarán sus necesidades en materia de vivienda de interés social, tanto nueva como objeto de mejoramiento integral, y de acuerdo con las mismas definirán los objetivos de mediano plazo, las estrategias e instrumentos para la ejecución de programas tendientes a la solución del déficit correspondiente. En todo caso al incorporar suelo de expansión urbana, los planes de ordenamiento y los instrumentos que los desarrollen determinarán porcentajes del nuevo suelo que deberán destinarse al desarrollo de programas de vivienda de interés social. Igual previsión habrán de contener los planes parciales para programas de renovación urbana, lo anterior, sin perjuicio de que este tipo de programas se localicen en otras zonas de la ciudad, de acuerdo con las normas generales sobre usos del suelo.

Los planes parciales correspondientes determinarán la forma de definir las localizaciones de los terrenos tendientes al cumplimiento de los porcentajes expresados, así como los mecanismos para la compensación de las cargas urbanísticas correspondientes, cuando a ello hubiere lugar.

En todo caso las zonas o áreas destinadas para este tipo de viviendas deberán desarrollarse de conformidad con este uso, por sus propietarios o por las entidades públicas competentes en los casos en los que se hubiere determinado la utilidad pública correspondiente. Ver la Resolución del Ministerio de Desarrollo 70 de 2002.

²⁵ El precio de una vivienda de interés social es de máximo 135 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes en suelo por urbanizar y en casi todos los municipios del país. De 150 SMMLV para ciudades grandes o sus áreas de influencia y de 175SMMLV para zonas de renovación urbana. (El SMMV en Colombia para el año 2023 es de \$1.160.000, 296 dólares, a tasa de cambio oficial del 13 de septiembre de 2023.

formulación de un plan parcial²⁶, *instrumento mediante el cual se desarrolla y complementa las disposiciones de los planes de ordenamiento, ya*

²⁶ “Artículo 19º.- Planes parciales. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 2181 de 2006, Reglamentado por el Decreto Nacional 4300 de 2007. Los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, en los términos previstos en la presente Ley...

El plan parcial o local incluirá por lo menos los siguientes aspectos:

1. La delimitación y características del área de la operación urbana o de la unidad mínima de actuación urbanística contemplada en el plan parcial o local.

2. La definición precisa de los objetivos y las directrices urbanísticas específicas que orientan la correspondiente actuación u operación urbana, en aspectos tales como el aprovechamiento de los inmuebles; el suministro, ampliación o mejoramiento del espacio público, la calidad del entorno, las alternativas de expansión, el mejoramiento integral o renovación consideradas; los estímulos a los propietarios e inversionistas para facilitar procesos de concertación, integración inmobiliaria o reajuste de tierras u otros mecanismos para garantizar el reparto equitativo de las cargas y los beneficios vinculadas al mejor aprovechamiento de los inmuebles; los programas y proyectos urbanísticos que específicamente caracterizan los propósitos de la operación y las prioridades de su desarrollo, todo ello de acuerdo con la escala y complejidad de la actuación o de la operación urbana contemplada.

3. Las normas urbanísticas específicas para la correspondiente unidad de actuación o para el área específica objeto de la operación urbana objeto del plan: definición de usos específicos del suelo, intensidades de ocupación y construcción, retiros, aislamientos, empates y alturas.

4. La definición del trazado y características del espacio público y las vías y, especialmente en el caso de las unidades de actuación, de la red vial secundaria; de las redes secundarias de abastecimiento de servicios públicos domiciliarios; la localización de equipamientos colectivos de interés público o social como templos, centros docentes y de salud, espacios públicos y zonas verdes destinados a parques, complementarios del contenido estructural del plan de ordenamiento.

5. Los demás necesarios para complementar el planeamiento de las zonas determinadas, de acuerdo con la naturaleza, objetivos y directrices de la operación o actuación respectiva.

6. La adopción de los instrumentos de manejo de suelo, captación de plusvalías, reparto de cargas y beneficios, procedimientos de gestión, evaluación financiera de las obras de urbanización y su programa de ejecución, junto con el programa de financiamiento.

En los casos previstos en las normas urbanísticas generales, los planes parciales podrán ser propuestos ante las autoridades de planeación municipal o distrital para su aprobación, por personas o entidades privadas interesadas en su desarrollo. En ningún caso podrán contradecir o modificar las determinaciones de los planes de ordenamiento ni las normas estructurales de los mismos.

Parágrafo.- Los planes parciales también podrán ser aplicables para complementar la planificación de las localidades en el caso de los distritos, cuando así lo señalare el Plan de Ordenamiento Territorial, evento en el cual se denominará planes locales.”

que estos procesos exigían la gestión asociada del suelo²⁷, puesto que se debían reemplazar elementos de su infraestructura existente (servicios públicos, espacios públicos e infraestructura vial y de transporte), es decir, adelantar un proceso de “reurbanización”, así como realizar el reemplazo de las edificaciones obsoletas para la generación de nuevas edificaciones, planes que como analizaremos más adelante resultaron ser muy dispendiosos. A este proceso se le esto se denominó “Renovación Urbana de Redesarrollo”. Sin embargo, en la reglamentación de la ley se estableció que podría implementarse una renovación urbana sin que fuera obligatoria la existencia previa de un plan parcial, y la norma la denominó renovación urbana en modalidad de “reactivación” o de “revitalización”. En estas dos modalidades más que una renovación urbana de la zona, se hace una renovación de las edificaciones para su densificación y no existe la obligatoriedad de la gestión asociada del suelo pues se puede desarrollar predio a predio.

En el caso que la renovación urbana se realice mediante el plan parcial, la ley 388 creó un instrumento de gestión de suelo que se denomina Unidad de Actuación Urbanística. Este permite la expropiación de propietarios renuentes en favor de la entidad que gestiona la unidad y una vez se contara con el voto favorable de los propietarios de los inmuebles del 51% del área objeto del proceso de renovación, con el fin de que la unidad se desarrollara como un solo proyecto urbanístico integrando todos los predios. Esto permitiría que fuera posible la renovación urbana solo si la mayoría de los propietarios del suelo estaban de acuerdo y si el estado aprobaba las condiciones de la renovación urbana.

Si bien, como anteriormente quedo expresado, los planes fueron reglamentados en el decreto 2181 de 2006 modificados por los decretos 4300 de 2007 y el decreto 1478 de 2013, normatividad compilada en el decreto 1077 de 2015, esta norma no estableció lineamientos para el contenido de los planes de renovación urbana, ni creó incenti-

²⁷ Ley 388 de 1997, artículo 19º.- “Los planes parciales son los instrumentos mediante los cuales se desarrollan y complementan las disposiciones de los planes de ordenamiento, para áreas determinadas del suelo urbano y para las áreas incluidas en el suelo de expansión urbana, además de las que deban desarrollarse mediante unidades de actuación urbanística, macroproyectos u otras operaciones urbanas especiales, de acuerdo con las autorizaciones emanadas de las normas urbanísticas generales, en los términos previstos en la presente Ley (...)”.

vos para la construcción sostenible en este tipo de procesos, permitiendo así, reemplazar las edificaciones por otras que contribuyan a la calidad ambiental y tampoco generó la obligatoriedad para los municipios de apoyar y contribuir económicamente con los procesos sociales en las zonas deterioradas y con alta concentración de ocupantes informales para hacer viables financiera y socialmente estos procesos. Por el contrario, esta norma sólo se limitó a generar normas de procedimiento, eliminando el proceso de concertación con autoridades ambientales, en aquellos casos que no se incluyeran zonas de riesgo o elementos de especial valor ambiental en las áreas objeto de los mismos, lo que si bien ayudó a acelerar el proceso de adopción de estos planes parciales, nada aportó en su calidad urbanística y ambiental.

Estos planes parciales se convirtieron rápidamente en discrecionales, dispendiosos y engorrosos en todo el país, pues se hacían exigencias que no estaban explícitas en ninguna norma, o se exigían cargas sociales o de construcción de infraestructura, dentro o fuera del plan parcial, que rebasaban en alguna medida el equilibrio financiero de los proyectos; o simplemente, existía un total desconocimiento del instrumento por parte de las autoridades que debían aprobarlos, lo que conllevó a la demora o no aprobación del mismo y en otros casos a su aprobación pero no a su ejecución.

Solo algunos planes parciales de renovación urbana se han ejecutado en el país con algún grado de éxito, el plan parcial “Simesa” en el año 2006, localizado en la zona industrial de Medellín, un área con pocos propietarios y pocos moradores u ocupantes informales, y el plan parcial de ciudad “Victoria del año 2002, localizado en la ciudad de Pereira, donde se realizó inversión e intervención directa del Estado y al cual le faltan manzanas de vivienda por ejecutar.

Ahora bien, los principales obstáculos de los planes parciales de renovación urbana, que no han permitido verdaderos procesos de renovación urbana y densificación controlada en la ciudad, para un crecimiento más vertical, son:

- i) La Gestión Asociada del Suelo: Se requiere de la voluntad de la mayoría de los propietarios del área ámbito del plan parcial que ha sido delimitado por la administración municipal o distrital, lo cual es difícil por la multiplicidad de propietarios y las expectativas de negocio de los mismos. Esto va acompañado de la incapacidad o falta de voluntad de las administraciones para

- realizar las expropiaciones en favor de terceros de la Unidades de Actuación Urbanística en el caso de propietarios renuentes, como lo señala la ley.
- ii) La protección a Moradores: Se requiere que no exista resistencia de la comunidad y de los moradores formales o informales del área de intervención, pues ambos en la mayoría de los casos, se les pretende otorgar compensaciones y beneficios a cargo de los promotores inmobiliarios. Los moradores formales que no son propietarios, en la mayoría de los casos, no aceptan los procesos de renovación urbana porque se les aumentarán los costos de arrendamiento y/o administración y en el caso de los informales, porque se pueden llegar a dar procesos de desplazamiento de las actividades, desalojos o porque están a la espera de que los promotores del plan parcial o las administraciones den solución a sus problemas económicos y/o sociales.
 - iii) Los altos costos de la renovación urbana: Además de los costos de los inmuebles, compensaciones e indemnizaciones a propietarios y políticas de moradores, se suman otros costos como la obligación de cesión de suelo para espacio público, construcción de nueva infraestructura, generación de vivienda de interés social y prioritaria y demás cargas que la administración decida imponer²⁸.

Por lo anterior, es que los Planes de Ordenamiento Territorial-POT- de las grandes ciudades están privilegiando la densificación predio a predio, con la asunción de cargas en dinero y no en obras de infraestructura como requeriría la ciudad, frente a una verdadera renovación urbana con reemplazo de las infraestructuras y preparando una zona para aumentar su densidad con servicios públicos y sociales de calidad.

En conclusión, si bien la ley hizo una apuesta a la renovación urbana, esta no se ha podido consolidar en el país por los retos especialmente económicos y sociales que ella genera. Poner de acuerdo a los propietarios de inmuebles para que aporten sus predios haciendo parte

²⁸ En Bogotá, por ejemplo, se les exige la cesión de suelo para espacio público del 65% del área de intervención, porcentaje calculado no solo sobre el área de los predios privados, sino también sobre los bienes públicos destinados a vías locales y parques de barrio ya existentes.

de un proyecto inmobiliario que puede ser largo y no exitoso, o que vendan sus propiedades a un precio razonable, así como lograr que los habitantes y ocupantes formales y no formales, no sientan vulnerados sus “derechos”, no es una tarea fácil para un promotor inmobiliario privado, y la presencia activa de la administración distrital o municipal, indispensable para avanzar en estos procesos, no ha sido constante y en muchos casos ni siquiera ha existido.

En consecuencia, en la mayoría de ciudades del país no ha sido posible hacer renovación urbana responsable y por eso hemos optado por hacer renovación urbana a través de la densificación predio a predio, que si bien no aporta lo suficiente a la ampliación de soportes de infraestructura (servicios públicos, espacio público y sistema vial y de transporte) y por tanto a ese redesarrollo eficiente y adecuado de la ciudad, se ha convertido en la única alternativa viable para no ampliar la huella urbana de nuestras ciudades. A este proceso la normatividad lo ha denominado renovación urbana de reactivación o de revitalización.

3.2. Crecimiento de la huella urbana, mediante desarrollos en el suelo suburbano

La tercera forma de crecimiento que se ha evidenciado en el país, y que no es considerado por la ley 388 como una manera de crecimiento de la ciudad, es el desarrollo del suelo suburbano, anteriormente descrito en este texto. Si bien la ley 388 de 1997 privilegió los suelos rurales para actividades propias de la producción agrícola, ganadera y de explotación de recursos naturales, así como para la protección ambiental, creó una categoría denominada suelo suburbano donde se mezcla la vida de campo y ciudad y donde se puede tener algún desarrollo urbanístico. Rápidamente esta categoría de suelo se convirtió en muchos municipios de Colombia, especialmente de segunda vivienda, en la alternativa para crecer en los centros poblados, en proyectos de vivienda denominados campestres, en parques industriales, logísticos y grandes complejos turísticos, e iniciar así un proceso de urbanización del suelo rural²⁹ sin necesidad de incorporar ese suelo al perímetro urbano.

²⁹ Se identifica un aumento importante en la participación del volumen total de licenciamientos en el suelo rural, específicamente, en los centros poblados pasan de 5.1% en el 2013 a 12.9% en el 2022 y en el suelo suburbano y vivienda campestre de 3.1% en el año 2013 al 7.9% en el 2022.

Para enfrentar el anterior proceso, en el año 2007, el Gobierno Nacional expidió el decreto 3600 con el fin de regular el desarrollo urbanístico en los suelos rurales, creando la categoría de desarrollo restringido, donde se incluían además de los suelos suburbanos, suelos para parcelaciones de vivienda de muy baja densidad, centros poblados y zonas para la localización de equipamientos. Este Decreto privilegió la localización de desarrollos industriales, logísticos y comerciales en los corredores viales de importancia nacional y reglamentó la localización de vivienda campestre supeditándola a polígonos determinados del suelo rural, respetando en todo caso, aquellos suelos con alta capacidad agrícola o con valores ambientales y/o paisajísticos.

Esta norma, compilada hoy en el decreto 1077 de 2015, ha permitido un desarrollo más ordenado del suelo rural con vocación para actividades industriales y de vivienda campestre, sin embargo por tratarse de determinantes para los Planes de Ordenamiento Territorial, muchas de sus normas no han sido incorporadas al ordenamiento de sus municipios y por tanto sigue existiendo un crecimiento desbordado con proyectos de vivienda campestre y turismo que superan la baja densidad e intensidad de uso de la que habla la ley, así como crecimiento de sus centros poblados y asentamientos rurales, configurándose de esta forma un crecimiento disperso en la huella urbana con las implicaciones ambientales que ello conlleva.

Cabe señalar que, la prestación de servicios públicos de esta categoría de suelo es a través del autoabastecimiento, que, en épocas de gran afluencia de población flotante, en especial en los proyectos de vivienda campestre, rebasa la capacidad de la infraestructura instalada, con las implicaciones ambientales y de saneamiento básico que esto genera.

En conclusión, el desarrollo de lo que la ley 388 denominaba suelo suburbano, hoy categoría de desarrollo restringido, genera grandes retos ambientales y de saneamiento básico, puesto que su desarrollo desordenado, con densidades e intensidad de uso que no corresponden al suelo rural y poco planificado, conlleva graves consecuencias no solo en el crecimiento de la huella urbana, pues al ser disperso produce una gran presión por la expansión urbana y conduce a una alta especulación del precio del suelo por la expectativa de ser incorporados en un futuro cercano al suelo urbano del municipio o distrito; sino también, en el saneamiento básico y la manejo de los residuos, que en muchos casos rebasa la capacidad de los propietarios en su gestión.

4. Crecimiento informal de las ciudades

Ante la falta de mecanismos que permitan asumir la demanda y la necesidad de vivienda mediante una oferta formal de la misma, Colombia, ha sido un país donde constantemente crecen los asentamientos precarios e informales, con las implicaciones ambientales, sociales y económicas que ello implica³⁰. Esto a pesar, de que esta conducta es objeto de control y sanciones policivas³¹ y esta penalizada como delito de urbanización ilegal³². El 17% de los hogares urbanos del país habitaban para el 2020 en estos asentamientos³³.

El único instrumento jurídico y de planificación para enfrentarse a este fenómeno, que cada día es creciente en nuestro país, es la legalización de los asentamientos precarios que fue inicialmente reglamentada en el Decreto Nacional 564 de 2006. Mediante este proceso se incorporan al perímetro urbano estos asentamientos y se define la forma como se prestarán los servicios públicos. Así mismo, se delimita en un plano lo que es de uso público y lo destinado a uso privado, y en ocasiones, el proceso va acompañado de proyectos y programas para la construcción de infraestructura vial, de espacio público y de servicios públicos, que en muchos casos no se ejecuta. Por último, y solo de ser posible y jurídicamente viable, se establecen lineamientos para procesos futuros de titulación de la propiedad.

Estas legalizaciones pueden ser de asentamientos en suelo rurales o en áreas dentro del perímetro urbano, sin embargo, para la legalización es indispensable poder prestar los servicios públicos, lo que limita la legalización de asentamientos rurales. Así mismo, los asentamientos no pueden estar localizados sobre suelo de la estructura ecológica

³⁰ El valor de los procesos de mejoramiento de barrios es de 2.3 veces al valor de construir vivienda nueva y formal.

³¹ Capítulo 1 del aparte del urbanismo, comportamientos que afectan la integridad a, artículos 135 y s.s., del Código de Policía, Ley 1801 de 2016.

³² Artículo 318 del código Penal. Urbanización ilegal. *“El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles, o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

³³ Asentamientos precarios. Una aproximación para su mejoramiento integral y prevención: Vergel Tovar, Erik (2010), p. 4.

principal, es decir aquellos suelos que cuentan con valores ambientales, o en áreas de riesgo no mitigable³⁴; de ser así no podrán ser legalizados. Cabe señalar que aproximadamente el 65% de los asentamientos se encuentran en estas áreas, especialmente en zonas de rondas de ríos y en zonas de alto riesgo de movimientos en masa, por lo que la única opción será la de reubicación de vivienda, proceso que es costoso, dispendioso y en algunas ocasiones fallido porque las áreas vuelven a ser rápidamente invadidas.

En Bogotá, por ejemplo, a 2022, se legalizaron 1.657 asentamientos para un total de 7.546 hectáreas³⁵, que corresponde a un porcentaje importante del suelo urbano de Bogotá, que es de aproximadamente 41.000 Hectáreas, cifra que dimensiona el tamaño de la problemática.

Dado lo anterior, el crecimiento informal en Colombia solo tiene dos alternativas: i) la legalización de asentamientos, cuando ello es jurídica y técnicamente viable, que como lo señala Henao (2020) “no responde a ningún modelo de ocupación o planificación urbana y en la práctica es tan solo una fotografía legal del caos que se “legaliza”, o, ii) la inercia ante este crecimiento informal en áreas no objeto de legalización mientras se puede lograr la reubicación de las viviendas.

Lo anterior, genera grandes problemas ambientales y que son de difícil solución como la mala gestión de residuos, degradación de los cuerpos de agua, la contaminación por el manejo de basuras, al no ser objeto de prestación de servicios públicos eficientes, y la ocupación de bosques que implica la tala de árboles y vegetación para la construcción de las viviendas o lo que es más grave, la proliferación de incendios forestales con el mismo fin.

5. Retos ambientales de las distintas apuestas de crecimiento

Son muchos los retos en materia ambiental que se presentan frente al crecimiento de las ciudades, especialmente en la expansión urbana, que es el proceso más usual por el que optan las ciudades en Colombia para enfrentar el crecimiento urbano. El estudio desarrollado por

³⁴ Ley No. 388 (18/07/1997). Por la cual se modifica la ley 9 de 1989, y la ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones. “Artículo 35”.

³⁵ Dato tomado <https://bogota.gov.co/mi-ciudad/habitat/avances-y-proceso-de-legalizacion-de-barrrios-informales-en-bogota>.

Angel, Blei, Parent, Lamson-Haall, y Galarza en 2016, señalaba que la población de las ciudades colombianas y sus áreas urbanas crecen más lentamente que el promedio mundial y que todas las ciudades en Colombia experimentaron alguna expansión espacial, lo cual es un fenómeno que va en coherencia con las tendencias mundiales en donde existen ciudades que, a pesar de disminuir en población, continúan creciendo en sus áreas urbanas.

Estos retos tienen que ver con la necesidad de expandir las redes de transporte tanto público como privado, lo que genera mayor contaminación y sobreposición de obras con elementos ambientales, además de la concentración de pasivos ambientales normalmente en las zonas más empobrecidas de la ciudad y con menor espacio público. Así mismo, con el consumo de agua de fuentes insostenibles y el mal manejo de vertimientos, carencia de política sobre manejo de recolección de residuos sólidos, agotamiento y falta de cuidado de las fuentes hídricas y el crecimiento de la huella urbana que hoy no respeta las fronteras con las áreas rurales productivas. Del mismo modo, la expansión urbana tiene como consecuencia inevitable la disputa entre la conservación del suelo rural de protección y la ampliación de la huella urbana.

En cuanto a la renovación urbana que genera una mayor densidad de las ciudades, los principales retos ambientales son el de generar espacio público y consolidar áreas que aporten a la estructura ecológica principal de las ciudades proporcional al aumento de población y a los impactos que ésta genera, la realización de construcciones ecosostenibles que aporten a la disminución de la ola de calor, y el reverdecimiento de las ciudades y la necesidad de cuidar los recursos hídricos y de infraestructura para la prestación de servicios.

Hay un problema a veces invisible, pero de enormes proporciones en las dos apuestas de crecimiento que se genera con la construcción de nueva vivienda o con procesos de mejoramiento y demolición, y es la disposición de residuos de construcción y demolición-RCD.

En ambos casos, es importante que se haga un uso más eficiente del consumo de agua y energía y un manejo óptimo de los residuos, pues este es un país donde existen graves problemas en los rellenos sanitarios y donde los procesos de transformación de los residuos han sido demasiado lentos. Ahora bien, otro de los grandes retos para el crecimiento urbano está en el control de los asentamientos precarios e informales, que son generadores de un alto grado de contaminación y degradación

ambiental, y que representan en el país un alto porcentaje del suelo ocupado desde la década de los 90's. La ocupación por asentamientos informales representó cerca de una tercera parte de los nuevos desarrollos en las ciudades³⁶. Se estima que, hoy en día, un 36%, 8% y 28% de colombianos se encuentran expuestos a amenazas altas por sismos, deslizamientos e inundaciones, respectivamente y en su mayoría son por asentamientos que se han generado de manera informal y que cuentan con condiciones de precariedad y pobreza.

En el presente artículo no pretendemos hacer una revisión detallada de cada uno de los impactos, sino poder dilucidar lo que a la luz del trabajo práctico suelen ser los retos ambientales más usuales a los que nos enfrentamos los planificadores urbanos en procesos de crecimiento urbano.

5.1 Primer reto ambiental del crecimiento: La movilidad y la protección ambiental

El construir más y mejores viviendas sin duda implica mayores procesos de densificación. Cuando tenemos más personas habitando un lugar es necesario garantizar las vías de acceso y los medios de transporte para aumentar la calidad de vida de la ciudadanía. Esto nos enfrenta normalmente a la decisión de ampliar la estructura de movilidad y transporte, bien sea construyendo nuevas vías, o mejorando y ampliando las existentes, implementando nuevas fuentes de movilidad, etc. En este reto es importante tener en cuenta las ambiciones de carbono neutralidad que tenemos como países para lograr mitigar los efectos de cambio climático, pensando así en estrategias de movilidad sostenible e innovando en los medios de transporte.

Sin embargo, por más que la carboneutralidad sea la bandera del sector movilidad, la expansión de las vías y la construcción de estas, implica nuevas adquisiciones prediales, que usualmente, pueden entrar a competir con otras estructuras. Esto resulta especialmente problemático cuando la competencia se da entre movilidad y estructura ecológica principal, es decir, componente ambiental. Un ejemplo de esto son las vías construidas sobre la franja paralela de cuerpos hídricos, en su mayoría canalizados, ejemplo muy usual en la mayoría de las ciudades

³⁶ Artículo “Instrumentos jurídicos para enfrentar la problemática de asentamientos informales en Colombia”. En

colombianas, o la ampliación de vías que coinciden con áreas protegidas del orden municipal, que para poder ser intervenidas requieren de un realidenderamiento.

Esta dicotomía entre la estructura de movilidad y la ambiental nos obliga a ponderar y a crear un mecanismo de armonización de estructuras. Dependerá entonces de la importancia del ecosistema, del cuerpo hídrico, de la normatividad ambiental y de la autoridad ambiental competente, poder decidir si ese es el mejor espacio para consolidar la estructura de movilidad. Es necesario tener en cuenta que existen mecanismos como el Diagnóstico ambiental de alternativas, o el costo beneficio, que pueden ser usados como elementos ponderadores en cada caso particular. Ahora bien, sea cual sea el caso, se debe tener presente que en el evento de intervenir un área ambiental siempre debe existir una compensación de igual naturaleza, bien sea la compra de otro predio de importancia ambiental, la siembra de árboles que ayuden a capturar el CO₂ de los vehículos, entre otras.

5.2. Segundo reto ambiental del crecimiento: el agua

Si bien el agua ha servido como ruta para los asentamientos humanos, y ha prestado soporte para el surgimiento de las ciudades, es evidente que hoy es un recurso limitado y que ya hay ciudades en el mundo en donde el agua dulce como recurso llegó a su fin. Esto pone hoy a los planificadores frente a un reto, garantizar el agua para los asentamientos a largo plazo, su sostenibilidad, su calidad y su accesibilidad, o como también se denomina conceptualmente, el ordenamiento alrededor del agua.

Es claro que quienes sufren en mayor medida los desafíos frente a la escasez y el saneamiento del agua son las poblaciones más empobrecidas de las ciudades, que usualmente están ubicados en asentamientos de alto riesgo o en zonas periféricas y de ladera. Es por esto, que en el urbanismo moderno las ciudades no pueden ser sostenibles si no garantizan el acceso al agua potable y al saneamiento básico. En Colombia el agua tiene una doble connotación, como derecho y como servicio público, y es definido, tal como lo establece el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico”.

La gestión integrada del recurso hídrico debe involucrar la planificación del uso del suelo, así como las proyecciones poblacionales. Lo anterior da a comprender que antes de realizar los procesos de expansión o densificación es necesario tener en cuenta la disponibilidad del recurso hídrico, la fuente de abastecimiento y la calidad del mismo; de igual manera, las políticas de uso del suelo, y por ende de crecimiento de las ciudades, no pueden desarticularse de las políticas e instrumentos de planificación del agua.

Así mismo, es necesario reconocer que los asentamientos milenariamente se han ordenado alrededor de las fuentes hídricas, y, por ende, la necesidad de retomar el agua como eje articulador en el diseño urbano puede ser una apuesta interesante. Esto a través de apuestas como la renaturalización de cuerpos hídricos canalizados, el volcar las ciudades y los espacios públicos de cara a los ríos en las ciudades, y consolidar procesos serios de conservación del agua y sus franjas de protección dentro de las decisiones de ciudad.

5.3. Tercer reto ambiental del crecimiento: RCD

En los últimos años ha crecido significativamente la generación de residuos de construcción y demolición- RCD, esto debido al incremento de la construcción en las principales ciudades de Colombia. Lo anterior, ha generado distintos focos de contaminación del suelo y aguas superficiales principalmente, y por lo tanto, se torna urgente la gestión integral de estos residuos y su consideración al momento de la planificación y desarrollo de las ciudades.

La debida disposición de estos residuos generados por procesos de crecimiento ayuda a proteger los elementos ambientales y evitando pérdida de ecosistemas, contaminación del suelo, el aire, el agua y evitando riesgos para la salud humana. Así mismo, cabe resaltar que los RCD son materiales con un alto potencial de aprovechamiento debido a la composición de sus materiales, de allí, la importancia de separar estos residuos en la fuente en procura de evitar que éstos contaminen, reincorporándolos al ciclo productivo y generando así economía circular y sostenible.

Cabe resaltar que, la inadecuada disposición o la no reutilización de los RCD causa reducción de la vida útil de rellenos sanitarios (que ya de por sí son un problema para los asentamientos urbanos), generan también impactos negativos sobre la visual y el paisaje, contaminación

de fuentes hídricas debido a un mal tratamiento. Así mismo, dada la exposición de los residuos a cielo abierto se genera material particulado, que conlleva a la contaminación atmosférica generando mala calidad del aire. En Colombia, lo anterior ha traído como consecuencia una amplia normativa, dentro de la cual resaltamos la Resolución 541 de 1994 del Ministerio del Medio Ambiente, la Ley 1259 de 2008, el Decreto 2981 de 2013, el Decreto 1076 de 2015, entre otros. Sin embargo, a pesar de la extensa normatividad desarrollada, los instrumentos de planificación aún no dan solución a esta problemática, que consideramos, debe tenerse como prioridad.

5.4. Cuarto reto del crecimiento: Ecourbanismo y Construcción Sostenible.

La importancia del ecourbanismo y la construcción sostenible radica en poder garantizar entornos de calidad para los habitantes y visitantes y que estos se mantengan en el tiempo, para que generaciones futuras puedan disfrutar de estos entornos con habitabilidad. Las construcciones sostenibles permiten garantizar condiciones apropiadas de confort al interior de las mismas, sin importar su destinación, en la medida en que generan ambientes más naturales y reducen en gran medida los consumos de agua y energía. Además, este tipo de construcciones permiten que se mitigue los efectos del cambio climático por el uso racional de los recursos y que nuestros recursos perduren para las siguientes generaciones.

Estos dos retos tal vez son los más olvidados en las ciudades colombianas, si bien en cuanto a ecourbanismo se han hecho esfuerzos en el país, especialmente en los suelos de expansión urbana, no sucede igual en los de renovación, donde hoy ya se ha privilegiado la renovación urbana normativa predio a predio, sin redesarrollo de infraestructuras y sin plan parcial, por lo que no se ejecutan las cargas en sitio (espacios públicos verdes, arborización, modificación de redes), sino que simplemente se pagan las cargas en dinero a fondos de los municipios, que son los deben canalizar las inversiones que con tantas necesidades prioritarias de los municipios no se dirigen hacia el ecourbanismo. De otro lado, las construcciones en Colombia, tanto de la infraestructura como de lo privado, han evidenciado que no se realizan con elementos de gran calidad como se hacían en el pasado y tanto la infraestructura como las edificaciones entran en periodos

cortos de 30 o 40 años en obsolescencia, tornando en continuos los procesos de renovación.

De otro lado, en cuanto a la construcción sostenible y adaptación al cambio climático, si bien existe en el país una estrategia de intervención de la administración pública a la adaptación del cambio climático como es la de fomento y que como señala Magín Guardela en su libro “La intervención Administrativa en el Cambio Climático”³⁷, frente a este fenómeno hemos optado por los incentivos fiscales y los contratos con entidades sin ánimo de lucro para actividades destinadas a las protección del medio ambiente y adaptación al cambio climático, concluyendo después de su análisis en 3 ciudades del país (Barranquilla, Santa Marta y Cartagena) que:

existe una subvaloración del fomento como forma de intervención administrativa para gestionar el cambio climático en los territorios especialmente vulnerables como los distritos de Barranquilla y Cartagena y Santa Marta, desconociendo el potencial que tiene dicha técnica para materializar postulados como el de corresponsabilidad en la preservación ecológica y en el incremento de la efectividad de las medidas jurídicas administrativas al proporcionar condiciones ventajosas para el involucramiento de los particulares.

Es así como en los últimos años se han expedido algunas normas que obligan a la reducción de fuentes contaminantes de fuentes móviles como es la ley 1772 de 2019, o regulaciones para el reúso de aguas residuales (Resolución 1256 de 2021), o las disposiciones para fomentar y promover el uso racional y eficiente de la energía (Ley 61 de 2017), y un sinnúmero de directrices de orden técnico que buscan que las edificaciones se construyan de una manera más sostenibles; sin embargo, en muchos municipios del país estas normas no se implementan adecuadamente y existe un total desconocimiento de los beneficios económicos que en ahorro de energía y agua generan las construcciones sostenibles.

Es por lo anterior que, en materia de construcción sostenible también se ha optado por el fomento e incentivos, no forzando su realización (intervención de policía), sino en términos de Magín Guárdela

³⁷ Magín Guardela Luis. “La intervención Administrativa en el Cambio Climático”. Bogotá 2022. Editorial Ibañez. Pag 45.

generando *incentivos para que los particulares ejecuten acciones que consideren socialmente convenientes y beneficiosos para la adaptación al cambio climático*³⁸.

Estos incentivos pueden ser tributarios como en caso de reducciones o exenciones de impuestos, pero también pueden ser urbanísticos como se están trabajando en Códigos de Construcción Sostenible o sus reglamentaciones, de algunas ciudades del país como Pereira, Barranquilla, Bogotá o Medellín, que otorgan beneficios urbanísticos en edificabilidad a cambio de desarrollar con técnicas de construcción sostenible o construir elementos como cubiertas techos verdes y arborización.

De otro lado, en cuanto a medidas para reverdecer la ciudad y aportar a la restauración ecológica, en diciembre de 2021 se expidió la Ley 2173, que busca promoverla a través de la siembra de árboles y la creación de bosques en el territorio nacional, estimulando la conciencia ambiental del ciudadano, la responsabilidad civil de las empresas y el compromiso de la misma naturaleza de los entes territoriales; a través de la generación de incentivos para los ciudadanos que participen en campañas de siembra, la generación de la obligación a las empresas de plantar dos árboles por cada empleado, y la creación de áreas de vida por parte de los municipios y distritos para este fin; sin embargo, en la actualidad, por múltiples factores, entre ellos la falta de reglamentación, estas no han podido ser implementadas por los municipios.

En conclusión, si bien vamos por el camino correcto, el fomento, los incentivos, la implementación y la puesta en marcha de medidas de ecourbanismo y construcción sostenible son urgentes para lograr ciudades resilientes, más verdes y sostenibles y se requieren de acciones más efectivas para hacerlas realidad y de un mayor conocimiento de los beneficios económicos en su implementación.

5.5. Más y mejores espacios urbanos

El reto del crecimiento implica el mejorar la calidad de vida de quienes ya habitan la ciudad consolidada, pero también de quienes llegarán a habitarla. Es necesario que el promedio de 3.2 metros cuadrados por habitante de espacio público que tenemos hoy en Colombia

³⁸ Magín Guardela Luis. “La intervención Administrativa en el Cambio Climático”. Bogotá 2022. Editorial Ibañez. Pag 50.

suba urgentemente. El crecimiento urbano no solo consiste en generar suelo, sino en adecuarlo para mejorar la calidad de vida y dignificarla. El reto mayor es que estos espacios logren incorporar la biodiversidad ecosistémica de las ciudades, y no borrarla endureciendo espacios o construyendo sobre los activos ambientales.

Los espacios urbanos deben ser espacios seguros para todas las formas de vida presentes en las ciudades. Ante mayor cantidad de población, mejores deben ser los soportes urbanos incorporando soluciones basadas en la biodiversidad.

5.6. Gestión del riesgo y legalización de barrios

Frente a la marginalidad y precariedad de los asentamientos informales ubicados en suelo de riesgo, el reto de la implementación y consolidación de la gestión del riesgo, reubicación, y la formalización de barrios como políticas urbanas es cada vez más urgente para las ciudades colombianas. La siempre creciente necesidad de vivienda no puede competir con la vida de las personas, y es por esto, que las ciudades deben estar preparadas, con la factibilidad técnica necesaria y los fondos de emergencia prestos, para atender las emergencias, reubicaciones y atención humanitaria para quienes habitan en suelos de riesgo.

Así mismo, el simplificar el procedimiento para legalizar barrios informales y poder prestarles servicios públicos y dignificar las viviendas es una deuda de las ciudades en América Latina.

Sin embargo, la acción más necesaria es impedir el crecimiento informal, generando instrumentos ágiles y eficientes para enfrentar los déficit de vivienda que genera el crecimiento de los hogares y estableciendo medidas en el suelo rural que permitan que las personas vivan adecuadamente con seguridad, acceso vial y de transporte de calidad, la existencia de infraestructura social y de servicios públicos adecuada, y fomentando el desarrollo productivo y las fuentes de empleo, con el fin de no acrecentar más el desplazamiento de esta población.

6. Conclusiones

Colombia es entonces un país urbano, en crecimiento, biodiverso y que como todo el planeta enfrenta hoy la crisis climática. Esto hace necesario pensar de forma crítica la relación entre el crecimiento

urbano de las ciudades y los retos ambientales que este acarrea, en el contexto de análisis de la emergencia climática global en el ejercicio de la planeación.

En primer lugar, como pudimos analizar frente al déficit de vivienda el Estado Colombiano debe responder con oferta de vivienda, que puede darse por medio de procesos de expansión urbana o por procesos de consolidación y/o renovación. Es evidente que el tener que generar nuevos suelos para procesos de construcción y desarrollo, acarrea por se impactos ambientales. Sin embargo, el cómo una ciudad enfrenta estos impactos, es la clave para generar territorios resilientes o por el contrario, seguir replicando modelos no sostenibles de crecimiento urbano.

Incorporar políticas y prácticas de ecourbanismo y construcción sostenible, desarrollar incentivos para los privados, ordenar el territorio en torno al agua, plantear un manejo razonable a los RCD y mejorar los sistemas de movilidad propiciando por la carbono neutralidad de las ciudades son tan solo algunas pinceladas frente a los retos del crecimiento de las ciudades.

Por último, el incorporar criterios de biodiversidad y servicios ecosistémicos a la planificación urbana debe ser cada día una necesidad más latente para los planificadores, debemos dejar de priorizar estructuras y entender que el desarrollo urbano solo será posible de la mano de la sostenibilidad ambiental.

Bibliografía

- VALDEZ, María Fernanda (editora). (2017). *Ciudades Sostenibles en el Posconflicto en Colombia*: Cartagena, Bogotá Medellín y Bucaramanga. Ediciones Fondo Nacional ambiental.
- Fedesarrollo, Fundación Ciudad Humana Instituto para la Investigación y Debate sobre la Gobernanza (IRG) (2013).
- Respuestas Urbanas al Cambio Climático en América Latina, Roberto Sanchez Rodriguez Editor. CEPAL.
- Atlas de Expansión Urbana de Colombia. (2017). Jairo E. Castillo Varela Subdirección de Ordenamiento y Desarrollo Territorial Dirección de Desarrollo Territorial Sostenible Diciembre. www.dnp.gov.co
- Convención RAMSAR que busca proteger los ecosistemas de humedal. Declarados sitios RAMSAR 12 Humedales en Bogotá.

- FINDETER, IDOM, entre otros. (2016) “Análisis histórico y evolución de la huella urbana estudio de crecimiento y evolución de la huella urbana para los municipios que conforman el área Bogotá región”.
- Montaña Magda y Borrero Oscar. Evaluación de la aplicación de planes parciales y reajuste del suelo en siete ciudades colombianas 2006 – 2013. Bhandar Editores. Bogotá 2015.
- Vergel Tovar, Erik (2010). Asentamientos precarios. Una aproximación para su mejoramiento integral y prevención.
- GLORIA, Henao (2019). Instrumentos jurídicos para enfrentar la problemática de asentamientos informales en Colombia. En *Estudios sobre la Regularización Urbana y registral en América Latina*, Editores Eduardo Cordero y Luciano Parejo. Ed. Tirant Lo blanch.
- Magín Guardela Luis (2022). *La intervención Administrativa en el Cambio Climático*. Bogotá. Editorial Ibañez.
- Rincón y Cabezas Ed. (2020). *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y competencias*. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Atlas demográfico de Colombia disponible en: https://geoportal.dane.gov.co/servicios/atlas-estadistico/src/Tomo_I_Demografico/%e2%80%a2ciudades-de-orden-nacional.html. Consultado el 1/12/2023.
- Artículo sobre déficit habitacional en Colombia disponible en: www.portafolio.com.co Consultado el 15/12/2023.
- Datos de ciudades disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/deficit-habitacional>. Consultado el 11/12/2023.
- Naciones Unidas, las ciudades y el cambio climático: Disponible en: <https://www.un.org/es/climatechange/climate-solutions/cities-pollution>. Consultado el 1/12/2023.
- Henao, Hoffman y Acosta (editoras) (2019). *Manuela de derecho urbano*. Editorial Universidad del Rosario.
- Peña Porras, Diego (2023). *Derecho Urbanístico y Ordenamiento del Territorio en Colombia*. Editorial Universidad Nacional.
- Ficha de la ciudad de Barranquilla Disponible en: <https://terridata.dnp.gov.co/index-app.html#/perfiles/08001>. Consultado 28/11/2023.

Referencias normativas y Jurisprudenciales

- Congreso de la República de Colombia. Ley 9 de enero 11 de 1989. “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal,

- compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la república de Colombia. Ley 388 del 18 de julio de 1997 “Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989 y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones”.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto Nacional 1077 del 26 de mayo de 2015. “Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda Ciudad y Territorio”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1151 del 24 de julio de 2007 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.
- Presidencia de la república de Colombia, Decreto 4260 del 2 de noviembre de 2007, “Por el cual se reglamentan los artículos 79 y 82 de la ley 1151 de 2007”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 9 del 11 de enero de 1989. “Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la república de Colombia. Ley 1469 del 30 de junio de 2011, “Por el cual se adopta medidas para promover la oferta de suelo urbanizable y se adoptan otras disposiciones para promover el acceso a la vivienda”.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto Nacional 1076 del 26 de mayo de 2015. “Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y desarrollo sostenible”.
- Congreso de la república de Colombia. Ley 1259 del 19 de diciembre de 2008, “Por medio del cual se instaura en el territorio nacional la aplicación del comparendo ambiental a los infractores de las normas de aseo, limpieza y recolección de escombros, y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1801 del 29 de julio de 2016, “Por la cual se expide el código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 599 del 24 de julio de 2020, “Por la cual se expide el Código penal”.
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1537 del 20 de junio del 2012, “Por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones”.

- Congreso de la República de Colombia. Ley 1753 del 9 de junio de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”.
- Presidencia de la república de Colombia, Decreto 4260 del 2 de noviembre de 2007, “Por el cual se reglamentan los artículos 79 y 82 de la ley 1151 de 2007”.
- Presidencia de la república de Colombia, Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010, “Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública”.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 4821 del 29 de diciembre de 2010 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar la existencia de suelo urbanizable para proyectos de construcción de vivienda y reubicación de asentamientos humanos para atender a la situación de desastre nacional y de emergencia económica y social y ecológica nacional”.
- Presidencia de la república de Colombia, Decreto el Decreto 2981 del 20 de diciembre de 2013, “Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo”.
- Ministerio del medio Ambiente. Resolución 541 del 14 de diciembre de 1994, “Por medio de la cual se regula el cargue, descargue transporte, almacenamiento y disposición final de escombros, materiales, elementos concretos y agregados suelos, de construcción y demolición y capa orgánica, suelo y subsuelo de excavación”.
- Corte Constitucional. Sala Plena, Sentencia C-149 del 4 de marzo de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.
- Consejo de Estado, Sala Plena, Acción Popular Ref.: 250002325000200500662 03. Actora: Sonia Andrea Ramírez Lamy. MP. Maria Claudia Rojas Lasso, del 5 de noviembre de 2011.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta subsección B, dentro de la Acción Popular del río Bogotá 2001-00479-02. Auto del 31 de octubre de 2019.
- Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Acción Popular Rad. 25000-23-27-000-2001-90479-01 del 28 de marzo de 2014. MP. Marco Antonio Velilla.
- Procuraduría General de la Nación, Directiva No. 004 del 20 de febrero del 2020.

JUSTIÇA TERRITORIAL E CIDADES INCLUSIVAS: EM ESPECIAL OS DESAFIOS DA HABITAÇÃO

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/04>)

FERNANDA PAULA OLIVEIRA¹

Resumo: As cidades apresentam-se, simultaneamente como “um mundo de oportunidades”, mas, também, como territórios de exclusão (induzem processos de privatização dos bens comuns e do espaço público, geram segregação espacial e social, muitas vezes aliados a fenómenos migratórios e são causadoras de pobreza). A necessidade de tornar as cidades sustentáveis e inclusivas é, deste modo, um desafio que se coloca a quem planeia e gere as cidades, sendo a garantia do direito à habitação um desses maiores desafios.

Palavras-chave: direito à habitação; sustentabilidade social; cidades sustentáveis; cidades inclusivas.

Abstract: Cities present themselves simultaneously as “a world of opportunities”, but also as territories of exclusion (they induce processes of privatisation of public space, generate spatial and social segregation, often combined with migratory phenomena, and cause poverty). The need to make cities sustainable and inclusive is therefore a challenge facing those who plan and manage cities, and guaranteeing the right to housing is one of these major challenges.

Key words: right to housing; social sustainability; sustainable cities; inclusive cities.

¹ Professora da Faculdade de Direito, Univ Coimbra, IJ, Univ Coimbra

1. A cidade e os seus problemas

As cidades (e a vida nas cidades) assumem uma relevância crescente, o que se compreende pelo facto de cada vez mais pessoas residirem em áreas urbanas (afirma-se, com algum grau de certeza, que por volta de 2050 quase 70% da população mundial irá viver em cidades).

Segundo dados da ONU² e do Banco Mundial, até o ano de 2050 o mundo terá 88% da população, em países desenvolvidos, a morar em cidades; 67% da população do restante do mundo a viver em espaços urbanos; uma em cada 4 pessoas no mundo a habitar megalópoles; mais de 40 cidades no mundo com mais de 10M de habitantes e mais de 60 cidades no mundo com entre 5M e 10M de habitantes.

Em Portugal, mais de 3/4 da população residente no Continente concentrava-se, em 2021, em áreas com características predominantemente urbanas, tendo o ritmo da urbanização sido particularmente intenso nas décadas de 60 e 70 do século passado, não tendo abrandado significativamente nas décadas seguintes. O que se deveu, entre outras coisas, a uma evolução do sistema de povoamento assente, por um lado, no despovoamento de vastas áreas rurais e, por outro lado, num processo crescente da urbanização do território.

Não admira, por isso, que os problemas relacionados com o sistema urbano e com a política de cidades assumam particular relevo nas questões territoriais.

De facto, as cidades apresentam-se, simultaneamente como “um mundo de oportunidades” – são territórios com grande riqueza e diversidade económica, ambiental, política e cultural que, por isso, atraem cada vez mais população – e como territórios que contribuem para a depreação (e degradação) do meio ambiente (produzem já hoje

² Cf. ONU HABITAT. WORLD CITIES REPORT 2022. *In* https://unhabitat.org/sites/default/files/2022/07/chapter_1_wcr_2022.pdf, consultado em janeiro de 2023.

Mesmo com a migração para o mundo rural que ocorreu temporariamente durante a pandemia da COVID-19, não se prevê que se altere a realidade fundamental de um mundo predominantemente urbano. Esta linha de tendência implica que o nível de urbanização aumentará em 12 pontos percentuais nas próximas três décadas, o que se traduz em um aumento de 2,2 bilhões de residentes urbanos, com a maioria deles a viver em África e na Ásia.

50% dos resíduos globais, consomem 75% da energia mundial e 80% das cidades emitem mais de 80% do total de emissões de CO₂), para além de que induzem processos de privatização dos bens comuns e do espaço público, geram segregação espacial e social (muitas vezes aliados a fenómenos migratórios) e são causadoras de pobreza e de exclusão³.

São, de facto, vários os problemas que, em Portugal, frequentemente se colocam às cidades; é o caso: (i) da degradação crescente de muitos dos seus centros, designadamente dos centros históricos; (ii) dos problemas de *transportes* e de *mobilidade* urbanos⁴, (iii) dos problemas de ordem ambiental⁵, (iv) da carência quantitativa e qualitativa de equipamentos coletivos, pelo menos em vários em vários setores, ou então com deficiências de articulação intra e intersectorial ou desfasamentos das redes face às dinâmicas de ocupação do território e da

³ De acordo com o World Cities Report 2022, citando uma pesquisa realizada em 2019 pela UNDESA (Departamento das Nações Unidas para Assuntos Económicos e Sociais) – que identifica os quinze maiores riscos para o futuro global até 2050 –, muitos desses riscos são o resultado de impactos da urbanização: a aceleração do aquecimento global; o incremento das tensões e conflitos sociais; o incremento da desigualdade, da pobreza e da fome; o esgotamento da água (como recurso natural), para dois terços da população mundial e o incremento das emissões de gases do efeito estufa. Tudo isso mesmo antes de se perceber que as grandes cidades são potenciais criadores e difusores de pandemias, como a da COVID-19, que impactou de forma profunda o mundo e a economia global a partir de 2020.

⁴ Refira-se, a este propósito, que Portugal é um dos poucos países da união europeia onde a rede de autoestradas é mais extensa do que a rede ferroviária em operação e o segundo país no ranking do rácio de quilómetros de autoestrada por habitante (30cm/habitante). Esta realidade favoreceu enormemente fenómenos de suburbanização, permitindo à população fixar-se cada vez mais longe dos seus locais de trabalho (que permaneceram essencialmente localizados nos grandes centros urbanos), aumentando a distância do movimento pendular. Enfrentamos, por isso, atualmente, um desafio particularmente exigente de reverter todo um país construído com padrões de mobilidade a pensar na utilização do automóvel.

⁵ Estes resultam tanto da poluição atmosférica provocada, designadamente, pelo enorme tráfego de veículos, como da excessiva artificialização do solo resultante da expansão urbana (provocando quer o desaparecimento de zonas agrícolas periurbanas quer o aquecimento climático). Muitas vezes os problemas de cariz ambiental prendem-se com a carência de infraestruturas de saneamento básico, ausência ou deficiência dos espaços verdes públicos, aumentos de ruído, etc. Em muitas cidades, principalmente nas mais pequenas, os problemas relacionados com a recolha e tratamento de resíduos sólidos e ausência de infraestruturas de saneamento básico potenciam também vários problemas de ordem ambiental (por exemplo, a poluição de rios por força de descargas ilegais nos aquíferos e nas zonas costeiras, causando ainda danos na fauna e na flora).

evolução demográfica, económica e social⁶; (v) da criminalidade urbana; (vi) e dos problemas crescentes de pobreza e de segregação ou exclusão social⁷. E é, indubitavelmente, o caso dos problemas de ordem habitacional, que é o tema de que aqui nos ocupamos.

Em Portugal são particularmente evidentes, a propósito das questões habitacionais, fenómenos como: a insuficiência do número de alojamentos relativamente ao número famílias que delas necessitam; a depreciação das habitações existentes; o elevado custo dos alojamentos (construídos e/ou da sua fruição), em comparação com as possibilidades económicas de amplos estratos sociais; a insuficiência qualitativa das habitações para as exigências crescentes em matéria de conforto, por vezes mesmo quanto aos mais elementares requisitos que definem uma habitação adequada.

Como resolver este problema? A resposta passará, certamente, por promover a criação de cidades sustentáveis que, por isso, são, também, inclusivas.

2. As cidades sustentáveis (e inclusivas)

As cidades sustentáveis são aquelas que se apesentam como locais dotados de qualidade vida para os seus residentes e utentes, estando, por isso, em consonância com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ODS - Agenda 2030, de 25 de setembro de 2015), em especial com o objetivo 11: *tornar as cidades e os aglomerados urbanos inclusivos, seguros e resilientes e sustentáveis*.⁸

⁶ Isto apesar de as redes de equipamentos terem experimentado em Portugal um desenvolvimento assinalável nas últimas décadas, fruto do aprofundamento das preocupações sociais, do crescente voluntarismo da administração central e local e dos significativos apoios financeiros ao investimento disponibilizados pelos Quadros Comunitários de Apoio.

⁷ Mesmo em cidades mais desenvolvidas do ponto de vista económico, onde a maioria dos habitantes da cidade usufruem de um alto nível de qualidade de vida, existe uma parte considerável de seus habitantes que vivem abaixo da linha de pobreza (fenómenos como os sem-abrigo tem vindo a expandir-se para além das cidades de Lisboa e Porto, onde eram mais visíveis).

⁸ E está também em consonância com os compromissos da Agenda Urbana da União Europeia (uma ação conjunta da Comissão Europeia, dos Estados Membros e das Redes Europeias de Cidades), que salienta o potencial e relevância das áreas urbanas enquanto vetores de crescimento económico e de inclusão social, bem como de inovação e criatividade perante desafios emergentes.

Este ODS está estritamente associado ao *princípio do desenvolvimento urbano sustentável*, que mais não é do que a aplicação, às áreas urbanas, do *princípio do desenvolvimento sustentável*⁹, *princípio este que, segundo alguma doutrina, se apresenta como um “princípio jurídico, orientador de leis e políticas públicas e solução para litígios concretos”*, valendo como um princípio guarda-chuva (estruturante e transversal) que permite dele extrair outros princípios¹⁰.

Quanto aplicado às áreas urbanas, este princípio assume relevo nas várias dimensões que o integram.

Desde logo na sua *dimensão económica*, que visa promover o crescimento económico dos espaços urbanos, garantindo, por exemplo, a fixação nos mesmos de atividades económicas e da criação de emprego.

Assume também relevo na sua *dimensão ambiental*, que coloca o ênfase na resolução de problemas da poluição, da redução de resíduos e da utilização eficiente de recursos naturais nos espaços urbanos.

É, no entanto, na sua *dimensão social* que o princípio do desenvolvimento urbano sustentável assume particular relevo para a prossecução do ODS 11, já que dele decorrem importantes exigências, colocando na ordem do dia um conjunto variado de temáticas que assumem um relevo crescente no governo das cidades. É o caso da gestão democrática dos espaços urbanos, da garantia de acesso aos serviços públicos urbanos, do combate à pobreza e da promoção da inclusão de grupos desfavorecidos e minoritários, do combate à violência, da garantia da

⁹ Foi em 1987 que o conceito de *desenvolvimento sustentável* alcançou uma formulação mais consolidada, quando a Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), presidida por GRO HARLEM BRUNDTLAND e MANSOUR KHALID, apresentou um documento chamado *Our Common Future*, mais conhecido por relatório BRUNDTLAND, documento que, ao contrário dos documentos anteriores, não formulou críticas à sociedade industrial, tendo antes reclamado o crescimento tanto dos países industrializados como dos subdesenvolvidos, ligando a superação da pobreza nestes últimos ao crescimento contínuo dos primeiros. Foi, por isso, bem aceite pela maioria dos países.

Foi neste este relatório que, pela primeira vez, se efetuou uma ligação estrita entre *desenvolvimento sustentável* e *solidariedade intergeracional*, ao definir aquele como o “*que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades*”.

¹⁰ Assim o defende MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho, *Teoria Geral e Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Conciliando Desenvolvimento, Ambiente e Justiça*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado, p. 306.

segurança, da consideração dos riscos naturais e das mudanças climáticas nas cidades, da resolução de conflitos entre distintos usos urbanos (turismo/habitação; reabilitação urbana/salvaguarda do património cultural) e entre as distintas necessidades dos seus utilizadores (turistas, habitantes, imigrantes)¹¹. E é o caso da garantia do direito à habitação.

Apenas com a consideração integrada de todas estas questões se poderá garantir o justo equilíbrio entre o *progresso económico*, a *proteção do ambiente* e a *coesão social*, que se apresentam como exigências decorrentes do princípio do desenvolvimento sustentável e cujo cumprimento permite tornar as *cidades e os aglomerados urbanos inclusivos, seguros e resilientes* e em suma, mais *sustentáveis*.

Este aspeto assume particular relevo em face do crescimento acentuado de fenómenos de *segregação espacial urbana* (designadamente a separação entre centros e periferias ou entre bairros em função do estrato social dos respetivos residentes), que corresponde a formas de *segregação e exclusão sociais*¹²: a segregação espacial surge, efetivamente, como a marca territorial da exclusão e da injustiça social, que pode, na sua vertente mais radical, dar origem à constituição de *guetos*, os quais se apresentam como fontes de instabilidade social, marginalidade, violência e delinquência, agravados quando associados a fenómenos, cada vez mais frequentes, de imigração e de segregação por classe ou por etnia.¹³

¹¹ Sem prejuízo do que afirmámos no texto, ainda hoje não é evidente para a doutrina quais as várias dimensões que decorrem da dimensão social da sustentabilidade quando aplicada às políticas urbanas e ao planeamento territorial. Neste sentido, *vide* KUMARA, Lydia Aulia, MUTIARIN, Dyah, “Generating the New Dimensions of Social Sustainability into Sustainable Urban Development Policy, in. *Sustainable Urban Development Policy, Policy & Governance Review*, Volume 3, Issue 3, September 2019. Neste texto os autores fazem uma revisão da literatura, procurando mapear as novas dimensões da sustentabilidade social em políticas de desenvolvimento urbano sustentável.

¹² *Vide*, em especial, PONCE SOLÉ, Juli, *Poder Local y Guetos Urbanos, Las Relaciones entre el Derecho Urbanístico, la Segregación Espacial e la Sustentabilidad Social*, Madrid, MAP/INAP, 2002, p. 219.

¹³ Entre nós esta segregação territorial é particularmente visível nos bairros sociais, localizados frequentemente em áreas urbanas periféricas ou em áreas “separadas” dentro dos espaços urbanos em que se integram, e que funcionam como verdadeiros *guetos* (concentração de populações desfavorecidas em territórios circunscritos caracterizados por uma degradação física e social, ao contrário de outros espaços urbanos ricos ou menos estigmatizados). Surge, porém, na atualidade, uma outra forma de segregação social, ditada muitas vezes por razões de segurança, que se traduz na formação *gated communities* ou “condomínios fechados”, que para alguns correspondem a verdadeiros “guetos dos ricos” por contradição aos tradicionais guetos (dos pobres).

A crescente segregação espacial urbana surge num contexto de maior desigualdade social, tornando premente a procura de instrumentos que a permitam combater¹⁴.

Ora, a dimensão social da sustentabilidade coloca o ênfase na necessidade do combate à existência de fenómenos de exclusão social nos espaços urbanos, fomentando a ideia de uma cidade inclusiva (uma cidade *de e para* todos).

Para o efeito torna-se necessário, desde logo, a integrar no planeamento urbanístico um conjunto de novas preocupações tendentes a fomentar o desenvolvimento social e a evitar fenómenos de segregação espacial de uma sociedade diversificada do ponto de vista social e étnico, determinando a necessidade de incorporar nos planos (ou no mínimo com eles articular) políticas sociais e culturais, políticas de combate à pobreza e de apoio a sectores da população mais vulneráveis, políticas de segurança urbana, políticas de oferta de serviços públicos, como políticas de transportes públicos e de promoção de acessibilidades e mobilidade urbana bem como, no que aqui interessa, políticas de habitação. O que 'ransforma o planeamento urbanístico num planeamento *integrado, social e democrático* capaz de fornecer um contributo importante para a paz social e para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos

Estas exigências tornam desadequado o *paradigma tradicional de planeamento urbanístico*, que tem como marcas características: (i) a atenção quase exclusiva à protecção do direito de propriedade (esquecendo

¹⁴ Note-se que se é perfeitamente compreensível que as pessoas se agrupem em função da sua afinidade comunitária (nacionalidade, costumes, línguas, etc.) – não devendo haver lugar, aqui, a qualquer intervenção estadual –, não é menos certo que a concentração urbana da população em dificuldades não tende a ser o resultado de uma livre escolha, mas, pelo contrário, o resultado de uma discriminação direta ou de facto por motivos económicos e/ou étnicos. Tal como o Conselho da Europa tem vindo a recomendar, “*a dispersão ou separação forçada de imigrantes e minorias étnicas e nacionais é inaceitável*”, tornando necessário que os Estados garantam “*que a habitação e as políticas de planeamento e de urbanização tentem dar aos imigrantes e minorias étnicas a liberdade de escolha que tem o resto da população, incluindo oportunidades de viver fora das áreas tradicionalmente povoadas por grupos minoritários*” (Conselho da Europa, 2000, p. 15). Ora, a falta de liberdade de residência e a existência de discriminação e desigualdade requer uma intervenção pública que permita corrigir as falhas de mercado. Intervenção exigida entre nós pela própria Constituição, não sendo assim o resultado de uma opção política, mas de uma exigência decorrente de vários direitos e princípios de ordem constitucional.

a sua vertente de integração ou reintegração social e outros direitos constitucionais distintos dos da propriedade, não menos importantes para amplas camadas de cidadãos); (ii) a visão do direito à habitação de uma perspectiva predominantemente economicista (olhando para a produção de habitações como um sector da atividade económica, em detrimento de uma perspectiva social e do seu carácter de direito fundamental); e (iii) a dissociação das questões da habitação relativamente às do planeamento urbanístico (ausência de integração de programas de habitação, em especial da destinada a classes desprotegidas).

Ora, ainda que o planeamento territorial não seja o campo, por excelência, de resolução das questões de cariz social, o mesmo deve, ainda assim, servir, nem que seja em pequena medida, para, através da regulação do uso do solo e do fenómeno da urbanização, garantir uma sociedade coesa, integrada e socialmente sustentável, deixando o planeamento urbano (e a regulação do uso do solo que dele decorre) de corresponder a uma mera delimitação e conformação do direito de propriedade, para se apresentar também como uma atividade possibilitadora da correta prestação de serviços públicos aos diversos estratos da população e do respeito efetivo por direitos constitucionais (como o da habitação), cuja adequada localização territorial tem suma importância.

A regulamentação do uso e ocupação do solo urbano deve, neste paradigma de planeamento: (i) contribuir para a melhoria das condições de vida população, considerando a promoção da equidade, a eficiência e a qualidade ambiental; (ii) promover o desenvolvimento institucional e o fortalecimento da capacidade de planeamento e gestão democrática da cidade, incorporando no processo a dimensão ambiental urbana e assegurando a efetiva participação da sociedade; (iii) promover mudanças nos padrões de produção e consumo da cidade, reduzindo custos e desperdícios e fomentando o desenvolvimento de tecnologias urbanas sustentáveis; e (iv) desenvolver e estimular a aplicação de instrumentos económicos na gestão dos recursos naturais visando a sustentabilidade urbana.

Desta perspectiva, a garantia, através do planeamento e da gestão urbanas, do direito à habitação, apresenta-se como um desafio que se coloca aos decisores públicos e demais operadores jurídicos.

3. Os desafios da habitação

O direito à habitação é muito mais do que o direito a ter “*um teto e quatro paredes*”: na medida em que o que está em causa é o respeito pela dignidade da pessoa humana, todos os cidadãos devem poder usufruir de um lugar a que pertençam e de um espaço físico que possam constituir como lar e aí viver com segurança, com privacidade e sem riscos para a sua saúde física e psíquica.

Por isso, mais do que *o direito a uma habitação*, do que se trata é de um direito a uma habitação *condigna* ou a uma habitação *adequada*, o que torna necessário dar cumprimento a um vasto conjunto de exigências, que denotam bem a complexidade das ações que é necessário levar a efeito para o concretizar, designadamente: (i) segurança de posse (direito de morar num local sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas)¹⁵; (ii) acessibilidade económica (direito a uma habitação “*cujos custos financeiros suportados se situam a um nível que não ameaça a satisfação das outras necessidades básicas*” - www.hrea.org,¹⁶); (iii) habitabilidade (direito a uma habitação que apresente boas condições de segurança, salubridade e conforto); (iv) espaço e localização adequados para viver (habitação servida por infraestruturas, equipamentos e serviços urbanos); (v) não discriminação e priorização de grupos vulneráveis¹⁷; (vi) adequação cultural.

Para além destas exigências, o direito à habitação implica, ainda, “... *o acesso a serviços públicos essenciais, definidos em legislação própria e a uma rede adequada de transportes e equipamento social, no quadro das políticas de ordenamento do território e de urbanismo*” (cfr. artigo 6.º e 15.º da Lei de Bases da Habitação – LBH).

¹⁵ As formas de segurança variam em função do sistema jurídico e da cultura de cada país, região, cidade ou povo.

¹⁶ O custo acessível (para a aquisição ou arrendamento da habitação) é aquele que não compromete o orçamento familiar e permite o atendimento de outros direitos, como o direito à alimentação, ao lazer etc., o que significa também que os gastos com a manutenção da casa (como as despesas com luz, água e gás), não podem ser muito onerosos.

¹⁷ A habitação deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, vítimas de desastres naturais; refugiados, etc. As leis e políticas habitacionais devem priorizar o atendimento a esses grupos e ter em consideração as suas necessidades especiais.

Tudo funções que devem ser garantidas pelas entidades públicas, designadamente as que têm especiais incumbências em matéria planeamento territorial.

Em causa está o contexto *territorial* e *social* onde a habitação se encontra inserida, a que a LBH designa de *habitat* (cfr. artigo 14.º). Com efeito, a melhor localização dos edifícios habitacionais é garantida pelos instrumentos de planeamento que, ademais, se posicionam como instrumentos que podem contribuir para garantir a defesa e valorização do território e da paisagem, a proteção dos recursos naturais e a salvaguarda dos valores culturais e ambientais.

Por isso determina o artigo 21.º da LBH, que “*para a boa execução da política local de habitação, os municípios devem integrar a política municipal de habitação nos instrumentos de gestão territorial, acautelando a previsão de áreas adequadas e suficientes destinadas ao uso habitacional, e garantir a gestão e manutenção do património habitacional municipal, assegurando a sua manutenção*” (sublinhado nosso)¹⁸.

Dos instrumentos de gestão territorial previstos no ordenamento jurídico português, os que mais relevam para este efeito são os planos municipais, aqueles a quem cabe a tarefa fundamental de *classificação* e de *qualificação* dos solos.¹⁹ Correspondendo esta à identificação, pelo plano, do uso *dominante* a que cada área se destina, o pretende o legislador português é garantir um planeamento que promova *plurifuncionalidade* das diferentes áreas e a “*coexistência harmoniosa das funções*”²⁰ ou seja, uma *mistura de usos compatíveis* (que concretiza o princípio da *proximidade simbiótica*, que se apresenta como complementar de um outro, de sinal contrário – o da separação de usos incompatíveis). Enquanto este

¹⁸ Cfr., igualmente, o n.º 1 do artigo 34.º da LBH (segundo o qual a garantia do direito à habitação pressupõe a definição pública das regras de ocupação, uso e transformação dos solos) e o n.º 3 do artigo 35.º (que determina a necessidade de os instrumentos de gestão territorial de âmbito municipal incluírem medidas necessárias para o dimensionamento adequado das áreas de uso habitacional, bem como a proteção e valorização da habitação e do habitat, vinculando, nos termos da lei, entidades públicas e privadas).

¹⁹ A classificação consiste na determinação, pelo plano, do destino básico do solo, distinguindo entre os *solos urbanos* e os *solos rústicos*; por sua vez a qualificação consiste na identificação, dentro de cada classe de solo, de diferentes categorias de espaços por referência à *utilização dominante* que nelas pode ser instalada ou desenvolvida

²⁰ Cfr., neste sentido, Jorge de Carvalho, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, pp. 209-212 e 307 e ss..

último se refere aos usos territoriais que se *prejudicam mutuamente* – e que, por isso, não podem “conviver” –, o primeiro, fundamental em matéria de planeamento territorial, compele à promoção de uma *mistura de distintos usos*, de forma a otimizar a localização de atividades de diferente natureza e a promover a sustentabilidade das respetivas áreas.

Mais, os planos territoriais, para além da localização das habitações, da sua quantidade, das características tipológicas dos edifícios e da sua utilização bem como da definição das condições essenciais das áreas onde estão inseridas, surgem igualmente como instrumentos relevantes para garantir uma *cidade (espaço urbano) para todos*, posicionando-se, desde modo, como instrumentos que garantem integração e coesão social (incluindo no que concerne à satisfação do direito a habitação). E isto porque o procedimento de elaboração de um plano é um procedimento de ponderação de interesses, onde assume particular relevo a ponderação, quer do ponto de vista quantitativo quer qualitativo, dos *interesses (necessidades) habitacionais da população*, em especial daquela que é socialmente mais desfavorecida, podendo tais planos integrar, na sua regulamentação, como solução para os problemas habitacionais, *standards* relativos a estas necessidades²¹.

Refira-se, a título de exemplo, o Plano Diretor Municipal do Porto, que integrou algumas soluções para dar resposta a carências habitacionais existentes na cidade, fruto das políticas de reabilitação e regeneração que aí foram levadas a cabo nos últimos anos e que acabaram por promover quase em exclusivo a fixação de usos turísticos e potenciado o recrudescimento de fenómenos de especulação do mercado imobiliário. Esta evolução dos preços, face aos rendimentos da população, fez com que a habitação, em certas áreas da cidade, se tenha tornado cada vez mais inacessível, substituindo proprietários nacionais por estrangeiros, com capital e rendimentos elevados, e residentes habituais, por temporários, num processo referido como “supergentrificação”, “gentrificação transnacional” e “gentrificação turística”²².

²¹ Precisamente para dar cumprimento a estas exigências a LBH prevê que os municípios possam elaborar e aprovar *Cartas Municipais de Habitação*, as quais, segundo esta lei, devem ser articuladas, no quadro do plano diretor municipal, com os restantes instrumentos de gestão do território e demais estratégias aprovadas ou previstas para o território municipal.

²² Luis Mendes et al, “Gentrificação Transnacional, Novas Procuras Globais e Financeirização do Mercado de Habitação em Lisboa”, *in*. Ana Cordeiro Santos

O Plano Diretor Municipal, com vista a reverter esta situação, integrou algumas soluções que têm como objetivo essencial atrair população, especialmente da classe média, para a viver na cidade, em consonância com a necessidade de garantir o acesso à habitação aos que não têm resposta por via do mercado²³ e ainda outras soluções que têm a concretização do direito à habitação como objetivo.

Uma dessas soluções é a do designado de *zonamento inclusivo* (*inclusionary zoning*), originariamente adotado no ordenamento jurídico norte-americano, visando garantir a inserção de camadas da população desfavorecida em determinadas áreas urbanas, através da imposição à iniciativa privada de disponibilização de habitações a preços acessíveis ou de inclusão de uma percentagem mínima de unidades de habitação destinada a famílias de rendimentos baixos, em alguns casos fazendo-as acompanhar de ajudas federais.

Esta técnica pretendeu ser a superação de outras que, a coberto de regularem a ocupação dos solos, funcionaram como autênticas práticas de segregação urbana e de exclusão de minorias raciais pobres: *covenants*; *redlining*; fixação de parcelas mínimas edificáveis; limitação do número de habitações a construir; construção de casas monofamiliares isoladas com recusa de construção de habitações plurifamiliares; ausência de áreas reservadas para habitação social ou de rendas baixas; e *exclusionary zoning*.

No caso do Plano Diretor Municipal do Porto, o mecanismo do *zonamento inclusivo* é aplicável a certas zonas da cidade mais sujeitas a processos seletivos de exclusão e segmentação residencial por efeito do forte aumento dos preços de mercado imobiliário e que visa garantir a

(org.), *A nova questão da habitação em Portugal: uma abordagem de economia política*, Actual, Lisboa, 2019, pp. 111-141.

²³ Esta solução está em conformidade com a NGPH que, ao deixar de estar centrada no objeto — “casa” — e passar a orientar-se para o objetivo — o *acesso de todos a uma habitação adequada* —, reformula as políticas habitacionais tanto ao nível do universo de potenciais beneficiários (passando a incluir os agregados familiares de rendimentos intermédios que não conseguem aceder a uma habitação adequada no mercado sem que tal implique uma sobrecarga sobre o seu orçamento familiar), como da dimensão do parque habitacional com apoio público, que necessitará de ser significativamente alargado em consonância com o aumento dos beneficiários. Para alcançar estes desideratos a NGPH aponta no sentido não só de diversificar os promotores de habitação com apoio público, passando a envolver o setor privado, como de equilibrar o setor da habitação em termos de regimes de ocupação, fortalecendo e promovendo o arrendamento habitacional permanente.

disponibilização de habitação acessível através do mercado imobiliário privado (artigo 142.º). Este mecanismo aplica-se em operações urbanísticas de nova construção, ampliação e alteração de uso das quais resulte um edifício com uma área edificação superior a determinados limites fixados no plano, e traduz-se ou na obrigatoriedade de afetação, nessa operação, de uma percentagem para habitação acessível pelo prazo mínimo de 25 anos (disponibilização de unidades habitacionais) ou na cedência de solo com capacidade edificativa equivalente ou o pagamento de valor monetário, a reverter para um Fundo Municipal de Sustentabilidade Ambiental e Urbanística, de acordo com as condições previstas em regulamento municipal²⁴, os quais serão posteriormente destinados para a mesma finalidade.²⁵

Para além de procurar dar resposta às necessidades habitacionais sentidas na cidade – o que comprova o papel do planeamento neste domínio –, estas soluções potenciam a coexistência de *tipologias de habitação destinadas* a estratos sociais diferentes (mais favorecidos e menos favorecidos), com o que se potencia a convivência, num espaço comum, de pessoas pertencentes a classes sociais ou grupos culturais distintos, promovendo uma *maior riqueza do tecido social* e o fortalecimento da *respetiva coesão*.

Deste modo se dá cumprimento às exigências de inclusão e a coesão social, que, nos termos do n.º 6 do artigo 16.º da LBH, pode também ser alcançada através da mobilização de recursos públicos para habitação economicamente acessível em áreas centrais e consolidadas

²⁴ Regulamento Regulamento Perequativo de Edificabilidade e de Encargos Urbanísticos.

²⁵ Este plano contém, ainda, mecanismos de incentivo com os mesmos objetivos do zonamento inclusivo. É o caso do artigo 143.º, que prevê que as operações urbanísticas que destinem pelo menos 25 % da sua edificabilidade a habitação acessível por um prazo mínimo de 25 anos gozam de majoração do índice de edificabilidade de 0,2 nas áreas de blocos isolados de implantação livre e áreas de atividades económicas de tipo II, até ao máximo respetivamente de 1,2 e de 1,6 e de redução de encargos urbanísticos, a fixar em regulamento municipal. E é o caso do artigo 144.º, destinado a fomentar a regeneração de áreas de habitação social. De acordo com este artigo, as operações urbanísticas que tenham como finalidade a regeneração de áreas de habitação social e em que se verifique a manutenção de, pelo menos, 75 % da edificabilidade preexistente como habitação social, gozam de majoração do índice de edificabilidade de 0,2 nas áreas de blocos isolados de implantação livre até ao máximo de 1,2 e de redução de encargos urbanísticos, a fixar em regulamento municipal.

e do desenvolvimento de empreendimentos para pessoas com diversos tipos de rendimento.

Conclusão

De tudo quanto foi referido retira-se a necessidade de desenvolver uma nova sensibilidade pelas questões sociais no âmbito do planeamento urbanístico, de modo a que se possa falar hoje num *urbanismo social*, ou num *urbanismo de desenvolvimento social*.

O planeamento do território pode (e deve), nesta perspetiva, desempenhar um papel fundamental no cumprimento do princípio do desenvolvimento sustentável, em especial na sua dimensão social, posicionando-se, assim, como instrumento relevante na prevenção da *segregação espacial* e na promoção da *inclusão* e da *coesão sociais*. Em suma, para a promoção de *cidades* que, sendo sustentáveis, são cidades *inclusivas*, isto é, cidades de todos e para todos.

Referências

- MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho, *Teoria Geral e Princípio do Desenvolvimento Sustentável. Conciliando Desenvolvimento, Ambiente e Justiça*, Tese de Doutoramento em Direito, Ramo de Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, policopiado.
- KUMARA, Lydia Aulia, MUTIARIN, Dyah, (2019), “Generating the New Dimensions of Social Sustainability into Sustainable Urban Development Policy, in. *Sustainable Urban Development Policy, Policy & Governance Review*, Volume 3, Issue 3, September.
- PONCE SOLÉ, Juli (2002). *Poder Local y Guetos Urbanos, Las Relaciones entre el Derecho Urbanístico, la Segregación Espacial e la Sustentabilidad Social*, Madrid, MAP/INAP.
- CARVALHO, JORGE DE (2003). *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto.
- MENDES, LUÍS et al. (2019). “Gentrificação Transnacional, Novas Procuraas Globais e Financeirização do Mercado de Habitação em Lisboa”, in. Ana Cordeiro Santos (org.), *A nova questão da habitação em Portugal: uma abordagem de economia política*, Actual, Lisboa.

LA “CIUDAD VERDE” Y LOS RETOS PARA EL DERECHO

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/05>)

GIUSEPPE PIPERATA

Resumen: El artículo examina la ciudad, entendida como institución, y su relación con los espacios reservados al verde, no sólo el ordenado y cuidado de parques y villas, sino también el salvaje y espontáneo. La investigación se adentra así en los retos que plantea la presencia de lo salvaje en el contexto urbano, y en los procesos relacionados por los que la naturaleza intenta reconquistar los entornos urbanos, también a la luz de los procesos de renaturalización.

La contribución se detiene en las formas de regular la presencia en la ciudad de un tipo de verde urbano, más silvestre y diferente del más ordenado y tradicional, y en las relaciones relativas entre dos tipos de manifestaciones naturales. A continuación, el artículo investiga los perfiles de la gestión de los bosques urbanos dentro de un diseño más amplio de la gobernanza del espacio urbano y de las nuevas funciones denominadas verdes, deteniéndose en los itinerarios evolutivos de la “ciudad verde”.

Palabras clave: ciudad verde; retos para el derecho; bosque; verdor urbano.

Abstract: The paper examines the city, understood as an institution, and its relationship with the spaces reserved for greenery, not only the orderly and well-kept one of parks and villas, but also the wild and spontaneous one. The investigation thus delves into the challenges posed by the presence of the wild within the urban context, and the related processes by which nature tries to reconquer urban environments, also in the light of re-naturalisation processes.

The contribution dwells on the ways in which to regulate the presence in the city of a type of urban green, wilder and different from

the more ordered and traditional one, and on the relative relations between two types of natural manifestations. The paper then investigates the profiles of city forest management within a broader design of urban space governance and new so-called green functions, dwelling on the evolutionary itineraries of the “green city”.

Keywords: green city; challenges for law; forest; urban greenery.

1. La ciudad y los espacios verdes: un encuadre del tema

En la ciudad existen espacios en los que la prioridad en la acción y en la representación se deja en manos de la naturaleza: el hombre no tiene prohibido intervenir, pueden existir, de hecho, márgenes de intervención, pero con la condición de que estos se orienten a permitir que la naturaleza se exprese como factor determinante en estos contextos. Se trata de los espacios reservados a zonas verdes que pueden ser públicos o privados. La ciudad como institución es la encargada de decidir qué partes de su territorio deben reservarse a estas manifestaciones de la naturaleza, en el marco de funciones públicas específicas, empezando por la función de planificación, la cual, en particular, a través de la zonificación, asigna a determinados suelos una vocación mayormente orientada a la representación de un contexto natural.

El Derecho está llamado a diseñar un marco normativo en el que encuadrar estas dinámicas, pero, sobre todo, está, cada vez, más obligado a ofrecer soluciones eficaces para reequilibrar los intereses en conflicto, precisamente como consecuencia de la elección de dar a la vocación natural una importancia preponderante sobre las demás. A veces, las cuestiones que requieren iniciativas jurídicas para su clarificación ponen en tela de juicio principios, derechos y libertades de primordial importancia, y no siempre es fácil encontrar un punto de equilibrio compartido de forma unánime por todos. Un ejemplo patente de esto se encuentra en la naturaleza que se debe reconocer al proceso de afectación pública de una zona verde que el planificador local puede imponer a un área, incluso si esta es propiedad privada: ¿se trata de una limitación expropiatoria o de una limitación condicionada? La incerteza y las oscilaciones en la jurisprudencia contencioso-administrativa son constantes y actuales. En efecto, puede ocurrir que un pronunciamiento jurisprudencial según el cual «el uso destinado a parque público - F6 no puede considerarse de naturaleza expropiatoria ya que, constituye

una mera limitación que condiciona la propiedad privada, dentro de la cual los mencionados fines de interés público también pueden ser alcanzados mediante actividades privadas o de iniciativa mixta, en régimen de economía de mercado, al no exigirse la previa confiscación del bien, con la consiguiente posibilidad para el propietario de continuar explotando su propio derecho de propiedad»¹. En contraposición, se puede destacar otro posicionamiento según el cual la zonificación de espacios verdes públicos «introducen limitaciones expropiatorias, en la medida en que suponen la compresión de las facultades ordinarias inherentes al derecho de propiedad, conduciendo a su vaciamiento sustancial»².

No obstante, estos espacios reservados a zonas verdes en la planificación urbanística no son los únicos lugares de la ciudad donde se manifiesta la naturaleza. Hay otros lugares, nacidos con otra vocación, en los cuales la naturaleza reaparece y se impone a través de la vuelta al estado salvaje. Esto ocurre sobre todo en aquellas áreas y edificios abandonados, rechazados, en desuso, que vuelven a la vida gracias a un proceso de renaturalización espontánea. Antes eran “vacíos urbanos”, contextos desolados y degradados que habían perdido su función original y, por tanto, sólo eran un problema para la ciudad. En la actualidad, en algunos casos, son espacios regenerados, no gracias a la obra activa del hombre, sino a un proceso espontáneo y salvaje de reconquista por parte de la naturaleza. Son esas «islas del abandono» – por utilizar una imagen de Cal Flynn³ – devueltas a la vida debido al efecto causado por el retorno de la naturaleza, que con sus procesos espontáneos y salvajes reconstruyen el entorno y lo devuelven, ahora con una nueva función, a la ciudad.

Pero este retorno de los espacios naturales también podría ser el resultado de un uso excesivo y demasiado rígido de instrumentos normativos y coercitivos, inspirados por la noble intención de proteger y preservar espacios de relevancia agrícola o natural, pero que pueden acarrear consecuencias contraproducentes en lo que respecta a su gestión y mantenimiento. Se trata, por supuesto, de hipótesis extremas,

¹ Cons. Stato, Sec. IV, 16.2.2022, n° 1142, en www.giustizia-amministrativa.it.

² Cons. giust. amm. reg. siciliana, sez. giur., 28.3.2022, núm. 383, en *Foro it.*, 2022, III, c. 436 ss., con nota de E. Barilà.

³ Véase C. Flynn, *Isole dell'abbandono*, Roma, Blu Atlantide, 2022.

en la medida en que no puede cuestionarse la importancia y el carácter indispensable de asegurar la protección de los valores medioambientales, culturales o paisajísticos mediante el uso de instrumentos vinculantes. Sin embargo, al mismo tiempo, algunos jueces no han dejado de señalar los denominados «efectos perversos de las restricciones», fruto de un planteamiento excesivamente conservador y no equilibrado con otros principios (como, por ejemplo, el del desarrollo sostenible), destinados a producir resultados contraproducentes, incluso en relación con los fines perseguidos, y en particular respecto de determinados bienes pertenecientes al paisaje agrario, caracterizados por un evidente dinamismo «que acabarán perjudicados por limitaciones demasiado estrictas que impedirán su explotación con suficiente rentabilidad, provocando su abandono y la vuelta al estado selvático de las tierras que no se cultivan»⁴. Un caso límite que nos recuerda la importancia de ponderar siempre los intereses contrapuestos de un modo equilibrado, proporcional y razonable por parte de administración pública que está llamada a tutelarlos.

Las zonas verdes de las ciudades, por tanto, no se refieren sólo a los espacios verdes ordenados y cuidados presentes en parques, villas y jardines, sino también a las zonas verdes salvajes y espontáneas que han ocupado espacios inútiles para satisfacer su función original o carentes temporalmente de un uso alternativo. Se trata de un fenómeno, este último, que está adquiriendo formas y dimensiones interesantes. Sara Marini recuerda que el bosque ya no está sólo fuera de la ciudad, de sus murallas, de sus edificios, sino que ahora está también dentro de la ciudad, con su fuerza salvaje y espontánea. Por tanto, será necesario entrar en el bosque, siendo este «un entorno que hay que recorrer»⁵. Al hacerlo, sin embargo, debemos ser conscientes de que lo que está en juego no es sólo la relación entre lo artificial y la naturaleza en el ámbito de la ciudad, sino más genéricamente, la necesidad de redefinir la relación entre el hombre y el medio ambiente, según cánones que ya no pueden ser los del pasado. La crisis pandémica, los acontecimientos extremos e incontrolables producidos por el cambio climático – como

⁴ Así, Tar Lazio, Roma, sec. II quater, 27.1.2021, n.º 1080, en www.giustizia-amministrativa.it.

⁵ S. Marini, *Introduzione. Entrando nella selva*, in *Nella selva. XII tesi*, a cura di S. Marini, Milano, Mimesis, 2021, p. 7.

se ha recordado recientemente⁶ – demuestran que la idea de una naturaleza “gobernable”, sometida a la voluntad del hombre, es una visión ideológica ya superada, que ha quedado anticuada, y ahora muestra todas sus limitaciones. Ha llegado, pues, el momento de intentar reequilibrar la relación entre el hombre y el entorno en el que vive, mirando hacia el futuro e intentando reconfigurar una nueva alianza, utilizando modelos más armoniosos y coevolutivos.

2. Los retos del bosque en el contexto urbano: las relaciones entre “tipos” de verdor urbano

La ciudad y sus procesos de re-naturalización ofrecen un excelente campo de análisis para entender en qué dirección debe operar el cambio. Ante estos fenómenos, incluso el jurista tiene que preguntarse acerca de que ha de cambiar y qué nuevos instrumentos se han de ofrecer para abordarlos de forma eficaz, evitando así que se conviertan en problemas para la ciudad. En particular, la presencia del bosque en el contexto urbano y los procesos por los que la naturaleza intenta reconquistar los entornos urbanos plantean al menos dos cuestiones de gran importancia para el jurista.

La primera es la que aborda el problema de cómo regular la presencia en la ciudad de un tipo de zona verde urbana, espontánea y salvaje, diferente de aquella más ordenada y tradicional y, en consecuencia, de cómo se deben regular las relaciones entre estos dos tipos de manifestaciones naturales. De hecho, si aceptamos la idea de que pueden existir entornos naturales no uniformes en la ciudad, entonces se hace imprescindible definir las características de cada tipo, identificar los espacios en los que se manifiestan, resolver los problemas y regular los vínculos de esta nueva relación, de esta nueva coexistencia, entre naturaleza salvaje y naturaleza ordenada, llegando incluso a hipotetizar instrumentos jurídicos innovadores para desarrollar de una mejor manera esta interacción.

A este respecto, la legislación ofrece algunas coordenadas útiles. Además de la normativa más antigua y tradicional (ley 6 de agosto de 1967, n.º 766, y posterior decreto ministerial n.º 1444, de 2 de abril

⁶ Cf. P. Blom, *La natura sottomessa. Ascesa e declino di un'idea*, Venezia, Marsilio, 2023.

de 1968), que identificaba las zonas verdes de titularidad pública como un estándar urbano y el verde agrícola como una posible utilidad a atribuir a una porción de territorio urbana a través de la planificación y de la zonificación. Más recientemente, el legislador ha vuelto sobre la cuestión, con una ley más amplia, ley 14 de enero de 2013, n. 10, en la que cual se prevé no sólo una acción precisa para proteger las zonas verdes urbanas, sino también una estrategia de desarrollo específica para los espacios de la ciudad que albergan estos contextos naturales. Según esta perspectiva, las zonas verdes de naturaleza urbana se ven no sólo como una porción de territorio que hay que proteger y conservar, sino, sobre todo, como un espacio que hay que promover y valorizar, también desde una óptica de servicio público, tal y como aclara el Comité para el desarrollo de las áreas verdes⁷, al que la ley confía un papel proactivo en la elaboración de una estrategia ecológica capaz de asegurar a través de los espacios verdes urbanos un servicio esencial para el bienestar y el desarrollo económico de las comunidades locales.

Asimismo, tampoco faltan innovaciones en el ámbito jurídico respecto a los espacios naturales más salvajes de la ciudad. En concreto, llaman la atención algunas leyes regionales que intentan acotar estos espacios y situarlos en una estrategia más amplia, no sólo de gobierno territorial y medioambiental, sino también de promoción social. Es el caso, por ejemplo, de la ley Regional del Véneto n° 26, de 8 de agosto de 2014, que reconoce el deber de los municipios de fomentar el uso de terrenos agrícolas en desuso, de las zonas industriales abandonadas, de las zonas verdes de titularidad pública y de cualquier otra superficie similar, para la creación de huertos sociales urbanos (art. 6). Evidentemente, el surgimiento de estos procesos de expansión selvática también está destinado a modificar algunas de las funciones tradicionales de ordenación del territorio de la ciudad, empezando por el urbanismo y la construcción. Los espacios verdes públicos, como se ha visto, siempre han representado uno de los elementos principales del sistema de ordenación del territorio urbano, en la medida en que siguen vinculados a concretas funciones y servicios del ente local. Pero

⁷ Véase la Comisión para el Desarrollo del Verde Público, Del. núm. 6 de 19.3.2015, que establece que «la gestión de las zonas verdes es la gestión de un servicio público local autónomo respecto de los demás, incluido el servicio de residuos y otros servicios de higiene urbana».

en el momento en que a las zonas verdes se suma una presencia natural más espontánea y salvaje, ¿qué nuevos instrumentos jurídicos deben introducirse en ese sistema de planificación y dentro de qué estrategias? En este punto, tampoco faltan las novedades. Se trata todavía de herramientas que deben probarse en toda su amplitud y de dinámicas que deben asentarse según patrones más consolidados. Así es, por ejemplo, el caso de la innovadora institución de los usos temporales, autorizados por algunas leyes regionales⁸, promovidos no sólo con el objetivo de reducir el consumo de suelo, sino también para recuperar y utilizar espacios abandonados, empezando por aquellos en los que se percibe el retorno de la presencia de un ambiente natural, para su reutilización como huertos comunitarios, jardinería urbana colectiva, parques urbanos. Además, estas dinámicas interactúan también con algunos de los procesos de subsidiariedad horizontal y de colaboración ciudadana, que encuentran precisamente en la gestión de estos espacios naturales, un campo para la experimentación de las vías más adecuadas para hacer efectivo y concreto el derecho a la ciudad. Por último, existe un posible vínculo entre el fenómeno aquí considerado y la nueva función de regeneración urbana, la cual también se podría desarrollar a través del reconocimiento, en el ámbito de la planificación del territorio urbano, de iniciativas adecuadas para situar también estos “otros” espacios verdes de la ciudad dentro de un diseño urbano coherente con la necesidad, ya no aplazable, de reutilizar el espacio existente y de ahorrar suelo⁹.

3. La gestión forestal en el contexto de la “ciudad verde”

Hay también otra cuestión interesante que plantea al jurista la presencia de estos bosques en el interior de las ciudades. En concreto, el hecho de situar la gestión de estas zonas de selva existentes en la ciudad dentro de un diseño más amplio de gobernanza de los espacios urbanos, en el que se tengan presentes otros factores como son la

⁸ Véase Ley Regional de Emilia-Romaña, 21 de diciembre de 2017, nº 24, art. 16; Ley Regional de Véneto, 6 de junio de 2017, nº 14, art. 8.

⁹ En términos más amplios, consúltense las contribuciones recogidas en *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, editado por E. Fontanari, G. Piperata, Bolonia, Il Mulino, 2017.

promoción para incrementar los espacios verdes, la aplicación de políticas de ahorro y eficiencia energética, de sistemas de movilidad sostenible, y la puesta en marcha de medidas encaminadas a limitar el consumo de suelo y a favorecer la regeneración urbana. Todas ellas, representan las nuevas funciones calificadas como “verdes” que están modificando, no sólo el sistema de gobernanza y de planificación del territorio urbano, sino también la forma de ser de nuestras ciudades y su papel institucional. La expresión “Ciudad verde” se utiliza, en la actualidad, para referirse a aquellas ciudades que han sabido interpretar este cambio y que han tratado de dar una respuesta eficaz para luchar contra los efectos negativos del cambio climático¹⁰. A nuestras ciudades, hoy en día, no se les pide que prioricen las iniciativas destinadas a organizar de forma ordenada su expansión y el consiguiente gobierno de este espacio. En cambio, se les pide con mayor insistencia que sean más «estables»¹¹, resilientes, sostenibles, más atentas a la existencia y a los beneficios medioambientales, preparadas para responder a los riesgos naturales y a los peligros ecológicos. “Ciudad verde” es, por tanto, una locución que sirve para indicar una vocación general que puede asumir la ciudad, la indicación de un atributo, de un carácter que expresa una forma particular de ser de la ciudad. Una ciudad que invierte principalmente en políticas de promoción medioambiental como palanca para mejorar la calidad de vida en estos lugares y el bienestar de sus habitantes¹².

Obviamente, no existe un modelo de referencia, dejándose a la autonomía local un amplio margen para asumir, en la medida de sus posibilidades y de su potencial, aquellas tareas instrumentales destinadas a la realización efectiva de esta vocación de ciudad ecológica y sostenible. También se ha explorado la posibilidad de tomar como posibles ejemplos a seguir algunas experiencias exitosas, derivadas de

¹⁰ La necesidad de preparar nuevas estrategias locales para dar una respuesta concreta al cambio climático se ha recogido, entre otros, en el volumen *Il clima cambia le città. Strategies for adaptation and mitigation in urban planning*, editado por F. Musco, E. Zanchini, Milán, Franco Angeli, 2014.

¹¹ La idea de “ciudad estacionaria” procede de P. Bihouix, S. Jeantet, C. De Selva, *La ville stationnaire: Comment mettre fin à l'étalement urbain?*, Paris, Actes Sud, 2022.

¹² Captando esta relación entre el fomento del verde urbano y el aumento del bienestar de los habitantes, S. Bartolini, *Città verdi e felici?*, en *Equilibri*, 2020, pp. 373 y ss.

iniciativas concretas que se han emprendido a nivel europeo. Es el caso del premio “Capital Verde Europea”, un reconocimiento que concede cada año la Comisión Europea a una ciudad, a la que se premia por haber elaborado estrategias de protección del medio ambiente y por el fomento de políticas de sostenibilidad novedosas. Pueden aspirar a este título las ciudades europeas de al menos 100.000 habitantes, evaluadas en función de indicadores y criterios específicos. No es solo el carácter innovador y ambicioso de los proyectos medioambientales realizados lo que determina la concesión del premio, sino, sobre todo, la capacidad de la ciudad de convertirse en un ejemplo virtuoso para otras realidades urbanas, un modelo de “ciudad verde”. Estocolmo, Hamburgo, Copenhague y Lisboa son algunas de las ciudades europeas galardonadas con el título de “Capital Verde”, un reconocimiento instituido en 2010, el cual, en los últimos años, por desgracia, nunca se ha asignado a una ciudad italiana.

Para el jurista la locución “ciudad verde” es algo más que una expresión utilizada únicamente para reconocer una determinada vocación o atributo ecológico de una ciudad. Para el jurista puede ser la síntesis verbal de un fenómeno mucho más amplio y profundo tras el cual se esconden retos muy importantes para el Derecho. Uno, en especial. Hasta ahora hemos examinado la “ciudad verde” como el resultado de tareas precisas o de políticas públicas que el ente local desarrolla por elección autónoma o por imposición legislativa. En este sentido, un incentivo adicional se encuentra en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia, que ha incorporado, en el ámbito de la misión M2 - “Revolución verde y transición ecológica”, un importante título de intervención dedicado a la “Protección y valorización de las zonas verdes urbanas y suburbanas”, mediante el cual se financiarán proyectos de las entidades locales, para la creación de bosques urbanos, periurbanos y suburbanos, así como para la implementación de un plan específico de forestación urbana y suburbana¹³.

¿Y si esto fuera sólo una parte del fenómeno? ¿Y si la “ciudad verde” se convirtiese en un derecho o en una expectativa legítima jurídicamente exigible? ¿Y si, algún día, la calificación de una ciudad como “verde” no fuera sólo una forma de identificar a un municipio que ha

¹³ Véase, sobre estos aspectos, el Comitato per il Capitale Naturale, *Quinto rapporto sullo Stato del capitale naturale in Italia*, Roma, 2022.

destacado especialmente en la promoción de la sostenibilidad, del reverdecimiento urbano, de la reutilización y de las prácticas de regeneración, sino la expresión lingüística con la que resumir un estatus jurídico preciso que el legislador podría imponer y los ciudadanos reclamar en el ámbito de las ciudades en las que viven? Resulta evidente, el proceso de fortalecimiento de la legitimidad de los actores, a título individual o de forma asociativa, que permite reivindicar a través de cauces más intensos, incluso ante los tribunales, la protección del medio ambiente o exigir la implementación de concretas medidas de intervención para salvaguardar los valores ecológicos. No sólo en Europa, sino en todo el mundo, se están efectuando algunas interpretaciones abiertas en este ámbito, cuyo alcance innovador (si no revolucionario) se ha destacado ya ampliamente¹⁴. Empezando por el auto del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de marzo de 2021, en el que se anuló la ley alemana sobre el clima, por considerarla ineficaz desde el punto de vista de las medidas de protección del medio ambiente incorporadas en ella, e inidónea para garantizar el derecho al medioambiente de las futuras generaciones¹⁵. En la actualidad, están pendientes de resolver, ante los tribunales de varios países, demandas interpuestas, por particulares y por asociaciones, que exigen una intervención de los gobiernos y de las administraciones locales más concreta en lo que respecta a la protección del medio ambiente, así como más coherente con los nuevos principios de sostenibilidad y transición ecológica.

Si pasamos de la experiencia europea a la nacional, la tendencia no parece ser diferente. Únicamente basta recordar la reciente reforma constitucional a raíz de la cual la protección del medio ambiente se introdujo explícitamente, de forma directa, en los artículos 9 y 41 de nuestra Constitución. En particular, la Ley Constitucional nº 1, de 11 de febrero de 2022, amplió el artículo 9 de la Ley Constitucional, aclarando que la República no sólo se ocupa de la protección del paisaje y del patrimonio cultural, sino que también «protege el medio

¹⁴ Véanse, a este respecto, entre otros, M. Ramajoli, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation*, en Riv. giur. amb., 2021, pp. 53 y ss.; S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, en Dir. proc. amm., 2021, pp. 293 y ss.

¹⁵ Cf. Tribunal Constitucional Federal, Auto de 24 de marzo de 2021, y el comentario de R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, en *laCostituzione.info*, 30 de abril de 2021.

ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, en interés de las generaciones futuras». Por tanto, no se trata sólo de un cambio formal del texto, sino que introduce nuevos significados posibles en la relación entre derecho y naturaleza, que sólo podrán desarrollarse mediante la aplicación convencida de la nueva disposición constitucional. Esto podría reforzar los derechos fundamentales de los cuales cada persona es titular en relación con lo que representa la naturaleza, pero no puede descartarse que esta misma base jurídica sirva también de fundamento, en determinados procesos, para el reconocimiento de derechos precisos respecto a la naturaleza misma¹⁶.

En resumen, el ejemplo italiano permite imaginar, ya en este momento, escenarios futuros en los que será posible constatar, no sólo la potenciación del derecho ambiental “desde abajo”, empleando vías distintas a las utilizadas en el pasado, sino, sobre todo, la posibilidad de impulsar iniciativas de individuos y asociaciones que promueven los valores ambientales, con la finalidad de solicitar (incluso mediante acciones legales) una intervención más intensa de las instituciones, en línea con el estatuto “verde” que las ciudades deberán, en todo caso, respetar.

Si esto ocurre, podemos pensar que la “ciudad verde” ya no será sólo un modelo de prácticas locales promovidas en el ámbito urbano o una idea de nueva alianza entre el hombre y la naturaleza desarrollada por la arquitectura, sino que será también un posible estatuto diseñado por el derecho para contribuir a la protección del medio ambiente y al bienestar de quienes viven en la ciudad.

Referencias

AIDAMBIENTE (2022). *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Nápoles, Editoriale scientifica italiana.

BARILÀ E. (2022). Cons. giust. amm. reg. siciliana, sez. giur., 28.3.2022, núm. 383, en *Foro it.*, III, c. 436 ss.

¹⁶ Véanse, a este respecto, las consideraciones de G. Demuro, *I diritti della natura, en Istituzioni selvagge?*, editado por F. Cortese, G. Piperata, Milán, Mimesis, 2022, pp. 30 y ss., (además de las otras contribuciones en el mismo volumen), y los escritos recogidos en Aidambiente, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Nápoles, Editoriale scientifica italiana, 2022.

- BARTOLINI S., *Città verdi e felici?*, en *Equilibri* (2020). pp. 373 y ss.
- BIHOUIX P., JEANTET S., DE SELVA C. (2022). *La ville stationnaire: Comment mettre fin à l'étalement urbain?*, Paris, Actes Sud.
- BIN R. (2021). *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, en *laCostituzione.info*, 30 de abril de 2021.
- BLOM P. (2023). *La natura sottomessa. Ascesa e declino di un'idea*, Venezia, Marsilio.
- Demuro G. (2022). *I diritti della natura, en Istituzioni selvagge?*, editado por F. Cortese, G. Piperata, Milán, Mimesis, pp. 30 y ss.
- FLYN C. (2022). *Isole dell'abbandono*, Roma, Blu Atlantide.
- Fontanari E., Piperata G. (editado por) (2017). *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, Il Mulino.
- MARINI S. (2021). *Introduzione. Entrando nella selva*, in *Nella selva. XII tesi*, a cura di S. Marini, Milano, Mimesis, pp. 7 ss.
- MUSCO F., ZANCHINI E. (editado por) (2014). *Il clima cambia le città. Strategies for adaptation and mitigation in urban planning*, Milán, Franco Angeli.
- RAMAJOLI M. (2021). *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation*, en *Riv. giur. amb.*, pp. 53 y ss.
- VALAGUZZA S. (2021). *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, en *Dir. proc. amm.*, pp. 293 y ss.

CAPTURA DE MAIS-VALIAS URBANÍSTICAS EM PORTUGAL

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/06>)

DULCE LOPES¹

Resumo: A captura de mais-valias em Portugal tem suscitado cada vez mais interesse, mas dificilmente, para além das cedências e compensações devidas no âmbito de operações de loteamento e similares, tem tido concretização prática. Com este artigo analisam-se a função e formas possíveis de captura de mais-valias, bem como o modo como estas podem ser desenvolvidas de forma afeiçoada à realidade portuguesa.

Palavras-chave: Captura de mais-valias urbanísticas; equidade territorial; sustentabilidade; planos municipais

Abstract: Land value capture in Portugal has aroused increasing interest, but it has hardly been put into practice, apart from transfers of property and compensations due in the context of urban subdivision and similar operations. This article analyses the function and possible forms of land value capture, as well as how they can be developed in a way that is adjusted to the Portuguese reality.

Key words: Land value capture; territorial equity; sustainability; municipal plans

1. Introdução

As mais-valias urbanísticas têm despertado grande atenção do ponto de vista internacional². As exigências de um adequado ordenamento

¹ Professora da Faculdade de Direito, Univ Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito; ORCID 0000-0002-4013-7859

² Vejam-se, por exemplo, os esforços do Lincoln Institute of Land Policy (<https://www.lincolnst.edu/>), da Global Land Tool Network (<https://gltn.net/>), da

territorial, relacionadas com imperativos de sustentabilidade inter e intrageracional levam a que, um pouco por todo o lado, as questões fundiárias e de aproveitamento urbanístico do solo sejam colocadas em evidência e testadas.

Portugal não é imune a esta discussão; contudo, nem sempre a teoria se impõe à prática e os desenvolvimentos neste domínio têm sido lentos e nem sempre rodeados da clareza necessária. E se o nosso ordenamento jurídico não tem uma norma similar à do artigo 47.º da Constituição espanhola, segundo a qual “*La comunidad participará en las plusvalias que genere la acción urbanística de los entes públicos*”, tal não significa, porém, que este seja um instituto desconhecido em Portugal. Contudo, a sua regulamentação e utilização têm sido esparsas.

Tentaremos, na medida do possível e de forma sintética, reproduzindo o nosso discurso oral, delinear as principais características das mais-valias urbanísticas e explorar em que medidas aquelas podem ser de “mais-valia” no nosso ordenamento jurídico.

2. Natureza, função e previsão da captura de mais-valias

A noção de recuperação ou captura de mais-valias tem sido usada em múltiplos sentidos e de modo a abranger várias realidades. Como refere Rachele Alterman, alguns usam este termo de modo a abranger qualquer tipo de medida que visa recuperar algum incremento de valor do solo (*unearned increment*) independentemente da sua causa, desde que não imputável aos esforços ou investimentos dos proprietários, enquanto que outros o relacionam com instrumentos que resultam da regulação pública do solo ou da realização de obra ou serviços públicos³.

UM-Habitat nesta matéria (<https://unhabitat.org/>) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (<https://www.oecd.org/cfe/cities/land-value-capture.htm>).

³ “Land Use Regulations and Property Values: The ‘Windfalls Capture’ Idea Revisited”, in *The Oxford Handbook of Urban Economics and Planning* (Nancy Brooks, Kieran Donaghy, and Gerrit-Jan Knaap, eds.) Oxford University Press, 2012, pp. 755-786. A distinção feita em texto entre mecanismos de captura do solo diretos e indiretos foi inspirada neste texto da Autora.

Sobre estas questões conceptuais, cf. Andreas HENDRICKS, Armand AUZINS, Vida MALIENE, “Terminology and Concept Clarification”, in *Public Value Capture of Increasing Property Value across Europe*, (J-M. Halleaux, A Hendricks, B. Nordhalt, V. Maliene, eds), Vdf, 2023, pp. 17-24.

A necessidade de recuperação de mais-valias, não permitindo, assim, a sua integral apropriação pelos proprietários dos solos tem várias motivações. Desde logo, a de que esta pode ser uma forma adequada de limitar a especulação fundiária, bem como de contrabalançar tendências para a concentração da propriedade. Por outro lado, porque pode auxiliar a inverter a tendência para a não criação de “bolsas privadas” para fins de interesse público/sociais, bem como afetar melhor os recursos públicos que deixam de ser vocacionados para a viabilização de empreendimentos privados, permitindo o mais adequado cumprimento de finalidades públicas mais amplas.

Além disso, se se utilizarem mecanismos de recuperação de parte das mais-valias é possível internalizar custos e benefícios e tornar mais visível o impacto da operação urbanística promovida, promover a afetação de áreas privadas a usos de interesse público ou a previsão de áreas que são transferidas para esse fim, conseguir-se financiamento para ações públicas (de desenvolvimento, conservação, valorização) e ações inclusivas (a que o mercado imobiliário usualmente não dá resposta), ao mesmo tempo que, se o valor das mais-valias for adequadamente fixado, não se desencoraja a urbanização nem aumentam os custos de construção.

Para efeitos mais operacionais, concebemos a captura de mais-valias como forma de participação parcial na recuperação de benefícios por parte de entidades públicas, relativamente a atividades levadas a cabo por privados e prestados por estes que geraram aumento de valor dos bens, mas que apenas foram possíveis por força da intervenção constitutiva e decisiva daquelas entidades públicas, seja através da realização de infraestruturas essenciais; através da alteração de regras de planeamento, seja através da provisão de serviços públicos necessários para a dotação de uma área da capacidade de desenvolvimento urbanístico.

Os desdobramentos desta noção apontam para vários elementos essenciais:

- **A recuperação de benefícios** (efetuada por várias formas, tais como impostos, taxas, encargos específicos de mais-valias, cedências, compensações, previsão de áreas privadas para fins públicos, transferências de edificabilidade, etc.);
- **por entidades públicas** (aqui se diferencia a recuperação das mais-valias dos mecanismos estritos de perequação, na parte em

que se referem a um instrumento de equidade entre privados inseridos numa área de intervenção de um projeto);

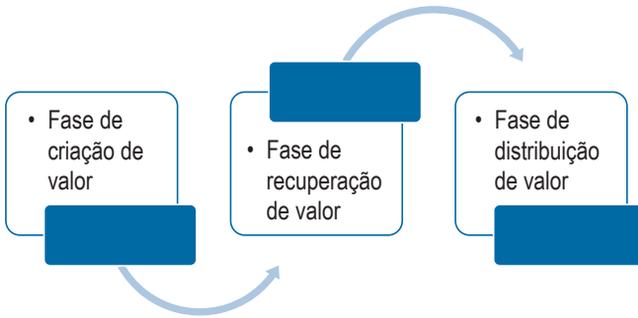
- **Relativamente a atividades levadas a cabo por privados e prestados por estes** (o que permite diferenciar o conceito de recuperação de mais-valias de outros que lhe são próximos em termos de função, mas que são levados a cabo pelas próprias entidades públicas, como sucede com a aquisição de terrenos públicos para urbanização ou controlo do desenvolvimento urbano ou a constituição de direitos de superfície a favor de entidades privadas – globalmente o chamado *strategic land management*)⁴;
- **aumento de valor dos bens por força da intervenção daquelas entidades públicas**, uma vez que é por força de uma intervenção constitutiva e específica da Administração que aquele incremento é possível, não se devendo, portanto, ao interessado ou a razões de política económica geral.

Nesta noção incluem-se os instrumentos diretos de captura de mais-valias, que têm como efeito a captura de mais-valias de ordem económica e que são conseguidos essencialmente por intermédio de medidas de natureza fiscal e tributária; mas também os mecanismos indiretos de captura de mais-valias, com os quais se pretende gerar rendimento alocar espaço para o cumprimento de finalidades públicas relacionadas, em regra, com o adequado ordenamento espacial.

Em grande medida, são estes últimos mecanismos (os indiretos) que nos interessam, uma vez que são eles que permitem não só a recuperação do valor das mais-valias, mas também a sua aplicação mais visível em favor da comunidade, sendo, assim, instrumentos não só de reequilíbrio económico e financeiro, como ainda de promoção de um ordenamento do solo guiado por preocupações de socialidade e de equilíbrio e equidade territorial.

Conseguir-se-á, assim, o fecho do circuito que tem vindo a motivar os estudos mais recentes em matéria de recuperação de mais-valias urbanísticas e que se referem a três fases essenciais: a de criação de valor, a de recuperação de valor e a de distribuição de valor.

⁴ Contudo, esta noção não exclui a possibilidade de a recuperação de mais-valias poder ser considerada relativamente a projetos de iniciativa ou condução público-privada.



De facto, os encargos de mais-valias, de natureza fiscal ou tributária e, em regra de imposição estadual, bastam-se com a recuperação das mais-valias, não incorporando grandes preocupações de desenvolvimento e equidade territorial, para além da relação individual proprietário-Estado. Em regra, as receitas provenientes da recuperação de valor não são consignadas nem afetadas de forma visível a certos projetos de interesse público relacionados com um ordenamento territorial inclusivo, equitativo e sustentável.

Em Portugal, o enquadramento para estes encargos encontrava-se na Lei n.º 2030, de 22 de junho de 1948, regulada pelos artigos 78 a 86 do Decreto-Lei n.º 43587, de 8 de abril de 1961, que permitiam a sujeição ao encargo dos prédios rústicos não expropriados previamente delimitados, “*que, em virtude de obras de urbanização ou da abertura de grandes vias de comunicação ou de simples aprovação de planos de urbanização ou projectos, aumentem consideravelmente de valor pela possibilidade da sua imediata aplicação como terrenos de construção urbana*”⁵. O encargo fixado era de 50 por cento da importância fixada, devido no momento da edificação e devendo ser pago à entidade que fizer as obras pelo proprietário do terreno. Não obstante estes diplomas já não serem aplicáveis, há ainda que mencionar o Decreto Regulamentar n.º 4/83, de 25 de Janeiro, que estabelece o encargo de mais-valia sobre áreas valorizadas por virtude de construção de estradas, e a Lei n.º 168/99, de 18 de setembro.

⁵ Encontram-se ainda alguns encargos específicos disperses no território e no tempo, como o previsto no Decreto-Lei n.º 41616, de 10 de abril de 1958, no Decreto-Lei n.º 46950, de 9 de abril de 1966 e no Decreto-Lei n.º 51/95, de 20 de março.

Esta Lei (que aprova o ainda atual Código das Expropriações), não obstante remeter para regulamentação do encargo de mais-valias “*a que se refere o n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 2030, de 22 de Julho de 1948*” (legislação esta que foi revogada), não deixa de prever que aquela regulamentação cabe exclusivamente à assembleia municipal competente quando estejam em causa obras de urbanização ou de abertura de vias de comunicação municipais ou intermunicipais, competindo à câmara municipal determinar as áreas concretamente beneficiadas.

A nossa posição é que não obstante a revogação da Lei n.º 2030, de 22 de Julho de 1948, há outros fundamentos para que seja possível a imposição de formas de recuperação de mais-valias, desde logo pela sua previsão expressa na Lei n.º 31/2014, de 30 de maio, que estabelece a Lei de bases gerais da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo. Assim resulta expressamente nos termos do 64.º e seguintes que concebem as mais-valias como mecanismos de equidade, que podem ser estabelecidos por plano ou por ato administrativo (artigo 64.º, n.º 4), devendo os planos territoriais fundamentar os processos de mais-valias fundiárias e definir os critérios para a sua parametrização e redistribuição.

Em qualquer caso, esta alteração de fundamentação legal mostra que o legislador passa a preferir – talvez em face da pouca utilização e dos efeitos mais limitados dos encargos de mais-valia, bem como do facto que estes conduziram de forma mais imediata ao aumento dos preços dos prédios – as compensações por mais-valias⁶ que têm uma natureza essencialmente financeira, usualmente ligadas a finalidades mais amplas (que ultrapassam a relação proprietário-Administração) visando a própria recuperação de mais-valias concorrer para a satisfação de finalidades públicas dos solos, podendo ou devendo as receitas ser consignadas ou, pelo menos, tendencialmente funcionalizadas a esses objetivos.

⁶ A distinção entre encargos por mais-valias e compensações de mais-valias, afeiçoa-se bem ao nosso ordenamento jurídico e aos conceitos nele utilizados. Martim SMOLKA, *Implementing Value Capture in Latin America – Policies and Tools For Urban Development*, Lincoln Institute of Land Policy, 2013, faz distinção entre vários tipos de mecanismos de recuperação de mais-valias que podem ser agrupados naqueles dois grandes tipos (disponível em: https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/implementing-value-capture-in-latin-america-full_1.pdf).

Por isso mesmo, o artigo 66.º da Lei de Bases refere que constituem tipos de redistribuição de benefícios e encargos, no que agora interessa, a: “a) *Afetação social de mais-valias gerais atribuídas pelo plano territorial de âmbito intermunicipal ou municipal;*

(...) e a c) *Contribuição com áreas para a implementação, instalação e renovação de infraestruturas, equipamentos, habitação pública, a custos controlados ou para arrendamento acessível, espaços verdes e outros espaços de utilização coletiva.*”

3. Captura de mais-valias em Portugal

3.1. Em Portugal existem já mecanismos que se podem qualificar como de captura de mais-valias tais como sucede, no âmbito de operações urbanísticas de loteamento/reparcelamento e de impacto semelhante a loteamento ou de impacte urbanístico relevante, a imposição legal de parâmetros de dimensionamento, cedências e compensações (artigo 43.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico da Urbanização e Edificação)⁷.

Neste âmbito, o artigo 43.º (e, por remissão, os artigos 44.º, n.º 5 e 57.º, n.º 5 do mesmo diploma) estabelecem que aqueles projetos devem prever áreas destinadas à implantação de espaços verdes e de utilização coletiva, infraestruturas viárias e equipamentos. Estas áreas devem constar de plano municipal e, quando este não as especifique, deverão corresponder às previstas na Portaria n.º 216-B/2008, de 3 de março, alterada pela Portaria n.º 75/2024, de 29 de fevereiro.

Ilustrativamente apresentamos os parâmetros no caso de habitações em moradia unifamiliar (ao que se somarão outros parâmetros previstos para habitação coletiva, comércio, serviços e indústria e/ou armazéns):

⁷ Cf. sobre a situação em Portugal, OECD/Lincoln Institute of Land Policy, PKU-Lincoln Institute Center, *Global Compendium of Land Value Capture Policies*, OECD Regional Development Studies, OECD Publishing, 2022, <https://doi.org/10.1787/4f9559ee-en>. pp. 200-203.

| Tipo de ocupação | Espaços verdes e de utilização coletiva | Equipamento de utilização coletiva/habitação pública, de custos controlados ou para arrendamento acessível | Infraestruturas - estacionamento (a) |
|----------------------------------|---|--|--|
| Habitação em moradia unifamiliar | 28 m ² /fogo | 35 m ² /fogo | <p>1 lugar/fogo com a. c. (menor que) 120 m².</p> <p>2 lugares/fogo com a. c. (igual ou maior que) 120 m² e (igual ou menor que) 300 m².</p> <p>3 lugares/fogo com a. c. (maior que) 300 m².</p> <p>O número total de lugares resultante da aplicação dos critérios anteriores é acrescido de 20 % para estacionamento público.</p> <p>Habitação pública, de custos controlados ou para arrendamento acessível: 1 lugar/fogo.</p> <p>O número total de lugares resultante da aplicação do critério anterior é acrescido de 10 % para estacionamento público.</p> |

O que significa que, em cada daquelas operações, parte da área por elas coberta deve estar destinada a estas finalidades (devidamente assinaladas na planta de implantação da operação), não podendo ser individualmente apropriada pelo proprietário, por não configurarem lotes alienáveis como tal.

O destino das parcelas destinadas àquelas finalidades de interesse público serão, em princípio, cedidas gratuitamente aos municípios e integradas no seu domínio municipal, o que representa uma forma de captura de mais-valias geradas pela aprovação da operação urbanística privada de parte da sua área de incidência. Caso não se justifiquem aquelas cedências, porque não cumprem os requisitos (de área ou de localização) definidos pelo município ou porque não são necessárias (não se justificando a sua previsão, desde logo porque a área servida pela operação urbanística já está servida para aqueles fins), o proprietário deverá pagar uma compensação em numerário ou em espécie no

valor que teria de suportar com aquelas cedências (artigo 44.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

Ainda que haja algumas dificuldades na concretização destas disposições (desde logo, a de identificação e concretização das áreas a ceder; a da existência de múltiplas formas – uma por município – de fixar as compensações em numerário; e a de alguma indefinição sobre os termos em que se podem concretizar as compensações em espécie), a verdade é que é este o quadro-base da captura indireta de mais-valias em Portugal.

3.2. É possível ainda que os planos territoriais possam ir para além do disposto naquelas disposições do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação e criar, nos termos da Lei de Bases, os seus próprios esquemas de recuperação de mais-valias, no âmbito do exercício das suas opções próprias de planeamento⁸.

É possível, de facto, a criação de formas de captura de mais-valias que permitam disponibilizar (melhor, impor a disponibilização) de áreas de solo urbano, públicas ou privadas, dirigidos a objetivos sociais e ambientais, mesmo que localizadas além da área da operação urbanística em apreço e sem relação específica com esta (como sucede com o zonamento inclusivo no Porto) ou então que permitam a contribuição para certos projetos de interesse comunitário, seja através do pagamento de compensações de mais-valias relacionadas com operações pré-definidas (que implicam especiais medidas de natureza pública, em particular quando envolvam alterações da regulação do solo que excedam o que pode ser considerada como uma normal gestão urbanística).

Note-se que estas compensações por mais-valias podem ser objeto de negociação, por exemplo no âmbito da elaboração dos Planos (usualmente enquadrados por contratos para planeamento), através

⁸ De facto, encontrando-se base legal para o efeito, não se tratará de compensações ilegais, desde que devidamente fundamentadas e calculadas de forma proporcional ao ganho auferido (não caindo, assim, no campo das compensações ilegais a que se refere o artigo 117.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). Além disso, há que dar conta que não é possível por esta via violar normas imperativas, como as da contratação pública, pelo que não será possível fora de situações muito específicas (como a prevista no artigo 25.º do Regime Geral da Edificação e Urbanização) realizar obra pública como forma de cumprir as exigências de recuperação de mais-valias.

dos quais, designadamente, se pode concertar que certos encargos (por exemplo de conservação e de abertura ao público de áreas privadas de interesse ambiental).

As possibilidades de desenho destas medidas são deixadas à discricionariedade municipal. Contudo, como já antevimos, é importante que, tratando-se de medidas de imputação municipal, relacionadas com o ordenamento territorial aliado a um específico espaço ou projeto, tenham como função última a distribuição do valor arrecadado pela comunidade, seja afetando aquele valor a infraestruturas ou serviços públicos que o mercado não assegura (o que manifestamente acontece com as áreas de habitação social ou apoiada) ou não assegura suficientemente (como sucede com a habitação acessível ou a custos controlados); seja mitigando os impactos do projeto no ambiente ou paisagem envolvente (através do financiamento de projetos de conservação ambiental, de melhoria da qualidade do ar e de diminuição da poluição).

E é nesse sentido que aponta a própria Lei de Bases que, ainda que se desinteressando do momento da definição concreta das mais-valias a recuperar, não deixa de apontar um modelo para que o valor arrecadado possa ser funcionalizado a finalidades de interesse público.

Efetivamente, o artigo 68.º, n.º 2 explicita que “*As mais-valias originadas pela edificabilidade estabelecida em plano territorial são calculadas e distribuídas entre os proprietários e o fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística*”, sendo neste último caso individualizado um mecanismo que permite proceder adequadamente à aquela distribuição⁹.

Este fundo corresponde a uma obrigação legal, a ser delineada por cada Município e permite a consignação de receitas para os fins identificados: “*Os municípios devem constituir um fundo municipal de sustentabilidade ambiental e urbanística, ao qual são afetadas receitas resultantes da redistribuição de mais-valias, com vista a promover a reabilitação urbana, a sustentabilidade dos ecossistemas e a prestação de serviços ambientais, sem prejuízo do município poder afetar outras receitas urbanísticas a este fundo, com vista a promover a criação, manutenção e reforço de*

⁹ Refira-se que não se deve confundir aquele fundo – o FMSAU com o “fundo de compensação” previsto no artigo 152.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. Este refere-se a “cada unidade de execução”, integrando apenas os parceiros dessa operação urbanística e sendo “*gerido pela Câmara com a participação dos interessados*”

infraestruturas, equipamentos ou áreas de uso público.” (artigo 62.º, n.º 4).

Contudo, para que cheguemos a este momento (da distribuição) é necessário que os Municípios assumam de forma adequada a fundamentação e o estabelecimento das situações em que, por virtude dos planos, é exigida a recuperação de mais-valias – exercício este que não vemos que genericamente esteja a ser levado a cabo nos procedimentos de alteração e revisão dos Planos Diretores Municipais.

De facto, sendo os municípios os recetores destas mais-valias, é importante que por eles sejam identificadas que mais-valias devem ser capturadas, bem como que se identifiquem os respetivos critérios (que possam ser aplicados de forma similar a todas as situações que se desenrolem no âmbito municipal) incluindo o respetivo momento de cobrança e as formas da sua prestação.

Como já referimos a outro propósito, este fundo *“pode ser alimentado por um conjunto de receitas, essencialmente aquelas que resultem de operações urbanísticas para as quais os planos determinem que aquele Fundo deve ser o recipiente de mais valias exigíveis em função daqueles planos, desde logo compensações pecuniárias por excesso de edificabilidade ou por insuficiente cedência para infraestrutura geral ou para habitação acessível (no caso em que os Planos incluam esta dimensão nas suas provisões); cedências de terrenos com edificabilidade ou vendas de terrenos que lhe tenham sido afetos. É igualmente de admitir que possam ser feitas doações em benefício do Fundo por parte de quem se reveja nas finalidades para o qual o mesmo foi criado; ou que sejam criadas mais valias específicas para certos projetos de grande impacto ambiental e urbanístico, por exemplo para empreendimentos que criem grandes áreas de estufas ou de painéis solares.*

Uma outra opção que deve, a nosso ver, necessariamente, conduzir à visível “recuperação” de mais valias pelo município, prende-se com a situação de reclassificação de solo rústico em urbano, por via de plano de pormenor com efeitos registais, nos termos do artigo 72.º do RJIGT, uma vez que a excecionalidade daquela solução, aliada à consumpção de solo rústico, dita a necessidade de uma especial oneração destas operações”¹⁰.

¹⁰ Fernanda Paula OLIVEIRA, Dulce LOPES, “O Regime Económico Financeiro no Planeamento Territorial: Um breve Excurso”, in *Boletim de Ciências Económicas* LXVI (2023), no prelo.

De facto, quer-nos parecer, como já o antevimos, que todas as opções de planeamento (ou de execução do plano) que excedam o que seria uma normal gestão urbanística, por exemplo por via daquela reclassificação ou de situações similares (como a alteração de categoria de uso do solo ou a alteração de regras de edificabilidade que permitam a viabilização de edificabilidades muito superiores às anteriores, designadamente em altura) ou então pela localização de investimentos de cariz excecional (e nalguns casos estratégicos) com impacte territorial evidente (como grandes zonas de estufas ou de exploração energética ou geológica) não podem senão ser objeto de captura das mais-valias obtidas por via da intervenção da Administração.

Para que tal seja conseguido na prática é, porém, preciso que os instrumentos de mais valia sejam ajustados às especificidades territoriais (nem todos os mesmos municípios podem definir os mesmos encargos em termos de tipologia e de incidência), desenhados de forma mais simples possível e aplicados de maneira uniforme, transparente e objetiva, de modo a afastar quaisquer riscos de favoritismos ou de prejudicialidades. Por isso, é essencial que os municípios se munam ou formem profissionais competentes nesta área e que os políticos assumam esta sua importante função territorial.

4. Notas conclusivas

A recuperação de mais-valias urbanísticas é um instrumento tradicional de intervenção da Administração, mas cujas formas de intervenção se encontram ainda em desenvolvimento e, nalguns casos, em experimentação.

Não espanta que a forma de captura indireta de mais-valias urbanísticas que tem vindo a ser mobilizada na prática seja a das cedências (e compensações) previstas no Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, precisamente por serem necessárias por lei e por terem um regime que, ainda que dotado de alguma flexibilidade, é objetivo e facilmente concretizável.

Já as situações em que são os próprios Municípios que devem estabelecer mecanismos de captura de mais valias urbanísticas através dos seus instrumentos de planeamento são bastante menos frequentes, seja porque não há vontade política para o efeito, com o receio de que, ao exigir mais encargos aos proprietários, tal impeça a concretização de

investimento local, seja porque não tem havido suficiente capacidade administrativa e criatividade jurídica para desenhar de forma de captura de mais-valias que façam sentido do ponto de vista territorial.

Deve-se, portanto, se é para tomar a captura de mais-valias a sério em Portugal, incentivar a sua utilização pelos municípios, providenciando informação e formação sobre o modo como devem ser implementados, buscando um ponto ótimo entre o equilíbrio e equidade territorial e a promoção do investimento privado, sobretudo aquele que pode trazer valor para a comunidade.

Referências

- ALTERMAN, Rachele (2012). “Land Use Regulations and Property Values: The ‘Windfalls Capture’ Idea Revisited”, in *The Oxford Handbook of Urban Economics and Planning* (Nancy Brooks, Kieran Donaghy, and Gerrit-Jan Knaap, eds.) Oxford University Press, 755-786.
- HENDRICKS, Andreas, AUZINS, Armand, MALIENE, Vida (2023). “Terminology and Concept Clarification”, in *Public Value Capture of Increasing Property Value across Europe*, (J-M. Halleaux, A Hendricks, B. Nordhalt, V. Maliene, eds), Vdf, 17-24.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula, LOPES, Dulce, “O Regime Económico Financeiro no Planeamento Territorial: Um breve Excurso”, in *Boletim de Ciências Económicas LXVI* (2023), no prelo.
- SMOLKA, Martim (2013). Implementing Value Capture in Latin America – Policies and Tools For Urban Development, Lincoln Institute of Land Policy, 2013, disponível em https://www.lincolninst.edu/sites/default/files/pubfiles/implementing-value-capture-in-latin-america-full_1.pdf.
- OECD/Lincoln Institute of Land Policy, PKU-Lincoln Institute Center (2022) *Global Compendium of Land Value Capture Policies*, OECD Regional Development Studies, OECD Publishing, 2022, <https://doi.org/10.1787/4f9559ee-en>, 200-203.

EL EFECTO RECTOR DE LA LEY PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL Y CLIMÁTICA A TRAVÉS DEL DERECHO

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/07>)

KATHRIN NITSCHMANN¹

Resumen: La cuestión del efecto rector del Derecho para la protección del clima y el medio ambiente exige una perspectiva supra ordenada, cuya respuesta no deja de ser importante para el ámbito de la planificación sostenible. Por supuesto, la pregunta no puede responderse sin situarla en un contexto histórico-político y cultural, por lo que exige una visión holística que implique a los actores e instituciones relevantes. Desde un punto de vista jurídico, la ciencia de la Tierra sirve hoy más que nunca como punto de referencia científico-sustantivo, como dejó explícitamente claro el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG) en su decisión de marzo de 2021 sobre la Ley de Protección del Clima. Este artículo pretende dar algunos impulsos sobre las posibilidades y los límites del control de la protección del medio ambiente y del clima a través del Derecho y, para ello, retoma algunos desarrollos actuales en un contexto global con el fin de hacer más tangibles las brechas emergentes entre las necesidades fácticas, el Derecho escrito, la aplicación de la ley, el Derecho sentenciado y las sensibilidades de la población. La investigación va acompañada de la cuestión fundamental del papel de los tribunales como instancias correctoras.

Palabras claves: Principio de Precaución; Derecho al medio ambiente; Derechos de la naturaleza; Derecho ecológico; Protección del clima.

¹ Profesora de Derecho Administrativo, Universidad de Ciencias Aplicadas Trier, Campus Ambiental, Birkenfeld

Abstract: The question of the guiding effect of law for climate and environmental protection requires a supra-ordered perspective, the answer to which is not without significance for the field of sustainable planning. Of course, the question cannot be answered without placing it in a historical-political and cultural context and therefore requires a holistic view involving the relevant actors and institutions. From a legal point of view, Earth science serves today more than ever as a substantive-scientific point of reference, as the German Federal Constitutional Court made explicitly clear in its March 2021 decision on the Climate Protection Act. This article aims to give some impulses on the possibilities and limits of controlling environmental and climate protection through law and, for this purpose, takes up some current developments in a global context in order to make the emerging gaps between factual needs, written law, law enforcement, sentenced law and the sensitivities of the population more tangible. The research is accompanied by the fundamental question of the role of the courts as corrective bodies.

Key words: Precautionary Principle; Right to the environment; Rights of nature; Ecological law; Climate protection.

Introducción

En la literatura jurídica ya se oyen voces en los años setenta, con el trasfondo de los descubrimientos de la “ciencia de la tierra”, que expresan su preocupación por la capacidad de carga del planeta. Al mismo tiempo reclaman una reorientación de la política y una acción coherente tanto como cuestionan explícitamente el comportamiento de los consumidores y el continuo crecimiento económico². La conciencia de que hay que respetar los límites de los recursos medioambientales y de que el crecimiento debe gestionarse eficazmente dentro de este marco está omnipresente desde el informe de 1987 “Nuestro futuro común” de la “Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, o “Comisión Brundtland” para abreviar³. Sin

² Rehbinder, Eckard, Grundfragen des Umweltrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 3/1970, pp. 250-256.

³ Naciones Unidas, Informe de la Asamblea General de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1987, A/42/427, <http://digitallibrary.un.org/record/139811> (29.12.22).

embargo, el statu quo planetario actual pone de manifiesto que la era del desarrollo económico respetuoso con el medio ambiente no se ha inaugurado de forma efectiva desde entonces, sino que existen déficits de aplicación o faltas de eficacia de las medidas de protección medioambiental contra el uso excesivo de los recursos ecológicos. La exigencia de una transformación ecológica de la sociedad es una de las más urgentes de la agenda política y continúa entonces como ahora, aunque en parte con nueva terminología, en el plano del debate jurídico: Actualmente, son los debates sobre los derechos inter-temporales de libertad, los derechos propios de la naturaleza y la ecologización del derecho los que configuran el panorama. Sin embargo, siempre se ha tratado de proteger la naturaleza del comportamiento humano excesivo, es decir en su esencia del control del comportamiento humano, incluyendo la vista a las generaciones del mañana y sus posibilidades de seguir disfrutando de una vida en libertad en el futuro.

Si, en este contexto, se deja vagar la mirada del pasado al presente y se sitúan los hallazgos bajo la luz de la ética de las acciones humanas de C. Wolff completada con el concepto principal de A. Schweitzer de la reverencia a la vida,⁴ es obvio que, al menos desde una perspectiva ecológico-histórica, la regla: *“Haz lo que te haga a ti y a tu condición o a la de los demás más perfecta; abstente de hacer lo que la haga más imperfecta”*⁵, no ha sido aplicada. Más bien se abre un dilema conocimiento-acción con lo cual se plantea la cuestión de qué ha ocurrido o no desde las primeras conclusiones críticas y - en lo que respecta a nuestro tema - qué papel desempeña en ello el derecho. Habida cuenta de la interdisciplinariedad e internacionalidad del tema, la cuestión no puede responderse exclusivamente desde una perspectiva jurídica, ni tampoco desde una perspectiva puramente nacional. En cuanto al contenido, se despliega por una multitud de factores, cuyo examen detallado rebasaría el ámbito de estas reflexiones. Desde la perspectiva del Derecho, instituciones como el poder legislativo, judicial y ejecutivo son naturalmente de importancia, y deben a vez considerarse en interacción con la política jurídica, la ciencia

⁴ Schweitzer, Albert, *Die Ehrfurcht vor dem Leben*, München 2020, p. 20.

⁵ Wolff, Christian, *Vernünfftige Gedancken von der Menschen Thun und Lassen, zu Beförderung ihrer Glückseligkeit den Liebhabern der Wahrheit mitgetheilet*, en: *Gesammelte Werke*, Hildesheim/New York, 1983, vol. 3 § 12.

(jurídica) y la sociedad en general. En última instancia, se trata del intento de controlar el uso del capital natural existente de forma que sirva a la colectividad como base para la existencia a largo plazo y, más allá de eso, ayude a garantizar el bienestar, lo cual conduce a una consideración de todo el sistema y sus componentes: política, derecho, economía, ciencia, sociedad y más allá de categorías como la conciencia, la moralidad, la humanidad, la solidaridad, la justicia - ergo: del comportamiento humano en general.

A continuación, se destacan algunos impulsos seleccionados sobre la dirección de la protección medioambiental y climática por parte del Derecho que dominan el debate desplegándose entre derecho escrito, derecho interpretado y derecho aplicado.

1. Más vale prevenir que curar: precaución para la ecología y para la libertad a través del Derecho

1.1. El principio de precaución: la interacción de las ciencias

“Más vale prevenir que curar” – esta visión legalmente muy debatida al nivel europeo e internacional⁶, es una máxima de actuación en la política medioambiental y climática mundial desde la década de 1970 y puede encontrarse como “principio de precaución” tanto en las declaraciones y convenios marco pertinentes de las Naciones Unidas⁷ como a nivel europeo anclado en el Tratado de Maastricht y, ahora, en el art. 191 del TFUE, donde se vincula a la sostenibilidad a través de la cláusula de integración del art. 11 del TFUE⁸. En Alemania, el principio de precaución también se ha destacado como principio rector de la política medioambiental desde la década de 1970 y está inmanente en el objetivo de protección estatal del artículo 20a de

⁶ Los retos a que se enfrentan los responsables de la toma de decisiones debido a la diversidad de opiniones al respecto dieron lugar, entre otros, a un dictamen de la Comisión Europea en el que se abordaba la cuestión de la evaluación científica y su pertinencia en Derecho, COM (2000) 1 final.

⁷ Naciones Unidas, Convención Marco sobre el Cambio Climático, 9 de correo de 1992, Reg. n° 30822, Colección de Tratados de la ONU, Vol. II Cap. 27, 7, por ejemplo, art. 3 no. 3; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992, Principio 15.

⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 - versión consolidada, DO C 202 de 7.6.2016, p. 47-360.

la Ley Fundamental como requisito normativo para describir los límites ecológicos.⁹ Además se encuentra en el contenido de numerosas disposiciones de la legislación medioambiental alemana, teniendo en cuenta las directivas y visiones mundiales y europeas. Prueba de ello son las normas sobre la finalidad de diversas leyes o en concreto sobre la planificación que exigen la consideración de los aspectos de protección del medio ambiente (por ejemplo §§ 13 y ss. y §§ 22 y ss., § 40c BNatSchG, § 2 (2) n° 6 ROG, §§ 1 (5), 1a BauGB, § 50 BImSchG; UVPG o, por ejemplo, en reglamentos sobre la finalidad de diversas leyes de protección del medio ambiente -por ejemplo, § 1 BImSchG, § 6 WHG¹⁰).

El principio se basa en la constatación de que la protección eficaz del medio ambiente no es posible únicamente a través de medidas represivas y reparadoras, sino que requiere la limitación temprana de los impactos nocivos. Más allá de las sutilezas terminológicas que surgen, por ejemplo, con respecto a los términos franceses “prévention” y “précaution”, existe acuerdo en que tanto el enfoque de la prevención en el caso de efectos y contextos conocidos, (“prévention”), como el de la precaución en el caso de efectos y contextos desconocidos (“précaution”), son inherentes a ella. Se trata de un matiz que probablemente será relevante a la hora de abordar los reglamentos y decisiones que concretan el principio en casos individuales¹¹.

En aplicación de este principio, si existe una amenaza de daño grave e irreparable, los Estados no pueden aplazar la adopción de medidas para evitar el deterioro aunque se carezca de una certeza científica completa y exista un “non liquet”¹², más bien, están obligados a constituir una “reserva de certeza” sobre el trasfondo de un potencial abstracto

⁹ Véase Calliess, Christian, *Rechtsstaat und Umweltstaat, Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, 2001, pp. 114 y ss., 181 y ss.; Calliess, Christian, *Vorsorgeprinzip, planetare Grenzen und Climate Engineering in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, no. 142.

¹⁰ Ley Federal de Conservación de la Naturaleza, Ley Federal de la Construcción Urbana, Ley Federal de Control de Inmisiones, Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, Ley Federal de Aguas.

¹¹ Continuando desde una perspectiva suiza, Thurnherr, Daniela, *Vorsorgeprinzip, Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure*, dictamen pericial encargado por la Oficina Federal de Medio Ambiente, Basilea 2020.

¹² Sobre las ocasiones de recurrir al principio de cautela, véase la Comunicación de la Comisión, COM (2000) 1 final, pp. 15-18.

de preocupación.¹³ En los procedimientos, el principio puede tener el efecto de desplazar la carga de la prueba siguiendo el modelo legal de presunción *iuris tantum* de peligrosidad, sin exagerar, por supuesto, los requisitos del grado de prueba¹⁴.

Para la aplicación del principio de precaución, la Comisión Europea ha identificado tres principios como “directrices comunes”: La evaluación científica de los riesgos debe ser lo más exhaustiva posible y, en la medida de lo posible, determinar el grado de incertidumbre científica; sobre esta base, debe llevarse a cabo una evaluación de los riesgos y una evaluación de las posibles consecuencias de la inacción; una vez que se disponga de los resultados de la evaluación científica y/o de la evaluación de los riesgos, todas las partes interesadas deben participar en la investigación de las medidas de precaución adecuadas y necesarias¹⁵. Al mismo tiempo se insiste explícitamente en la continuación de los principios generalmente conocidos de gestión de riesgos e interfaces con la ley, a saber, el principio de proporcionalidad, el principio de no discriminación, el principio de coherencia, el principio de justa consideración y el principio de búsqueda del desarrollo científico¹⁶.

De este modo, el principio de precaución traslada los hallazgos de las ciencias del sistema terrestre al derecho como componente normativo y al tratar de evitar presiones críticas y puntos de inflexión puede contribuir a garantizar un “nivel ecológico de subsistencia” en relación con la constitución¹⁷. Así, aplicada en interacción coherente y transparente con las ciencias pertinentes, puede ser un elemento para llegar a la “igualdad del punto de partida como oportunidad para realizar la libertad” y por tanto, va más allá de la fórmula de conciliar la libertad de uno con la libertad del otro: Además incluye la dimensión de la

¹³ En detalle Callies, Christian, *Möglichkeiten und Grenzen eines “Klimaschutz durch Grundrechte”* (Klimaklagen) *Zugleich ein Beitrag zum Vorschlag von Ferdinand von Schirach für ein Grundrecht auf Umweltschutz*, en: *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, n° 129, pp. 1-24, 19s.

¹⁴ Callies, Christian *Klimapolitik und Grundrechtsschutz - Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*- *ZUR* 2021, pp. 323-332, 330.

¹⁵ COM (2000) 1 final, p. 19 y siguientes.

¹⁶ COM (2000) 1 final, p. 20 y ss.

¹⁷ Callies, Christian *Möglichkeiten und Grenzen eines “Klimaschutz durch Grundrechte”* (Klimaklagen) *Zugleich ein Beitrag zum Vorschlag von Ferdinand von Schirach für ein Grundrecht auf Umweltschutz*, in: *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, No. 129, pp. 1-24, 19s.

realización relacionada con la libertad con el enfoque a las generaciones futuras o la “población esperada”¹⁸.

Si se examina más de cerca, el principio de precaución y su diseño nacional e internacional están asociados a una serie de cuestiones de naturaleza tanto jurídica como práctica; entre ellas, por ejemplo, el alcance de su contenido, las obligaciones resultantes y los límites de actuación de los agentes responsables y, no menos importante, la interacción con el principio de proporcionalidad. Con este telón de fondo y teniendo en cuenta que en el ámbito de la protección del medio ambiente y del clima se trata de procesos altamente retroalimentados de condiciones que se presuponen mutuamente y que son relativos y cambiantes, se articulan en el debate jurídico problemas de coherencia¹⁹. Estos últimos se deben al hecho de que a los actores en cargo del principio de precaución y del programa de acción que de él se deriva se les reconoce un considerable margen de decisión. El hecho de que este imperativo multifuncional, que se ha incorporado al Derecho bajo las premisas de la prevención de riesgos y la conservación de los recursos naturales, siempre tiene que enfrentarse a otros intereses en el marco de una ponderación “justa” y puede ser un punto débil y la razón de su desarrollo y aplicación incoherentes y poco fiables en el Derecho alemán. Al mismo tiempo, sin embargo, el componente de incertidumbre inherente al principio también puede ser su punto fuerte, si se aplica plenamente de una manera orientada al futuro en favor de los fundamentos naturales de la vida, como lo demuestra el BVerfG

¹⁸ En el contexto de la salvaguardia de la libertad frente al poder social, véase Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt 1991, especialmente pp. 266, 270 y ss.; sobre los fundamentos de un mínimo de subsistencia ecológico en el Derecho constitucional alemán, véase Calliess, Christian, Klimapolitik und Grundrechtsschutz - Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?- ZUR 2021, pp. 323-332, 329.

¹⁹ Sobre el método de análisis de la cadena de impacto como método de evaluación de la coherencia en el contexto de la política medioambiental Wolff Franziska/ Jacob Klaus/Guske Anna-Lena / Heyen Dirk Arne/ Hüsing Thomas Kohärenzprüfung umweltpolitischer Ziele und Instrumente. Informe final para el proyecto UFOPLAN “Kohärenzprüfung umweltpolitischer Ziele und Maßnahmen für Zwecke der Umweltberichterstattung”, Agencia Federal del Medio Ambiente TEXTE 76/2016; desde una perspectiva suiza Uhlmann Felix/Aemisegger, Heinz/Spiess, Angelika Kohärenz - Allgemeine Bestimmungen (Grundprinzipien, Begriffe) in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes, Gutachten im Auftrag des Bundesumweltamtes BAFU, Universität Zürich 2018.

en su muy comentada Decisión sobre el clima 2021, al referirse a los obligaciones especiales derivados del artículo 20a de la Ley Fundamental (GG), señalando explícitamente que, a pesar de la incertidumbre científica existente sobre las relaciones causales relevantes en el ámbito medioambiental, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se produzcan alteraciones graves o irreversibles si existen indicios fiables²⁰.

La decisión del BVerfG manifiesta en el sentido de un acoplamiento estructural la dependencia del Derecho de otras ciencias para constituir la decisión jurídica. Esto vale tanto para la concreción del requisito de protección del clima del artículo 20a de la Ley Fundamental en el § 1 frase 3 de la Ley de Protección del Clima sobre la base del Acuerdo de París como para el enfoque presupuestario como norma de evaluación de los esfuerzos estatales para la protección del clima²¹. En cierto sentido, el artículo 20a de la *Ley Fundamental* abre la puerta a la entrada de la ciencia en el Derecho; el Tribunal Constitucional Federal afirma explícitamente: “*El artículo 20a de la Ley Fundamental impone al legislador la obligación permanente de adaptar el Derecho medioambiental a los últimos avances y descubrimientos de la ciencia*”²². Queda claro que el concepto jurídico de precaución depende del contexto y es dinámico; se orienta hacia las ciencias naturales pertinentes y sus datos y -mirando la planificación- otras sensibilidades sociales, es decir, forma parte de una perspectiva holística y socialmente orientada.

Ya es evidente que el principio de precaución está establecido como elemento central para la protección del medio ambiente y el clima en el derecho escrito e interpretado. Al mismo tiempo, cabe suponer que podrá desplegar todo su efecto cuando pueda trasladarse al plano de la Constitución. A continuación, se examinarán con más detalle los enfoques existentes y propuestos en materia de protección del medio ambiente a nivel constitucional con vistas a la importancia de las libertades individuales.

²⁰ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - no. 1-270, 229.

²¹ En este sentido, Faßbender, Kurt, Der Klimabeschluss des BVerfG - Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085-2091, 2086; Schlacke, Sabine, Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, pp. 912-916, 915 destaca la singularidad con la que el BVerfG se basa en un enfoque de la ciencia y señala las ventajas de tal enfoque a pesar de las contradicciones de valor en la decisión.

²² BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - no. 1-270, 212.

Art 20 austrahlung “ 2 EEG

1.2. Ecología y derechos de libertad: tendencias en el debate jurídico

La recepción del principio de precaución en la legislación alemana y su desarrollo en la literatura y la jurisprudencia son indicios ejemplares de que la lamentable realización de la protección del medio ambiente y el clima y la incapacidad de desarrollar plenamente el potencial de control de las normas jurídicas en el último cuarto del siglo XX no pueden atribuirse fundamentalmente a una falta de regulación jurídica positiva o incluso de conciencia legislativa. Esto último ya es difícilmente concebible a la vista de las demandas políticas de conceptos jurídicos positivos para reforzar la protección del medio ambiente en el derecho constitucional, que se vienen repitiendo desde los años setenta en referencia a los daños ecológicos cada vez más evidentes y a los déficits de la aplicación de la ley.

Después de una actitud predominantemente negativa hacia un derecho fundamental a la protección del medio ambiente²³ y la consideración explícita del Tribunal Administrativo Federal (BVerwG) en 1977: *“Según el Derecho constitucional federal, no existe ningún ‘derecho fundamental al medio ambiente’ que confiera una protección más amplia en virtud del Derecho subjetivo que el artículo 2 y siguientes de la GG a favor de intereses específicos protegidos”*²⁴ en 1994, los esfuerzos del debate condujeron a la introducción del objetivo estatal de protección del medio ambiente, el artículo 20a de la Ley Fundamental²⁵.

²³ Para una visión de conjunto, véase Calliess, Christian, Klimapolitik und Grundrechtsschutz, ZUR 2021, pp. 323-332, 324; sobre las dificultades jurídico-dogmáticas, Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Scholz, Rupert - Calliess, 98º complemento 2022, GG art. 20a no. 10-18; sobre la evolución en aquel momento, véase también Wolf, Rainer, Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt, Kritische Justiz 1984, Vol. 17, núm. 3, pp. 239-256, 239.

²⁴ BVerwG, Urt. v. 29.07.1977, IV C 51/75 = BVerwGE 54, 211, 220 y s.

²⁵ BGBl. I, p. 3146; sobre la historia de los orígenes del artículo 20a de la Ley Fundamental, véase Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Scholz, Rupert - Calliess, 98º complemento 2022, GG art. 20a no. 7-23; sobre la dimensión de una disposición estatal objetiva Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Scholz, Rupert - Calliess, 98º complemento 2022, GG art. 20a no. 29-31; Landmann/Rohmer UmweltR/Gärditz, 99º complemento 2022, GG art. 20a no. 4-6.

El debate sobre un “derecho fundamental ecológico” o un “derecho fundamental a la protección del medio ambiente” volvió a cobrar impulso en 2021 con la propuesta de *Ferdinand von Schirach* de incluir un derecho fundamental a la protección del medio ambiente en la Carta de Derechos Fundamentales de la ONU²⁶. En vista de las dificultades dogmáticas jurídicas de un derecho fundamental de este tipo, la propuesta se recibe en la literatura académica como un “alegato simpático y justificado de política climática”. Al mismo tiempo da lugar a ajustes dogmáticos, similares a los relativos a un “derecho al clima” utilizado como argumento en el contexto de las demandas climáticas. Con todo, estos impulsos pueden ser considerados beneficiosos para el debate sobre el desarrollo ecológico del derecho²⁷.

En cuanto a la falta de definibilidad de un derecho fundamental al medio ambiente, *Calliess* señala que puede utilizarse aquí el derecho fundamental ya reconocido y exigible al “nivel mínimo de subsistencia”, que, derivado del artículo 1 (1) en relación con el artículo 2 (2) y el artículo 20a de la Ley Fundamental, se dirige a la preservación de un medio ambiente viable y habitable y despliegue así una perspectiva ecológica²⁸. Esto da lugar a un mandato de actuación controlable judicialmente que, en el sentido del principio de precaución, obliga a los agentes responsables a desarrollar un concepto de protección eficaz y a largo plazo²⁹.

²⁶ Von Schirach, Ferdinand *Jeder Mensch*, München 2021; con aprobación Klinger, Remo *Ein Grundrecht auf Umweltschutz*, ZUR 2021, pp. 257-258; críticamente, Callies, Christian *Klimapolitik und Grundrechtsschutz*, ZUR 2021, pp. 323-332; en conjunto también Kersten, Jens *Das ökologische Grundgesetz*, München 2022, pp. 30-34; críticamente, sobre el derecho humano a la protección climática Wegener, Bernhard W., *Menschenrecht auf Klimaschutz. Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, NJW 2022, pp. 425 - 431.

²⁷ Calliess, Christian *Klimapolitik und Grundrechtsschutz*, ZUR 2021, pp. 323-332.

²⁸ Con rectención el BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - para. 1-270, 113-115 que considera al menos posible que tal derecho fundamental pueda tener un efecto autónomo, pero debido a una interpretación asombrosamente estrecha, no ve ningún ámbito de aplicación en el caso concreto; crítico Calliess, Christian, *Das Klimaurteil des Bundesverfassungsgerichts: “Versubjektivierung” des Art. 20a GG*, ZUR 2021, p.355-357, 357.

²⁹ Calliess, Christian *Klimapolitik und Grundrechtsschutz*, ZUR 2021, pp. 323-332, 331.

A favor de un derecho fundamental sustantivo efectivo al medio ambiente, se propone recurrir a la función de los derechos fundamentales como deberes de protección. Con su impacto y la sustancia del art. 20a de la Ley Fundamental puede construirse un derecho fundamental sustantivo efectivo a la protección del medio ambiente como garantía parcial de los derechos fundamentales individuales como la vida, la salud, la propiedad. Por supuesto, en el contexto de las deficiencias medioambientales el enfoque está en el derecho a la vida y a la integridad física del art. 2 (2) frase 1 de la Ley Fundamental como deber del Estado que incluye no sólo deficiencias actuales, sino también futuras.³⁰ Al nivel de realización Calliess recomienda un derecho procesal del medio ambiente también con vistas a los impulsos del derecho internacional y europeo: *“Toda persona tiene derecho a un medio ambiente limpio y sano, así como a su conservación y protección. Así lo garantizan los derechos a la información, la participación en procedimientos administrativos y el acceso efectivo a la justicia”*³¹.

El hecho de que el camino hacia una mayor ecología en el Derecho, empezando a nivel constitucional, ofrece aún más margen de maniobra legislativa, queda demostrado por la reciente propuesta de Kersten de una Ley Fundamental ecológica, que debe considerarse en el contexto del debate internacional sobre los derechos de la naturaleza. El estado de naturaleza del Antropoceno, en el que los seres humanos se han metido a sí mismos por sus acciones ecológicamente irresponsables, exige que se celebre un contrato social con la naturaleza y que se reconozcan sus derechos, un reto que se considera similar a declarar al capital una persona jurídica, es decir, factible³². Kersten aboga sistemáticamente por un orden constitucional ecológico que supere la distinción entre conservación de la naturaleza antropocéntrica y exocéntrica y proporcione “normas, conceptos e instituciones para el Antropoceno”³³. Elabora dicho ordenamiento constitucional sobre la base del preámbulo de la Ley Fundamental ampliada incluyendo el principio de responsabilidad ecológica y la responsabilidad humana para la naturaleza como

³⁰ Calliess Christian Klimapolitik und Grundrechtsschutz, ZUR 2021, pp. 323-332 con referencia a la jurisprudencia del BVerfG, B.v. 29.07.2009 - 1 BvR 1606/08.

³¹ Calliess, Christian Klimapolitik und Grundrechtsschutz, ZUR 2021, pp. 323-332, 331 y ss.

³² Kersten, Jens Das ökologische Grundgesetz, Múnich 2022, p. 23 y ss.

³³ Kersten, Jens Das ökologische Grundgesetz, Múnich 2022, p. 52.

tarea para el futuro, proporcionando así un poderoso ejemplo de transformación ecológica del derecho al nivel más alto³⁴.

Por último, en el contexto del debate sobre la mejora de la protección jurídica de los fundamentos naturales de la vida, también se sitúa en la literatura jurídica la reivindicación de los derechos propios de la naturaleza, que surgió ya en la década de 1970³⁵. La necesidad de conceder derechos subjetivos a la naturaleza se entiende desde una perspectiva naturalista holística en vista de la interconexión natural de los seres humanos y la naturaleza. El concepto se debate internacionalmente recurriendo a ideas y cosmovisiones indígenas de una naturaleza animada y ha sido institucionalizado a nivel jurídico en algunos países. Entre los ejemplos destacados que han activado un eco internacional hasta en el debate jurídico alemán figuran el río Whanganui de Nueva Zelanda, el río Atrato de Colombia, el Mar Menor en España, o con efecto radiante la “Pacha Mama”, venerada por las culturas indígenas de Sudamérica y entendida con diversos matices como expresión de una visión holística del cosmos³⁶. Esta última está anclada jurídicamente

³⁴ Kerstens se declina consecuentemente por los derechos ecológicos individuales y los principios constitucionales, el sistema ecológico multinivel y gubernamental, la legislación, las políticas y la jurisprudencia ecológicas y, en última instancia, el liberalismo ecológico, Kersten, Jens *Das ökologische Grundgesetz*, München 2022, p. 63 y ss.

³⁵ Sobre el desarrollo con más referencias Wolf, Rainer, *Eigenrechte der Natur oder Rechtsschutz für intertemporalen Freiheitsschutz*, ZUR 2022 451-464, 451 y ss.; Gutman, Andreas, *Pachamama als Rechtssubjekt*, ZUR 2019, 611-618; Mührel, Jasper, *Welche Natur?* Sobre la especificación del portador de los derechos de la naturaleza en el Norte Global, ZUR 2022, pp. 464-472.

³⁶ Para más detalles sobre la comprensión del término, véase Gutman, Andreas, *Pachamama als Rechtssubjekt*, ZUR 2019, 611-618, 613 y ss.; para la discusión internacional, véase Bachmann, Ricardo /Navarro, Valentín, *Derechos de la Naturaleza y Personalidad Jurídica de los Ecosistemas: Nuevo Paradigma de Protección Medioambiental*. Un Enfoque Comparado, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol 16, 2021, pp. 357-378; sobre el enfoque colombiano, véase el análisis de la sentencia Corte Constitucional, T 622/16 de 10.11.2016 en Castañeda Ruiz, H./Gómez Osorio, Ángela/Pérez Garcés, H./Herrera Mejía, J., *La declaratoria del Río Atrato como entidad sujeto de derechos: una oportunidad para la construcción de un proyecto presente-futuro de territorio sustentable*. *Revista Kavilando*, 11(2), 2020, pp. 417-433; para una visión general de los enfoques ecocéntricos en los sistemas jurídicos de todo el mundo, véase Kraski, Ryan/Prityi, Marek/Münster, Saskia, *Constitutional Provisions*, en Junker, Kirk W., *Environmental Law Across Cultures*, Nueva York 2020, pp. 121-139, 127-137. O’Byran, Katie, *Legal Rights for Rivers*, 50 *Ga. J. Int’l & Comp.* 2022, pp. 769-775; Epstein, Seth/Dahlén, Marianne/Envist, Victoria/

al más alto nivel en la Constitución ecuatoriana: ya en el preámbulo se afirma el significado existencial de la “Pacha Mama” y se nombra al hombre como parte de ella; en el art. 71, a la “Pacha Mama”, descrita una vez más de forma vívida y procesual como fuente de vida, se le atribuye un estatuto jurídico que va unido al derecho de toda persona a reivindicar este derecho:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Si bien cabe entender tal evolución como una expresión de la tradición cultural anticolonial y como una respuesta a las sociedades industriales modernas y a su arrogante trato de la naturaleza, con razón se plantea críticamente la cuestión de cómo puede integrarse tal contraimagen ecocéntrica o biocéntrica en sistemas jurídicos que tradicionalmente se basan en una comprensión antropocéntrica de la naturaleza sin causar distorsiones que, en última instancia, podrían menoscabar la coherencia de estos mismos sistemas humanistas³⁷. Llegados a este punto, habrá que considerar un “cierto relativismo cultural” o la “base cultural de todo sistema jurídico”, que, si bien no se oponen fundamentalmente a un consenso normativo de la comunidad mundial, exigen una “investigación interdisciplinar sobre la génesis y

Boyer/Elin, Liberalism and Rights of Nature: A Comparative Legal and Historical Perspective, Law, Culture and the Humanities, 2022, pp. 1-23; Hsiao, Elaine, Whanganui River Agreement - Indigenous Rights and Rights of Nature, Environmental Policy and Law, 42/6, 2012, pp. 371-375; Doran, Peter/Killean, Rachel, Rights of nature: Origins, development and possibilities for the island of Ireland, Environmental Justice Network Ireland, 2022; para Europa, véase Parlamento Europeo, Study requested by the JURI committee, Can Nature get it right? Estudio sobre los derechos de la naturaleza en el contexto europeo, PE 689.328, marzo de 2021.

³⁷ Críticamente, con vistas a las concepciones modernistas del ordenamiento orientadas hacia los sujetos de derecho y los objetos jurídicos, Wolf, Rainer, Eigenrechte der Natur oder Rechtsschutz für intertemporalen Freiheitsschutz, ZUR 2022 451-464, 452; en el resultado, abogando por un biocentrismo ampliado ecocéntricamente y centrado en la vida individual, Mührel, Jasper, Welche Natur? Zur Spezifizierung des Trägers der Rechte der Natur im Globalen Norden, ZUR 2022, pp. 464-472.

la aplicación de las normas”³⁸. Para que la adopción del fenómeno de la “naturaleza como sujeto jurídico” tenga éxito, debe partirse de la base de que el Derecho es también un fenómeno cultural³⁹ y en consecuencia un cuidadoso derecho comparado, debe tener en cuenta las condiciones culturales, las estructuras estatales, las políticas, las instituciones y las fuentes del Derecho, sin recurrir a una comparación cultural exhaustiva⁴⁰. No obstante, hay que admitir que este enfoque tiene su atractivo y que las iniciativas en la dirección del ecocentrismo, tal y como se están promoviendo también en Alemania, merecen atención y deberían estimular la reflexión y el debate posterior⁴¹. Lo que sigue siendo cierto desde la perspectiva de las sociedades industriales modernas, y quizá en general, es que en el centro de la cuestión está el control del comportamiento humano con el fin de preservar sus condiciones naturales de existencia. El mencionado proyecto de Ley Fundamental Ecológica puede leerse como un planteamiento de tal precaución ecológica con vistas a preservar las oportunidades de libertad en el futuro y la posibilidad de hacer más ecológico todo el sistema.

El debate demuestra que el Derecho medioambiental, debido a su dimensión holística, es especialmente exigente con el poder creativo del legislador y que probablemente aún queda margen de maniobra. Aunque desde la introducción del artículo 20a de la Ley Fundamental se ha

³⁸ En este sentido, Jung, Heike, *Recht und kulturelle Identität - Anmerkungen zu Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht*, ZStW 121 (2009) Heft. 2, pp. 476-500, especialmente 498 y ss;

³⁹ Continuación Jung, Heike, *Should we compare Cultures or Laws*, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 5 (2017) Issue 1, pp. 1-17; fundamental para la comprensión con respecto al desarrollo del concepto de cultura y su significado para la jurisprudencia Seelmann, Kurt, *Rechtswissenschaft Als Kulturwissenschaft: Ein Neukantianischer Gedanke und sein Fortleben*, en: *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?*, 2007, pp. 121 - 132.

⁴⁰ Sobre cuestiones de metodología en el Derecho administrativo comparado, Schmidt-Aßmann, Eberhard, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, *ZaöRV* 78 (2018), pp. 807-862, quien señala la contextualización del Derecho comparado, pero subraya que la materia debe seguir siendo “manejable”, p. 825. Concluyendo acertadamente con respecto a la comparación de la protección constitucional del medio ambiente en diferentes culturas Kraski, Ryan/Prityi, Marek/Münster, Saskia, *Constitutional Provisions*, en: *Junker, Kirk W., Environmental Law Across Cultures*, Nueva York 2020, pp. 121-139, 139.

⁴¹ Para Alemania, pueden encontrarse referencias a iniciativas en <https://www.rechte-der-natur.de/de/home.html> o, en concreto, en relación con Baviera <https://verfassungsblog.de/gibt-bayern-der-natur-rechte/>, consultado el 07.01.2023.

acentuado en el derecho constitucional el mandato al poder legislativo de promulgar normas adecuadas de protección del medio ambiente que salvaguarden los derechos civiles de las generaciones futuras en el sentido del principio de precaución, hasta el año pasado este principio estatal se consideraba ineficaz⁴².

A través de la decisión de protección climática del BVerfG de 29/04/2021⁴³ se ha desplegado en interacción con el principio de proporcionalidad⁴⁴ “como una flor hasta ahora cerrada” su eficacia teniendo en vista la realización de la libertad: “*La Ley Fundamental obliga, bajo determinadas condiciones, a salvaguardar la libertad protegida por los derechos fundamentales a lo largo del tiempo y a distribuir proporcionalmente las oportunidades de libertad entre las generaciones*”⁴⁵. El BVerfG da pleno efecto al principio de precaución en interacción con el art. 20a y los derechos de libertad al reconocer que también son concebibles los menoscabos acumulativos, inciertos y a largo plazo para los derechos fundamentales y que, en el peor de los casos, es decir, en caso de daños graves e irreversibles, la protección de los derechos fundamentales amenaza con agotarse en el futuro.⁴⁶ El tribunal retoma así la conexión inter-temporal fáctica de los sistemas medioambientales y su significado para el individuo y señala la necesidad de una asignación inter-temporal justa.⁴⁷ “*El mandato de protección del artículo 20aGG incluye la necesidad de tratar los fundamentos naturales de la vida con tal cuidado y de legarlos a la posteridad en condiciones tales que las generaciones futuras no puedan seguir conservándolos sólo a costa de una abstinencia radical.*”⁴⁸.

⁴² Calliess señala la necesidad de un proceso de supervisión para garantizar la eficacia del concepto de protección: Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Scholz, Rupert - Calliess, 98º complemento 2022, GG art. 20a no. 139; con más referencia sobre la discusión véase también Kersten, Jens Das ökologische Grundgesetz, München 2022, p. 27.

⁴³ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 – no. 1-270.

⁴⁴ Schlacke, Sabine, Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, pp. 912-916, 915.

⁴⁵ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 – no. 1-270, 173.

⁴⁶ Ekarde, Felix, Heß, Franziska, Wulff, Justus, BVerfG Climate Decision: Consequences for the Federal Government, EU, Länder and Municipalities, EurUP 3 2021, pp. 1-16, 2, 15.

⁴⁷ Sin embargo, Siebert, Horst, Intertemporale Allokation, Frankfurt 1986, p. 13, ya proporciona información fundamental sobre la asignación intertemporal desde una perspectiva de economía de mercado con respecto a los recursos naturales.

⁴⁸ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - no. 1-270, 193.

Esta constatación se implementa en la dogmática jurídica a la luz del artículo 20a de la Ley Fundamental en el plano de la intervención, vinculando las dimensiones de defensa y de protección de los derechos de libertad, añadiendo explícitamente los componentes inter-temporales. De esa manera el tribunal permite superar -al menos para las medidas de mitigación en el la Ley de protección del clima (KSG) a partir de 2030- el criterio de la “violación actual de los derechos fundamentales” en interacción con las normas de control de evidencia, sin que tocar la dogmática del deber de protección de los derechos fundamentales.⁴⁹ En concreto, el BVerfG consigue trasladar los deberes de protección intergeneracional de derecho objetivo del artículo 20a GG a una dimensión jurídico-subjetiva con la construcción del “efecto anticipado de interferencia”⁵⁰ y dar forma a un nuevo derecho fundamental orientado al futuro para la salvaguardia inter-temporal de la libertad, que a menudo ha encontrado una respuesta positiva en la literatura.⁵¹ *Kersten* lo resume en la fórmula de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental: “*art. 2 (1) (como factor de dinamización subjetivo) + art. 20a (como factor de dinamización material)*”

⁴⁹ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 – no. 1-270, 186 y ss.; por lo que respecta a la denegación de una infracción del deber de protección hasta 2030 en relación con la posibilidad de compensar los déficits de reducción, véase BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 – no. 1-270, 186 y ss. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - núm. marginal 1-270, núm. marginal 169 y ss.; al respecto, Schlacke, Sabine, Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, pp. 912-916, 914 y ss.

⁵⁰ BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - no. 1-270, 183.

⁵¹ Schlacke, Sabine, Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, pp. 912-916, 916; Kersten, Jens, Das ökologische Grundgesetz, München 2022, pp. 35-39 subraya el fortalecimiento de las posiciones jurídico-subjetivas de los ciudadanos en una comprensión ecológica de la constitución; Faßbender, Kurt, Der Klimabeschluss des BVerfG - Inhalte, Folgen und offene Fragen, NJW 2021, 2085-2091 subraya la ampliación sustancial del control del tribunal constitucional sobre la protección del clima en términos del art. 20a GG, p. 2091.

Ekardt, Felix, Heß, Franziska, Wulff, Justus, BVerfG-Klima-Beschluss: Folgen für Bund, EU, Länder und Kommunen, EurUP 3 2021, pp. 1-16, especialmente 2, 15; con diferenciación Britz, Gabriele, Klimaschutz in der Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2022, 825-834; crítica y advertencia contra expectativas ilusorias Breuer, Rüdiger, Klimaschutz durch Gerichte? NVwZ 2022, 1233-1241; crítica con vistas a una mayor necesidad de aclaración Hofmann, Ekkehard, Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG NVwZ 2021, pp. 1587-1590.

= *salvaguardia inter-temporal de la libertad*⁵². Queda por ver cómo seguirá desarrollándose la nueva figura dogmática y debatir si debería ser transferible a otros ámbitos⁵³.

Sobre la base previa del derecho escrito e interpretado, un último paso nos lleva al nivel de la realización, que es elemental para el efecto rector del derecho.

2. El debate sobre las formas de realización

En vista del “dilema conocimiento-acción”, el inspirador debate jurídico sobre los conceptos dogmáticos debe continuar a nivel de realización con el fin de adoptar medidas concretas⁵⁴. Es cierto que el poder radiante de conceptos jurídicos basados en conocimientos científicos, orientados ecológicamente y reforzados a nivel constitucional solamente se puede utilizar eficazmente para la precaución, si la constatación que *“durante los últimos 30 años no ha sido posible acordar medidas vinculantes y concretas para contrarrestar eficazmente el cambio climático de origen antropogénico y alcanzar los objetivos consensuados desde hace tiempo”*⁵⁵ no sigue confirmándose para los próximos 30 años. Los intentos de realizar la protección del medio ambiente y el clima pueden encontrarse a varios niveles, que merecen ser debatidos tanto individualmente como en combinación: Esto implica las posibilidades y los límites de la participación judicial (constitucional), la participación de la sociedad civil, las prerrogativas y los límites de concretización

⁵² Kersten, Jens, *Das ökologische Grundgesetz*, München 2022, p. 37.

⁵³ Sobre esto, Franzius, Claudio, *Der Klimabeschluss des BVerfG - eine verfassungsrechtliche Einordnung*, KlimR 2022, pp. 102-107, 107; Schlacke, Sabine, *Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, NVwZ 2021, pp. 912-916, 916; rechazando Uechtritz, Michael/Rutloff, Marc, *Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes*, NvWZ 2022, pp. 9-15, 14.

⁵⁴ Con vistas a los enfoques del Derecho internacional y europeo así como a la Decisión sobre el clima, crítica sobre la cuestión de la aplicación Breuer, Rüdiger *Klimaschutz durch Gerichte?* NVwZ 2022, 1233-1241 NVwZ 2022, pp. 1233-1320; véase también Durner, Wolfgang, *Leistungskraft und Regelungstechniken des internationalen Klimaschutzrechts*, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht Jahrgang 19, Ausgabe 4, 2021, pp. 330 - 341.

⁵⁵ Durner, Wolfgang, *Leistungskraft und Regelungstechniken des internationalen Klimaschutzrechts*, Journal of European Environmental and Planning Law Volume 19, Issue 4, 2021, pp. 330 - 341, 337.

del legislador y, la aplicación por el poder ejecutivo y por último, pero no por ello menos importante, la concienciación de la sociedad en su conjunto.

2.1. Posibilidades y límites de la participación judicial (constitucional)

Mientras que incluso los críticos de la decisión sobre la protección del clima tienden a aceptar debilidades dogmáticas constitucionales identificadas por razones pragmáticas, esto no se aplica en absoluto al diagnóstico de una debilidad jurídico-práctica de la aplicación, que también se atestigua para las medidas de ejecución a nivel internacional y europeo⁵⁶. La razón de ello se considera un “finalismo legalmente establecido, constitucionalmente exagerado y arraigado”, que se ha reflejado en las “fijaciones anticipatorias y abstractamente formuladas de objetivos y reducciones”⁵⁷. Esto va acompañado de la acusación de que el tribunal, excediéndose en su poder de control, ha reclamado una “participación en la legislación”, que dicta al legislador una “ampliación y endurecimiento de las fijaciones de objetivos y reducciones” y pretende así dirigir la política económica sin poder, no obstante, prescribir “vías de aplicación y medidas de ejecución orientadas a objetivos, así como tecnologías dignas de preferencia para infraestructuras, sistemas de instalaciones, medios de transporte y comunicación, bienes de consumo y calidad de materiales o productos”⁵⁸.

En esencia, la discusión toca la cuestión de la separación de poderes, porque es cierto que ni siquiera los tribunales supremos, con sus decisiones en casos individuales, pueden asumir las tareas del poder legislativo y político democráticamente legitimado y tomar “decisiones de renuncia y priorización” concretas. De este modo, el BVerfG sólo es responsable de un control de evidencia de las decisiones legislativas, que, por supuesto, deben orientarse ahora hacia la concreción constitucional del artículo 20a de la Ley Fundamental por parte del BVerfG⁵⁹.

⁵⁶ Breuer, Klimaschutz durch Gerichte? NVwZ 2022, 1233-1241, NVwZ 2022, pp. 1233-1320, 1236, 1240.

⁵⁷ Breuer, Klimaschutz durch Gerichte? NVwZ 2022, 1233-1241, NVwZ 2022, pp. 1233-1320, 1236, 1240.

⁵⁸ Breuer, Klimaschutz durch Gerichte? NVwZ 2022, 1233-1241, NVwZ 2022, pp. 1233-1320, 1236, 1237.

⁵⁹ Fellenberg, Frank, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes - ein Zwischenstand NVwZ 2022, p. 913-920; Wegner, Bernhard, Urgenda - Weltrettung per

Independientemente de ello, el aumento mundial de demandas o *litigios climáticos* es un indicio de que, desde una parte de la población, acompañada por organizaciones no gubernamentales, se atribuye a los tribunales un alto valor como instrumento para corregir décadas de fracaso o falta de acción de la política ecológica⁶⁰. El fenómeno acentúa la dimensión internacional del cambio climático y, en vista de sus estrategias políticas inmanentes y objetivos a largo plazo, promueve un diálogo internacional a diversos niveles. Al final nos remite a la cuestión de “salvar el mundo a través de los tribunales” simbólicamente articulada en el debate jurídica⁶¹.

No obstante, el BVerfG ha tendido a asumir un papel pionero con su jurisprudencia. Mientras que a finales de los años ochenta todavía se afirmaba que el Tribunal Constitucional Federal, a pesar de sus “actividades constitucionalmente innovadoras” de la época y su constante implicación en conflictos medioambientales, era retentivo y en lugar de exigir que la protección del medio ambiente se consagrara en el derecho constitucional como derecho fundamental u objetivo estatal, desarrollaba su jurisprudencia en el marco de su doctrina de derecho constitucional⁶², el Tribunal se muestra hoy, si no como salvador, al menos como “guardián del clima”. En su día como ahora, crítica articulada desde *“la periferia del sistema político por ciudadanos que no están satisfechos con los patrones de solución tradicionales de desarrollo de*

Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes, ZUR 2019, pp. 3-13, 11 y ss.; véase también en relación con la prerrogativa de concreción Uechtritz, Michael/Rutloff, Marc, Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes, NVWZ 2022, pp. 9-15, 10; sobre los límites del poder de concreción constitucional de Derecho simple Britz, Gabriele, Klimaschutz in der Rechtsprechung des BVerfG, NVwZ 2022, 825-834, 827.

⁶⁰ Sobre el concepto de demandas climáticas desde una perspectiva jurídica Rodi, Michael/Kalis, Michael, Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes, KlimR 2022, 5-10, 5 f; En relación con los procedimientos individuales Wegner, Bernhard, Urgenda - Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Las demandas climáticas ponen a prueba los límites de la protección jurídica, ZUR 2019, pp. 3-13, 6 y ss.

⁶¹ Wegner, Bernhard, Urgenda - Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes, ZUR 2019, pp. 3-13; para más detalles, véase Fellenberg, Frank, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes - ein Zwischenstand NVwZ 2022, pp. 913-920; véase también Kersten, Jens, Das ökologische Grundgesetz, pp. 39-43.

⁶² Wolf Rainer, Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt? criticó el papel del BVerfG en relación con las decisiones individuales relevantes. Kritische Justiz, 1984, Vol. 17, No. 3, pp. 239-256.

*programas y aplicación de la protección medioambiental*⁶³, figura como objetivo de las decisiones.

2.2. La participación de la sociedad civil

Aunque se plantean con razón dudas sobre si los tribunales son los órganos adecuados para iniciar las decisiones de ponderación y asignación de recursos, políticamente pendientes desde hace mucho tiempo, su uso cada vez mayor es un claro indicio de que al menos partes de la sociedad como actores del proceso político no han sido aparentemente tenidas en cuenta o de que sus voces no han sido suficientemente escuchadas. Y esto es tanto más sorprendente cuanto que, a más tardar desde la década de 2000, y más aún con la introducción y la creciente popularidad de la Agenda 2030, se observan en todo el mundo movimientos de generaciones jóvenes que, en la lucha contra el cambio climático, llaman la atención sobre las realidades ecológicas y reivindican su derecho a ejercer la libertad en el futuro, con lo que no dejan de llamar también la atención sobre la reivindicación de la justicia medioambiental⁶⁴. Esta dinámica, como expresión de las sensibilidades sociales, es un elemento esencial para la posibilidad de realizar un derecho climático y medioambiental eficaz, orientado al futuro y a la acción, y debería haber encontrado una entrada más clara en los procesos de toma de decisiones políticas hace mucho tiempo. Eso lleva a la cuestión de los procesos de comunicación pública y la participación del público.

Ya en la literatura jurídica de los años setenta, en la búsqueda de un concepto de garantía de calidad de los procesos de planificación y toma de decisiones como procesos sociales globales comprometidos con la racionalidad en un Estado pluralista, se identificaron una serie de criterios que, sin duda, aún hoy pueden servir de gradador en la gestión política de problemas medioambientales complejos⁶⁵. Entonces, como ahora, la atención debería centrarse en el nivel de la organización

⁶³ Wolf Rainer Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt? Kritische Justiz, 1984, Vol. 17, No. 3, pp. 239-247, 240.

⁶⁴ Para obtener información inspiradora sobre la justicia medioambiental en relación con el potencial de la planificación del uso del suelo urbano, véase Dieckmann, Nina, Umweltgerechtigkeit in der Stadtplanung, NVwZ 2013, pp. 1575-1581.

⁶⁵ En detalle Reh binder, Eckard, Grundfragen des Umweltrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 3/1970, p. 250-256, 252 y ss.

y el procedimiento, donde, además de la organización interdisciplinar de las autoridades públicas y el asesoramiento científico en materia de políticas, los afectados más allá de las autoridades y las empresas podrían contribuir a aumentar la aceptación y la calidad del proceso de toma de decisiones en un “proceso de debate multidimensional”⁶⁶. En la década de los ochenta, *Wolf* hizo hincapié en la confianza de los tribunales en la participación pública en los procedimientos de aprobación como garante de la racionalidad y criticó el hecho de que los modelos procesales normativos se vieran socavados con demasiada frecuencia por procesos de negociación informales⁶⁷. A nivel europeo, el Convenio de Aarhus de 1998, transpuesto a la legislación alemana en 2007, ha proporcionado, entre otras cosas, importantes impulsos para reforzar la participación en los procesos de toma de decisiones relevantes para el medio ambiente e ilustra acertadamente el concepto de “democracia medioambiental” en la legislación a través de la tríada “solicitar información medioambiental, participar, reclamar derechos”⁶⁸.

En concreto, podrían ofrecerse formas de participación, ya sea en forma de los procedimientos más o menos tradicionales previstos por la ley o más allá de ellos, que sean fácilmente accesibles y atractivas para todas las partes de la población y que, al mismo tiempo, puedan canalizar dinámicas sociales como las protestas climáticas que se observan actualmente. Un tal auto-empoderamiento social permitiría que el capital social emergiera como un potencial colectivo y podría contribuir a resolver los problemas ecológicos a nivel político y reforzar la cohesión social⁶⁹, así como conducir a una mayor transparencia y

⁶⁶ Reh binder, Eckard, Grundfragen des Umweltrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 3/1970, pp. 250-256, 252 y ss.

⁶⁷ Wolf Rainer Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt? Kritische Justiz, 1984, Vol. 17, No. 3, pp. 239-247, 249.

⁶⁸ Fisahn, Andreas, Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind - Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention, ZUR 2004, pp. 136-140, 137; en detalle ausführlich *Dausen/Ludwigs – Scherer/Heselhaus* Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, O. Umweltrecht, 57º complemento 2022, no. 307-311.

⁶⁹ Sobre la participación pública sostenible en el proceso de planificación, véase con más referencias. Nitschmann, Kathrin/Winschuh, Thomas, Planificación sostenible a través de la participación: marco legal y el desafío de activar la sociedad civil, en: Agudo González, Jorge, La Gobernanza del Territorio. Cooperación interadministrativa, participación ciudadana y derechos de las minorías, Barcelona 2021, pp. 365-393.

aceptación de las decisiones y acciones gubernamentales⁷⁰. Por otra parte, deben evitarse las narrativas de “histeria climática” o “terroristas climáticos” y la difamación y criminalización asociadas de los activistas del clima y de los derechos humanos en el discurso público, porque la protección del medio ambiente y del clima necesita cohesión social.

2.3. Las prerrogativas y los límites de concretización del legislador

En cuanto al contenido legislativo, el BVerfG delimita al menos el ámbito de decisión y evaluación de los legisladores en el sentido de que la evolución futura es relevante para la toma de decisiones y la actuación a pesar de las incertidumbres asociadas y puede justificar deberes especiales de diligencia⁷¹. En ese sentido destaca que el legislador que concreta la constitución está expresamente obligado a examinar el estado actual de los conocimientos⁷². Es obvio que el poder legislativo tendrá que reflexionar de forma más crítica sobre la eficacia del control legal en el futuro y, si es necesario, revisar los debates del pasado. A pesar del intenso apoyo de juristas y extensos debates, los intentos de introducir un Código Medioambiental uniforme o una Ley de Protección de los Recursos Naturales para armonizar la situación jurídica híbrida y fragmentaria en el ámbito del Derecho medioambiental y agrupar los instrumentos rectores y hacerlos más aplicables han sido infructuosos durante décadas.⁷³ Por otra parte hay que recordar que en el derecho urbanístico de la construcción, el instrumento central de control en la esfera pública, un enfoque holístico ya tiene una tradi-

⁷⁰ Con motivo de la 27ª Cumbre Mundial sobre el Clima, Pauleweit, Kathleen, 27ª Cumbre Mundial sobre el Clima en Egipto: Reforzar la participación de la sociedad civil en la política climática internacional, *KlimR* 2022, pp. 331-334.

⁷¹ Ekardt, Felix, Heß, Franziska, Wulff, Justus, BVerfG-Klima-Beschluss: Folgen für Bund, EU, Länder und Kommunen, *EurUP* 3 2021, pp. 1-16, 6.

⁷² BVerfG, B. v. 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 - no. 1-270, 211s.

⁷³ Sanden, Joachim, *Die Prinzipien des Umweltgesetzbuchs - eine kritische Betrachtung aus rechtstheoretischer Sicht*, ZUR 2009, Heft 1, p. 3-9. Véase también la visión general del desarrollo con más referencias en Kersten, Jens *Das ökologische Grundgesetz*, München 2022, p. 161 y ss.; sobre el desarrollo de un derecho uniforme de protección de recursos desde una perspectiva de derecho comparado utilizando el ejemplo de la legislación peruana con más referencias. Nitschmann, Kathrin, *Conceptos legales para la protección de los recursos naturales en Alemania con vista al Perú: ¿Hace falta una ley transversal?*, en: Zegarra Valdivia, Diego, *La proyección del Derecho Administrativo Peruano*, Lima 2019, pp. 227-256.

ción ejemplar: Desde la primera versión del Código de la Planificación Urbana (BauGB) en 1986, la sección 1 (5) ha perseguido el enfoque más exhaustivo posible de las intereses y aspectos que deben tenerse en cuenta y ha ido adaptando y concretando constantemente a lo largo de los años a la evolución actual.

El reto sigue siendo en el plano de la operatividad, que debe ser llevada a cabo por el legislador y, no menos importante, por la dogmática del derecho administrativo. La concretización constitucional del artículo 20a de la Ley Fundamental por parte del Tribunal Constitucional Federal recurriendo al artículo 1 frase 3 de la Ley de Protección del Clima en relación con el Acuerdo de París puede tender a remediar la falta de controlabilidad al menos en el ámbito de la protección del clima. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta la dimensión inter-temporal de la decisión, que hace posible la prevención de riesgos incluso más allá de lo que actualmente es concretamente determinable. Al mismo tiempo, en amplios ámbitos del Derecho medioambiental, a pesar o precisamente debido al rápido avance del desarrollo técnico, es probable que los riesgos tecnológicos sigan siendo un problema jurídico, ya que la precaución frente a los riesgos se mueve naturalmente más allá de la imaginabilidad práctica de un daño teóricamente posible, lo que en el pasado condujo al diagnóstico de “indefensión fáctica” en la dogmática jurídica⁷⁴. Por ello, es notable que el legislador alemán últimamente adopte medidas concretas y tangibles dando un paso importante hacia una mayor protección del clima con el llamado “Paquete de Pascua 2023”⁷⁵; se habla incluso de un cambio de paradigma⁷⁶. En el contexto de ese proyecto de ley la expansión de las energías renovables ha adquirido la categoría de interés público superior en el artículo 2 de la Ley de Energías Renovables. Esto enlaza con el planteamiento del artículo 20a de la Ley Fundamental y da lugar a una cierta configuración predeterminada para la ponderación de intereses, que sólo puede

⁷⁴ Con más evidencia Wolf, Rainer Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt? Kritische Justiz, 1984, Vol. 17, No. 3, pp. 239-247.

⁷⁵ Bundestag alemán, proyecto de ley de 2.5.22, impreso 20/1630. La modificación de la Ley de Energías Renovables se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 28 de julio de 2022. La última parte entró en vigor el 1 de enero de 2023.

⁷⁶ Schlacke, Sabine/Wentzien, Helen/Römling, Dominik, Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVWZ 2022, pp. 1577-1586.

ser contrarrestada por intereses que también puedan clasificarse al nivel del artículo 20a de la Ley Fundamental.

2.4. La aplicación por el poder ejecutivo

Mas allá de eso es cierto que en las decisiones administrativas en principio aún se puede dar prioridad a otros intereses distintos de los de la protección del medio ambiente y del clima, incluso en cumplimiento del principio de precaución - aunque ahora quizás con más dificultad teniendo en cuenta la decisión del BVerfG y el hecho de que la cantidad de emisiones de CO₂ es cada vez más limitada. Mientras el legislador no priorice de forma continua en este punto, se aplica el simple principio de consideración de todos los intereses⁷⁷. Detrás este fondo se explica que en una perspectiva histórica prevale una cultura de la toma de decisiones administrativas que – aunque legítimas en sí mismos - ha descuidado la protección del medio ambiente y del clima mientras que el principio de precaución han beneficiado sobre todo a los derechos económicos. Queda por ver si la decisión del BVerfG sobre el clima es suficiente impulso para un giro hacia una cultura de precaución ecológica. Sin embargo, lo cierto es que cuanto más grave es la amenaza de daños irreversibles, más peso se puede conceder al medio ambiente y al clima en el ámbito de una ponderación justa. Ya no es de extrañar que el concepto de seguridad surge en el debate jurídico en relación con el cambio climático⁷⁸.

⁷⁷ En el contexto de la importancia de protección del clima según § 13 KSG siehe Guckelberger, Annette, Konturen des Berücksichtigungsgebots des § 13 Abs. 1 p.1 KSG, KlimR 2022, 294-299, 297; vgl. auch Uechtritz, Michael/Rutloff, Marc, Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes, NvWZ 2022, p.9-15, 14 s.; en el contexto del “interés público superior” al servicio de la seguridad pública, frente al “interés público superior” en las decisiones administrativas relativas a la expansión de las energías renovables, se afirma la posibilidad de decisiones con justificación suficiente, Versteyl, Andrea/Marschhäuser, Kevin, „Überragendes öffentliches Interesse“ als Abwägungsbelang zur Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, KlimR 2022, KlimR 2022, p.74, 79.

⁷⁸ Por ejemplo Wolf, Annabel Laura, Der Klimawandel und der Sicherheitsbegriff, KlimR 2022, pp. 326-331; en el contexto del “interés público superior” al servicio de la seguridad pública en distinción con el “interés público superior” en las decisiones de autorización relativas a la expansión de las energías renovables, se afirma la posibilidad de decisiones de equilibrio a prueba de tribunales con justificación suficiente, Versteyl, Andrea/Marschhäuser, Kevin, “Überragendes öffentliches Interesse” als Abwägungsbelang zur Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, KlimR 2022, pp. 74-79, 79.

Conclusión

Al fin y al cabo, está claro que el debate sobre el efecto rector de la ley o la eficacia de la ley y su aplicación no es en absoluto nuevo, pero -a la vista del deplorable estado ecológico en la era del Antropoceno- lleva décadas desarrollándose sin gran éxito fáctico-ecológico y nos encontramos en medio de un dilema conocimiento-acción cada vez mayor. La única novedad, aunque no sorprendente, pero y al mismo tiempo una coerción de hecho, es el factor tiempo. Esto puede explicar que ahora el activismo está a la orden del día a varios niveles: impulsos fuertes de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia inspiran el desarrollo de principios y conceptos jurídicos, la amenaza a las libertades civiles ha pasado al centro del debate junto con la amenaza ecológica.

El análisis muestra que aún hay margen para un control más eficaz por parte de la ley; el potencial ecológico está lejos de aprovecharse plenamente en este ámbito. Propuestas para un derecho más ecológico, desarrollos al nivel constitucional por la jurisprudencia, prerrogativas de concretización de la parte del legislador, márgenes de apreciación administrativas y márgenes de maniobra en procesos de participación dan testimonio de ello. Por supuesto, hay que conceder que dichos márgenes de maniobra también tienen sus límites en factores como la limitación de competencias o posibilidades de concretización por riesgos desconocidos y la dependencia de otras ciencias.

Además, es cierto que no se puede esperar una transformación ecológica sólo mediante el control legal, sino que también debe basarse en procesos cooperativos, consensuados, informativos y que abarquen a toda la sociedad. Sin embargo, un derecho coherentemente ecológico podría contribuir a ello, si el derecho se convierte en la expresión viva de un Estado ecológicamente constituido.

Bibliografía

- BACHMANN, Ricardo / NAVARRO, Valentín (2021) Derechos de la Naturaleza y Personalidad Jurídica de los Ecosistemas: Nuevo Paradigma de Protección Medioambiental. Un Enfoque Comparado, Revista Internacional de Pensamiento Político, Vol 16, pp. 357-378

- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1991), Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt .
- RÜDIGER, Breuer (2022). *Klimaschutz durch Gerichte?* NVwZ, pp. 1233-1241.
- BRITZ, Gabriele (2022). *Klimaschutz in der Rechtsprechung des BVerfG*, NVwZ, pp. 825-834.
- CALLIESS, Christian (2001). *Rechtsstaat und Umweltstaat, Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen.
- CALLIES, Christian (2021). Klimapolitik und Grundrechtsschutz. *Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*, ZUR pp. 323-332
- CALLIES, Christian (2021). Das Klimaurteil des Bundesverfassungsgerichts. “Versubjektivierung” des Art. 20a GG, ZUR pp. 355-357.
- CALLIES, Christian (2021). Möglichkeiten und Grenzen eines “Klimaschutz durch Grundrechte” (Klimaklagen) Zugleich ein Beitrag zum Vorschlag von Ferdinand von Schirach für ein Grundrecht auf Umweltschutz, en: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, nº 129.
- CALLIES, Christian (2022). Vorsorgeprinzip, planetare Grenzen und Climate Engineering in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, No. 142.
- RUIZ, H. Castañeda; GÓMEZ, Ángela Osorio; PÉREZ H. Garcés; HERRERA J. Mejía (2020). *La declaratoria del Río Atrato como entidad sujeto de derechos: una oportunidad para la construcción de un proyecto presente-futuro de territorio sustentable*. Revista Kavilando, 11(2), pp. 417-433
- DAUSES, Manfred; Ludwigs, MARKUS (2023). *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*.
- DIECKMANN, Nina (2013). Umweltgerechtigkeit in der Stadtplanung, NVwZ pp. 1575-1581.
- DORAN, Peter; KILLEAN, Rachel (2022). *Rights of nature: Origins, development and possibilities for the island of Ireland*, Environmental Justice Network Ireland; para Europa, véase Parlamento Europeo, Study requested by the JURI committee, Can Nature get it right? Estudio sobre los derechos de la naturaleza en el contexto europeo, PE 689.328, marzo de 2021.

- DURNER, Wolfgang (2021). Leistungskraft und Regelungstechniken des internationalen Klimaschutzrechts, *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht* Jahrgang 19, Ausgabe 4, pp. 330-341.
- EKARDT, Felix; HEß, Franziska; WULFF, Justus (2021). BVerfG Climate Decision: Consequences for the Federal Government, EU, Länder and Municipalities, *EurUP* 3, pp. 1-16.
- EPSTEIN, Seth; DAHLÉN, Marianne; ENVIST, Victoria (2022). Boyer/Elin, Liberalism and Rights of Nature: A Comparative Legal and Historical Perspective, *Law, Culture and the Humanities*, pp. 1-23.
- FAßBENDER, Kurt (2021). Der Klimabeschluss des BVerfG - Inhalte, Folgen und offene Fragen, *NJW*, pp.2085-2091.
- FELLENBERG, Frank (2022). Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes - ein Zwischenstand *NVwZ*, p.p 913-920.
- FRANZIUS, Claudio (2022). Der Klimabeschluss des BVerfG - eine verfassungsrechtliche Einordnung, *KlimR*, pp. 102-107.
- GUCKELBERGER, Annette (2022). Konturen des Berücksichtigunggebots des § 13 Abs. 1 p.1 KSG, *KlimR*, pp. 294-299.
- GUTMANN, Andreas (2019) Pachamama als Rechtssubjekt, *ZUR*, pp.611-618.
- HOFMANN, Ekkehard (2021). Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG *NVwZ*, pp. 1587-1590.
- HSIAO, Elaine (2012). *Whanganui River Agreement* - Indigenous Rights and Rights of Nature, *Environmental Policy and Law*, 42/6, pp. 371-375.
- JUNG, Heike (2009). *Recht und kulturelle Identität* - Anmerkungen zu Rezeption, Transplantation und Diffusion von Recht, *ZStW* 121. Heft. 2, pp. 476-500.
- JUNG, Heike (2017). *Debemos comparar leyes o culturas?* *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 5, Issue 1, pp. 1-17.
- KERSTEN, Jens (2022). *Das ökologische Grundgesetz*, München.
- KLINGER, Remo (2021). *Ein Grundrecht auf Umweltschutz*, *ZUR*, pp. 257-258.
- KRASKI, Ryan; PRITY, Marek; MÜNSTER, Saskia (2020). Constitutional Provisions, en Junker, Kirk W., *Environmental Law Across Cultures*, Nueva York, pp. 121-139.
- LANDMANN Rohmer; UMWELTR, (2022). Gärditz, 99º complemento, GG art. 20a.

- MAUNZ, Theodor; DÜRIG, GÜNTER; SCHOLZ, Rupert (2022). Calliess, 98^o complemento, GG art. 20a.
- MÜHREL, Jasper (2022). Welche Natur? Zur Spezifizierung des Trägers der Rechte der Natur im Globalen Norden, ZUR, pp. 464-472.
- NITSCHMANN, Kathrin (2019). *Conceptos legales para la protección de los recursos naturales en Alemania con vista al Perú: ¿Hace falta una ley transversal?*, en: Zegarra Valdivia, Diego, La proyección del Derecho Administrativo Peruano, Lima, pp. 227-256.
- NITSCHMANN, Kathrin; WINSCHUH, Thomas (2021). *Planificación sostenible a través de la participación: marco legal y el desafío de activar la sociedad civil*, en: Agudo González, Jorge, La Gobernanza del Territorio. Cooperación interadministrativa, participación ciudadana y derechos de las minorías, Barcelona, pp. 365-393.
- O'BRYAN, Katie (2022). *Legal Rights for Rivers*, 50 Ga. J. Int'l & Comp, pp. 769-775.
- PAULEWEIT, Kathleen (2022). *Weltklimagipfel in Ägypten: Stärkung der zivilgesellschaftlichen Beteiligung an der internationalen Klimapolitik*, KlimR, pp. 331-334.
- PIRKER, Benedikt; FISAHN, Andreas (2004). *Effektive Beteiligung solange noch alle Optionen offen sind - Öffentlichkeitsbeteiligung nach der Aarhus-Konvention*, ZUR, pp. 136-140.
- REHBINDER, Eckard (1970). Grundfragen des Umweltrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik, 3/1970, pp. 250-256.
- RODI, Michael; KALIS, Michael (2022). *Klimaklagen als Instrument des Klimaschutzes*, KlimR, pp. 5-10.
- SANDEN, Joachim (2009). *Die Prinzipien des Umweltgesetzbuchs - eine kritische Betrachtung aus rechtstheoretischer Sicht*, ZUR, Heft 1, pp. 3-9.
- SCHLACKE, Sabine (2021). Klimaschutzrecht - ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ, pp. 912-916.
- SCHLACKE, Sabine/WENTZIEN, Helen/RÖMLING, Dominik (2022). Beschleunigung der Energiewende: Ein gesetzgeberischer Paradigmenwechsel durch das Osterpaket?, NVWZ, pp. 1577-1586.
- SCHMIDT-AßMANN, Eberhard (2018). *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, ZaöRV 78, pp. 807-862.
- SEELMANN, Kurt (2007). *Rechtswissenschaft Als Kulturwissenschaft: Ein Neukantianischer Gedanke und sein Fortleben*, en: Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, pp. 121 - 132.

- SCHWETZER, Albert (2020). *Die Ehrfurcht vor dem Leben*, München.
- SIEBERTi, Horst (1986). *Intertemporale Allokation*, Frankfurt.
- THURNHERR, Daniela (2020). Vorsorgeprinzip, Verpflichtungen und Grenzen für die Verwaltung und weitere staatliche Akteure, dictamen pericial encargado por la Oficina Federal de Medio Ambiente, Basilea.
- UECHTRIZ, Michael; RUTLOFF, Marc (2022). *Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes*, NvWZ, pp. 9-15.
- UHLMANN Felix/AEMISEGGER, Heinz/SPIESS (2018). Angelika Kohärenz - Allgemeine Bestimmungen (Grundprinzipien, Begriffe) in der Umweltgesetzgebung des Bundes, Gutachten im Auftrag des Bundesumweltamtes BAFU, Universität Zürich.
- VERSTEYL, Andrea; MARSCHHÄUSER, Kevin (2022). Überraschendes öffentliches Interesse “als Abwägungsbelang zur Beschleunigung von Klimaschutzvorhaben, KlimR, pp.74-79.
- VON SCHIRACH (2021). Ferdinand Jeder Mensch, München.
- WEGNER, Bernhard (2019). Urgenda - Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes, ZUR, pp. 3-13.
- WEGENER, Bernhard W. (2022). *Menschenrecht auf Klimaschutz. Grenzen grundrechtsgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, NJW, pp. 425-431.
- WOLF, Annabel Laura (2022). *Der Klimawandel und der Sicherheitsbegriff*, KlimR, pp. 326-331.
- WOLF, Rainer (1984). *Das Bundesverfassungsgericht - Hüter der Umwelt*, Kritische Justiz, Vol. 17, núm. 3, pp. 239-256.
- WOLF, Rainer (2022). *Eigenrechte der Natur oder Rechtsschutz für intertemporalen Freiheitsschutz*, ZUR, pp.451-464.
- WOLFF, Christian (1983). Vernünftige Gedanken von der Menschen Thun und Lassen, zu Beförderung ihrer Glückseligkeit den Liebhabern der Wahrheit mitgetheilet, in: Wolff, Christian, Gesammelte Werke, Hildesheim/New York.
- WOLFF, Franziska; JACOB, Klaus; GUSKE, Anna-Lena; HEYEN, Dirk Arne; HÜSING Thomas (2016). Kohärenzprüfung umweltpolitischer Ziele und Instrumente. Informe final para el proyecto UFOPLAN „Kohärenzprüfung umweltpolitischer Ziele und Maßnahmen für Zwecke der Umweltberichterstattung“, Agencia Federal del Medio Ambiente TEXTE 76/2016.

PLANEACIÓN URBANA RESILIENTE ANTE LA AMENAZA DEL CAMBIO CLIMÁTICO¹

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/08>)

SALVADOR ROSAS BARRERA²

Resumen: La planeación urbana en México se encuentra en crisis. Los métodos tradicionales de análisis y prospección urbana están siendo sustituidos por nuevos criterios, herramientas y enfoques que obligan a concebir a la ciudad como un sistema complejo. Dicha complejidad, demanda una nueva planeación urbana, actualmente en construcción. El presente trabajo tiene como finalidad, analizar las transformaciones experimentadas por la planeación urbana en México, a raíz de la actualización de su marco jurídico-normativo. Para lograrlo se analiza el concepto de resiliencia urbana, los esfuerzos realizados internacionalmente para la operativización del concepto y la manera en que sus principios se han integrado al marco jurídico aplicable, así como los esfuerzos para materializarlos en el territorio tabasqueño. Aun cuando queda mucho por hacer, en definitiva, es un camino que habrá de transitarse para lograr un desarrollo más justo, incluyente, equitativo y seguro en un contexto de cambio climático.

¹ Ponencia presentada el 21 de enero de 2023 en el marco de la Tercera conferencia de la RED de Estudios Urbanísticos, Territoriales y Ambientales de Latinoamérica – Unión Europea, titulada: “Construyendo un territorio integrado y sostenible. Instrumentos jurídicos para una mayor integración y sostenibilidad territorial”, realizada en la Ciudad de Coímbra, Portugal. Bajo el Auspicio del Instituto Jurídico de la Universidad de Coímbra en la ciudad de Coímbra, Portugal.

² Técnico Académico Asociado C de tiempo Completo, adscrito al Programa de Posgrado en Economía. División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Estudios Superiores Aragón, UNAM, México. Licenciado en Economía, Maestro en Urbanismo y Candidato a Doctor en Urbanismo por la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID: 0009-0001-3484-6560.

Palabras clave: cambio climático; marco jurídico; planeación urbana; resiliencia; sistema complejo.

Abstract: The urban planning in México is in crisis. The traditional methods of analysis and urban prospecting are being replaced by new criteria, tools and approaches that make it necessary to conceive the city as a complex system. This complexity demands a new urban planning, currently under construction. The purpose of this paper is to analyze the recent transformations experienced by urban planning in Mexico, because of the updating of its legal-regulatory framework. To achieve this, the concept of urban resilience was analyzed, the efforts made internationally for the operationalization of the concept and the way in which its principles have been integrated into the applicable legal framework, as well as the efforts to materialize them in the Tabasco territory. Even though much remains to be done, in short, it is a path that will have to be traveled to achieve a more just, inclusive, equitable and secure development in a context of climate change.

Keywords: urban planning; complex system; resilience; climate change; legal framework.

Introducción

El concepto de resiliencia trascendió su origen en la física hacia otras ciencias debido a su capacidad descriptiva en procesos complejos de adaptabilidad y transformabilidad de los sistemas. El concepto se trasladó a la psicología, a la ecología, a las ciencias sociales y en especial al urbanismo donde ha sido utilizado para tratar de entender por qué un asentamiento humano es capaz de soportar, recuperarse y continuar con su desarrollo después de resentir los efectos de alguna perturbación. La literatura consultada permite documentar su evolución al mismo tiempo que se ha hecho más difuso y de difícil operativización a tal grado que, en diversos casos, se ha asumido como sinónimo de fortaleza, resistencia o robustez, dejando de lado otras capacidades propias de los sistemas complejos (García 2006, 21).

En lo urbano se observa que, a pesar de los enormes esfuerzos realizados para promover el fortalecimiento de los sistemas, la fragilidad de estos ha seguido incrementándose tanto por su dinámica como por la variabilidad de su entorno, como lo señala la ONU en la declaración

de Sendai (2015), en especial el climático. Por ello, resulta extremadamente indispensable preguntarnos si el proceso de planeación, sus criterios y enfoques debieran replantearse, ya que, si bien dicho proceso puede considerarse dinámico debido a la incorporación recurrente de nuevas herramientas de análisis y prospección, ha carecido de manera recurrente, de un enfoque integral y holístico en sus análisis y propuestas como asegura la Estrategia Nacional de Ordenamiento Territorial (2021), documento fundamental de la política territorial de México. En su diagnóstico, resalta los problemas de desequilibrio, inequidad, exclusión, marginación y vulnerabilidad climática producto de un proceso de planeación vertical y fragmentado que ha atendido más a los objetivos políticos que a los de desarrollo. Por ello, es necesario que la planeación asuma un enfoque integral, con énfasis en las personas, en sus derechos y necesidades, de manera solidaria y coordinada con las autoridades, promoviendo la participación social en la toma de decisiones.

En este sentido, el presente trabajo tiene como propósito documentar las transformaciones recientes del modelo de planeación urbana y territorial en México a partir de las modificaciones al marco jurídico y normativo experimentadas en la última década, así como su expresión en el territorio. Para lograrlo, en la primera parte, se realiza un breve recorrido de la evolución del concepto de resiliencia y sus principales categorías para evaluar su aplicabilidad en el análisis del proceso de planeación urbana. En la segunda sección, se documentan algunas de las propuestas que han intentado operativizar el concepto con la finalidad de generar opciones para enfrentar la amenaza climática, en especial, se analiza la propuesta elaborada por la Fundación Rockefeller que integra 4 dimensiones de análisis, 12 objetivos y 52 indicadores valorados en siete dimensiones que permiten calificar a un sistema como más o menos resiliente. La tercera sección está destinada a mostrar los principales cambios que el marco jurídico normativo de México ha experimentado en los años recientes para promover un desarrollo urbano resiliente a través del establecimiento de criterios y principios que guían la política urbana y territorial. La cuarta parte está destinada a mostrar de manera sucinta, la aplicación de los criterios de desarrollo resiliente en seis programas municipales, tomando como caso de referencia el elaborado para el municipio de Cárdenas, Tabasco, México. Finalmente, se plantean algunas conclusiones derivadas del trabajo realizado.

1. Resiliencia y planeación urbana

El concepto de resiliencia proviene, según diversas versiones, de la ingeniería, específicamente de la metalurgia, para conocer el comportamiento de los materiales después de haber sido sometidos a la acción de un elemento externo (Méndez 2011, 216). Desde esta perspectiva, el tiempo de recuperación se convirtió en una de las variables relevantes para medir la eficiencia de su función, en un mundo que se concibe predecible, estático y en equilibrio (Folke 2006, 256; Walker et al., 2004).

Con el tiempo, dicho concepto fue utilizado en la psicología con el interés de indagar porqué algunos individuos sometidos a los efectos de una perturbación, podían desarrollarse, prácticamente sin secuelas. Según Walker et al. (2004,1), el concepto evolucionó considerablemente a partir de 1973 cuando se publicó “*Resilience and stability of ecological systems*”, trabajo seminal de Crawford Stanley Holling (1973), uno de los fundadores conceptuales de la economía ecológica, quien propuso el análisis de la relación entre el sistema social y el ambiental.

El trabajo de Holling se trasladó al análisis de los sistemas socio-ecológicos, a las relaciones funcionales de sus componentes en una realidad compleja, multifactorial que los pone a prueba de manera impredecible y en diferentes escalas. Según Holling, para mantenerse, el sistema desarrolla respuestas redundantes para enfrentar las perturbaciones que generan inestabilidad y, al mismo tiempo, las bases de su propia resiliencia. Es decir; promueven “*la persistencia de un sistema y su capacidad de absorber cambios y perturbaciones y aun así seguir manteniendo las relaciones entre poblaciones o variables de estado*” (Holling 1973, 14).

Esta diversidad de respuestas (*redundancia*), es la que permite que el sistema persista, evolucione y se transforme, para darle continuidad en el tiempo y el espacio. Dicha redundancia, constituye lo que Holling (1973, 4) denominó: “dominio de atracción” y Walker (2004, 3) de manera más amplia, calificó como “*paisaje de estabilidad*” al considerar diversas alternativas o trayectorias que asume el sistema para prevalecer. En dicho paisaje, se manifiestan diversos puntos de equilibrio parcial que lo mantienen al límite de sus posibilidades y le permiten evolucionar. Este estado es calificado por el autor como precario o *de precariedad*, pues está siempre al borde del colapso. Situación que, de

manera reiterada, alienta el cambio y la adaptación formando parte de la naturaleza misma de los sistemas vivos en los que la resiliencia es una condición que refleja su dinamismo permanente por lo que, metodológicamente, se requiere de un enfoque de sistemas complejos para su completo entendimiento (Holling 1973, 12).

Los resultados obtenidos por Holling (1973), inspiraron a científicos sociales y ambientales a desafiar la concepción dominante de la existencia de estados estables optimizables (Folke 2006, 1) que enfatizan la dinámica no lineal del análisis dominante. Con su aportación, el estudio de la resiliencia trascendió la esfera ecológica para incluir los efectos de la interacción entre los sistemas natural y social bajo el enfoque de los ciclos adaptativos cuyas relaciones trascienden, según su dinámica, la esfera particular. Por lo que, según Walker et al. (2004), para entender la relevancia del concepto de resiliencia, es necesario entender los atributos que determinan el futuro de los socio-ecosistemas (SES): (1) resiliencia, (2) adaptabilidad y (3) transformabilidad.

El primer atributo: la resiliencia (1), entendida como “*la capacidad de un sistema para absorber perturbaciones y reorganizarse mientras experimenta cambios, conservando esencialmente la misma función, estructura, identidad y sus retroalimentaciones*” (Walker et al., 2004) (Folke, 2006) (Walker & David, 2006) (Arner-Reyes, 2013). Dicha resiliencia, considera cuatro aspectos o componentes relevantes:

- Latitud: cambio máximo que un sistema puede soportar antes de perder su capacidad de recuperación.
- Resistencia: facilidad o dificultad con la que puede cambiar un sistema.
- Precariedad: cercanía de un sistema a un límite o umbral que, de alguna manera puede relacionarse con alguna acepción del concepto de vulnerabilidad, considerada como polo opuesto de la resiliencia (Becoña 2006, 7) (Arner-Reyes 2013, 54).
- Panarquía: interacciones entre escalas superior e inferior y la interdependencia de las diversas variables. Modelo heurístico de ciclos de renovación adaptativos anidados que enfatizan la relación entre escalas que incluye la posibilidad de evoluciones y retrocesos.

Este último componente, se resume en la figura 1, en la que se representan las fases sucesivas de la evolución de un sistema y la

posibilidad de que este trascienda a un plano superior en función de las necesidades de su propio desarrollo y la interacción con fenómenos acaecidos en otras escalas. Desde esta perspectiva, numerosos sistemas tienden a evolucionar de forma acíclica, con fases de crecimiento, destrucción y reorganización, siendo estas últimas las identificadas como resiliencia, según lo señalado por Gunderson & Holling (2002) citados por Méndez (2011, 217). Cabe hacer notar que; aun con dichos cambios, el sistema sigue siendo el mismo en tanto no se presenta una situación insostenible que obligue a su transformación radical. Podría decirse que; en palabras de Walker (2004), el sistema se encuentra en un “*paisaje de estabilidad*”, similar a lo planteado por Holling (1973).

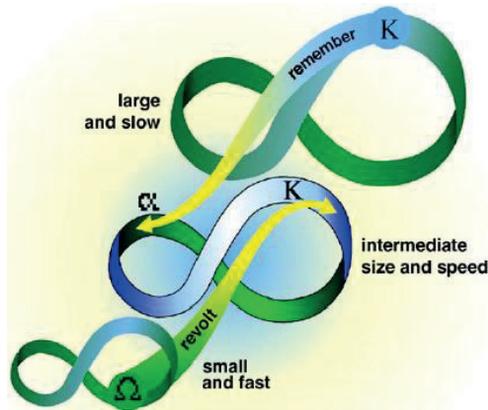


FIGURA 1: Interacción del sistema con diferentes escalas en su proceso de desarrollo

Fuente: Folke 2006, 6.

El segundo atributo: la adaptabilidad (2), es concebida como la capacidad de los actores de un sistema para influir en la resiliencia, para gestionarla, para autoorganizarse. Se considera que la adaptabilidad es principalmente una función del componente social, que actúa en ese sentido, con o sin intención para administrar el sistema y evitar así traspasar un límite indeseable (Walker et al., 2004).

Finalmente, el tercer atributo: la transformabilidad (3); es interpretada como la capacidad de crear fundamentalmente un nuevo sistema cuando las condiciones ecológicas, económicas o sociales (incluyendo la política) de un sistema se vuelven insostenibles (Walker et al., 2004), sobre todo cuando se trata de sistemas vulnerables en que pequeños

disturbios pueden causar consecuencias sociales dramáticas (Folke, 2006).

Entendido esto, Walker (2006, 7) concluye que, plantearse como objetivo el lograr la mayor resistencia posible del sistema ante cualquier amenaza, a través de la realización de acciones que lo preparen para todo, es no entender la resiliencia cuyo propósito es la flexibilización de las estructuras de tal manera que puedan adaptarse efectivamente.

Adicionalmente y como paradoja, este afán por la flexibilización del sistema puede conducir a un extremo indeseable de “*exceso de adaptación*” que es capaz de promover la conformación de un estado cada vez menos flexible y por tanto menos resiliente (Walker & David, 2006, 7) que no permitiría al sistema superar un estado indeseable, oneroso y hasta negativo en términos de desarrollo.

De manera resumida, como menciona Walker (2020, 1) ser resiliente representa tener la capacidad de “*cambiar para no ser cambiado*”, aprender de los efectos de una perturbación para poder enfrentar de una mejor manera una perturbación similar en el futuro. Es decir, que los sistemas resilientes, según (Walker 2020, 1) son sistemas de aprendizaje, en los que las estructuras generadoras de información y conocimiento deben promoverse, especialmente en materia urbana debido a la concentración de la población, inversiones y funciones esenciales para el desarrollo. Quizá por esta razón, la ONU estimo que “*en los últimos años, la resiliencia ha surgido como un tema central del desarrollo urbano que sirve como base para una amplia gama de intervenciones estratégicas*” (ONU-Habitat III 2015, 2).

Asumiendo esta perspectiva de análisis, el organismo ha propuesto que la ciudad sea observada como un sistema complejo, abierto y dinámico. Un organismo que transita por diversos estados producto de la adaptación continua, motivada por diversos desafíos que obligan a abordar el análisis de los sistemas urbanos de una manera integrada y holística, en donde la resiliencia es interpretada como una manifestación de la intencionalidad de la acción humana para transformar el sistema fundamentada en su capacidad de aprendizaje (Aurrekoetxea 2018, 235). Por lo que, desde esta perspectiva, la resiliencia urbana puede interpretarse como la capacidad de adaptación positiva del sistema que surge fortalecido a partir de una transformación interna promovida por la ocurrencia de fenómenos externos (Aurrekoetxea 2018, 249).

La adaptación sistémica promovida de esta manera, tiene como finalidad mantener una trayectoria tal que asegure la “*estabilidad*” a través de diversas intervenciones urbanísticas cuya finalidad no es la generación de invulnerabilidad sino flexibilidad para lograr su persistencia, su adaptación y de ser el caso, la transformación del sistema en uno nuevo. Como señala Holling (1973, 22) no se requiere desarrollar la capacidad para predecir el futuro, lo que se necesita es desarrollar la capacidad para idear sistemas capaces de absorber y adaptarse a cualquier situación futura.

En ese sentido, la planeación del desarrollo urbano resulta crucial pues en ella se realiza el diagnóstico de la situación actual y se elaboran diversos escenarios futuros (Ortega 1982, 250) con la intención de reducir, lo más posible, la incertidumbre. La planeación, cumple así una tarea fundamental que es; guiar de manera consciente y racional el desarrollo a diferentes niveles y escalas con un profundo conocimiento del territorio y sus componentes incrementando, al mismo tiempo, la posibilidad de que lo planeado se realice. De esta manera y dada su relevancia, es natural que:

en la mayoría de las definiciones de planeación se encuentran seis rasgos característicos: i] acento en la racionalidad en la selección de opciones; ii] selección de objetivos coherentes a las prioridades de desarrollo económico-social; iii] hincapié en la asociación de metas, objetivos y políticas; iv] fijación de estrategias adecuadas para alcanzar los objetivos; v] delimitada imagen futura deseada y, vi] consideración de la viabilidad política del plan (Ortega 1982, 251).

Pese a lo anterior, es observable que la planeación urbana tradicional, ha carecido de la efectividad que su propia declaratoria señala. Los problemas urbanos estructurales persisten y en múltiples ciudades son evidenciados por la inequidad, marginación, segregación socioespacial, así como otros males que, al ser abordados de manera parcializada y disciplinar han promovido el surgimiento de nuevas vulnerabilidades o ampliado las que pretendió resolver. Por lo que, desde la perspectiva de la planeación urbana resiliente, es necesaria la realización de un diagnóstico integral prospectivo, sistémico, que considere las dimensiones: natural, económica, bio-sanitaria, política, tecnológica y social, además de los efectos combinados de las diferentes variables que hacen al sistema vulnerable a través del tiempo y el espacio. Es decir que desde

un enfoque sistémico, como menciona Folke (2006, 257), “*las teorías de los sistemas complejos describen a los sistemas no como deterministas, predecibles y mecanicistas, sino como procesos orgánicos con retroalimentación entre múltiples escalas que permiten a estos sistemas autoorganizarse*”, debido a que, desde esta perspectiva, el enfoque de los sistemas adaptativos complejos, “*intentan explicar cómo estructuras complejas y patrones de la interacción pueden surgir del desorden a través de simples pero poderosas reglas que guían el cambio*” (Folke 2006, 257).

La incorporación de este enfoque, conduce a hacer de la planeación urbana y regional sujeto y objeto de estudio ya que, al tiempo que realiza propuestas para impulsar el desarrollo, debe también cuestionar sus propios métodos, enfoques y herramientas en concordancia con las necesidades identificadas por Naciones Unidas para planear el desarrollo urbano, ya que,

construir la resiliencia requiere no sólo una comprensión de los riesgos y efectos inmediatos de un choque en la zona afectada, sino también las consecuencias en cascada que pueden tener un impacto profundo y duradero en las comunidades [... por ello resalta la importancia de la planeación urbana al afirmar que...] los tres pilares de la nueva Agenda urbana (son), planificación urbana, legislación urbana y financiación municipal (ONU-Habitat III 2015, 3);

Elementos que proporcionan un marco útil para la comprensión de la resiliencia urbana desde un punto de vista integral que obliga a la planificación urbana a:

tener en cuenta los riesgos para dar lugar a un cambio sostenido. Para que el desarrollo considere y atienda los riesgos, las iniciativas deben incluir evaluaciones contextuales e integradas que reconozcan la diversidad y la complejidad de las amenazas y los riesgos de interacción reales y potenciales. Esto implica reconocer la interacción entre los riesgos, las decisiones humanas y los sistemas naturales, así como hacer hincapié en el uso racional de los limitados recursos disponibles. Con ese fin, debemos cambiar la planificación y la ejecución segmentadas y con escasa visión de futuro por enfoques transdisciplinarios y colaborativos que aumenten la resiliencia (UNDRR 2019, 12).

2. Desarrollo urbano resiliente

Un modelo es una representación simplificada de la realidad, integrada por variables consideradas esenciales para ilustrar el comportamiento de un sistema complejo, en este caso urbano. Entendida así, la ciudad “*nos incita a realizar un cambio fundamental en la forma en que desarrollamos y utilizamos la información para tomar decisiones, sin recurrir a la simplificación deliberada del problema y de sus causas al sacarlo de su contexto*” (UNDRR 2019, 8) por lo que es necesario “*rediseñar nuestras metodologías de investigación para trabajar de forma transdisciplinaria, implicar a otras contrapartes no tradicionales*” (UNDRR 2019, 9).

Los estudios sobre resiliencia urbana son realmente escasos. Según Méndez (2011, 218) los modelos analíticos que han alcanzado un mayor desarrollo son los económicos. Entre ellos; el realizado por Mario Polése (2010) como se cita en Méndez (2011, 218), quien define a la resiliencia urbana como: “*la capacidad de las economías locales para transformarse frente a los shocks tecnológicos que socavan su base económica preguntándose, en esencia, sobre cómo reinventar sus economías*”, ya sea para sobrevivir o desarrollar la capacidad de resistir a crisis sistémicas de origen externo, pero reforzadas por ciertas debilidades locales causantes de un proceso de declive a largo plazo que cuestiona su funcionalidad anterior, promoviendo una transformación interna que permite su adaptación positiva al contexto imperante en la nueva etapa.

Por lo que, como señala Méndez (2011, 220-221):

el éxito de las ciudades resilientes se asocia con: i] la presencia de una población altamente calificada, ii] una economía diversificada con elevada proporción de servicios avanzados y, es casa de industrias maduras, iii] una localización central dentro de un área con un amplio mercado interno o una buena posición para comerciar con mercados externos y, iv] un clima o entorno natural agradable y más favorable que el de otras ciudades del país (Méndez 2011, 220-221).

Según esto, como señala Méndez (2011, 221) citando a Polése (2010, 21) “si una ciudad tiene la fortuna de alcanzar una alta puntuación en los cuatro aspectos, su crecimiento a largo plazo está asegurado y su resiliencia será un resultado inevitable” Sin embargo, el modelo adolece de la posibilidad de evaluar la resiliencia más allá de ser

considerada como un estado al soslayar la variable tiempo y no considerar al sistema en su conjunto.

Quizá por ello, y con la finalidad de operativizar el concepto, en 2010, Resilience Alliance, organización especializada en resiliencia de los sistemas socioecológicos, publicó: “*Assessing resilience in social-ecological systems: workbook for practitioners. Version 2.0*”. Ahí, propone un método para dimensionar la resiliencia de un socioecosistema que consiste en cinco pasos: 1. Establecer los límites espaciotemporales del análisis, así como las amenazas a considerar; 2. Considerar la dinámica interna, sus múltiples estados y su relación con los estresores y transiciones; 3. Tomar en cuenta las interacciones internas y externas, efectos en cascada y las condiciones que dan paso a la resiliencia general del sistema; 4. La gobernanza adaptativa y las redes sociales solidarias y, 5. Actuar a partir de los resultados de la evaluación para iniciar la transformación (Resilience Alliance 2010, 5). Su aportación radica en incorporar un enfoque dinámico de los ciclos adaptativos conformados por cuatro fases de desarrollo: crecimiento, mantenimiento, colapso y reorganización retomando las ideas de Holling (1973) y Folke (2006) y define a la resiliencia como: “*The capacity of a system to absorb disturbances and reorganize while undergoing change so as to retain essentially the same function, structure, identity, and feedbacks*” (Resilience Alliance 2010, 51).

Quizá el modelo más elaborado para medir la resiliencia urbana es el propuesto por la Fundación Rockefeller (The Rockefeller Foundation, 2011) quien se considera a sí misma como pionera en el análisis de la resiliencia climática urbana y rural desde principios del presente siglo. En el manual publicado por esta institución en 2011 se señala que existen diversas aproximaciones al tema, sin embargo, muchas de ellas examinan la resiliencia de subsistemas particulares por lo que su propuesta, pretendió ser un marco holístico que combina aspectos físicos e intangibles asociados con el comportamiento de la población en sus dimensiones económica, física, social e institucional en una escala urbana (The Rockefeller Foundation 2011, 5).

El modelo está compuesto por 4 dimensiones, 12 metas y 52 indicadores críticos que podrían englobarse en 7 cualidades esenciales de un sistema resiliente que son: robustez, inclusividad, flexibilidad, reflexividad, integración, redundancia e ingenio para aprovechar de la mejor manera sus recursos, mismos que se evalúan con criterios cua-

litativos y cuantitativos que miden la intensidad de cada una de las dimensiones mencionadas por cada uno de los 52 indicadores.

Tabla 1: Modelo de resiliencia urbana propuesto por la Fundación Rockefeller

| Dimensiones | Metas | Indicadores | Cualidades |
|-------------------------------------|---|---|---|
| 1. Salud y bienestar | 1 Mínima vulnerabilidad humana 2 Diversidad de medios de vida y empleo 3 Salvaguardias eficaces para la salud y las vidas humanas | Catorce indicadores relacionados con medición de la asequibilidad de la vivienda, el suministro de servicios públicos y acceso a alimentos de manera adecuada. El desarrollo económico, acceso a los sistemas de salud y respuesta a emergencias. | Flexibilidad Implica la capacidad de cambio, evolución y adaptación del sistema en respuesta a las circunstancias cambiantes Redundancia Capacidad adaptativa con múltiples formas para responder a una necesidad o cumplir una función |
| 2. Economía y sociedad | 4 Identidad colectiva y apoyo comunitario 5 Seguridad integral y estado de derecho 6 Economía sostenible | Trece indicadores relacionados con la medición de la identidad colectiva y la solidaridad, la prevención del delito, la corrupción, acceso a la justicia y la gestión de las finanzas locales. El desarrollo económico diversificado e integrado regional e internacionalmente. | Robustez Incluye, gracias a un buen diseño y concepción de las estructuras, la capacidad para resistir los impactos de un peligro sin sufrir daño significativo o pérdida de su función Innovación Las instituciones y las personas encuentran rápidamente formas y medios para satisfacer sus necesidades |
| 3. Infraestructura y medio ambiente | 7 Exposición y fragilidad reducida 8 Prestación eficaz de servicios críticos 9 Movilidad y comunicaciones fiables | Trece indicadores para el acceso a información cartográfica suficiente para prevenir riesgos, la protección de ecosistemas eficiente y ágil. Medios eficientes para la movilidad y las comunicaciones. | bajo estrés aprovechando sus recursos. Reflexividad Examina y aprende sistemáticamente de sus pasadas experiencias para tomar mejores decisiones en el futuro |
| 4. Liderazgo y estrategia | 10 Liderazgo y gestión eficaces 11 Partes interesadas empoderadas 12 Planificación integrada del desarrollo | Doce indicadores para medir la participación ciudadana en la toma de decisiones, la coordinación entre niveles de gobierno y la sociedad para medir y enfrentar riesgos, planear el desarrollo de manera incluyente y participativa. El uso de suelo y la zonificación. El acceso a la educación. | Inclusividad Resalta los procesos participativos y de consulta, incluyendo a los más vulnerables fomentando el sentido de comunidad. Integralidad Promueve la integración y alineación entre sistemas, mejora toma de decisiones, el intercambio de información y la retroalimentación. |

Fuente: Elaboración propia con información de Fundación Rockefeller (The Rockefeller Foundation, 2015).

La matriz resultante, da origen al círculo de resiliencia que ha caracterizado al modelo denominado índice de ciudad resiliente (CRI, por sus siglas en inglés) (The Rockefeller Foundation 2015, 1), compuesto por 10 anillos concéntricos en que se organizan los componentes. Es pues una tabla estilizada que pondera la ausencia/presencia/intensidad de las 7 cualidades en determinado sistema urbano. La aportación más relevante de este modelo se encuentra en la conformación de una metodología que permite establecer una línea base que posibilita el seguimiento a las diferentes variables a través del tiempo. Incluso permitiendo realizar análisis de sensibilidad de variables específicas, sobre todo relacionadas con los efectos del cambio climático. Dicho modelo, según la fundación, se ha puesto a prueba en diversos países y su desarrollo continua en la actualidad (2023), con la intención de hacerlo más integral y comprensible para los tomadores de decisiones.

Aurrekoetxea (2018), considera que este modelo identifica cuatro pilares fundamentales en los que se sustenta la resiliencia urbana: personas, lugar, organización y conocimiento. Sin embargo, apunta que los análisis y respuestas son complejas, por lo que, al ser cada sociedad y entorno diferentes, es fácil suponer que no hay un modelo específico a seguir por lo que; es necesario generar metodologías innovadoras para cada caso (Aurrekoetxea 2018, 239). Pese a ello, esta propuesta ha considerado los diversos avances logrados en casi 30 años de investigación, llegando a concluir que la resiliencia urbana describe la capacidad de las ciudades para funcionar de modo que las personas que viven y trabajan ahí, en particular los pobres y los grupos vulnerables, sobrevivan y prosperen sin importar el estrés o los golpes que enfrenten. Adicionalmente, se estima que, para lograrlo, es fundamental la participación de los diversos actores, al ser el factor humano el propulsor del cambio de manera consciente o inconsciente, premeditado o no, por lo que se considera que la gobernanza es la dimensión clave del pensamiento resiliente como menciona Aurrekoetxea (2018, 245), al ser la base de la transformación interna del sistema. Aunque, según este autor, a este último aspecto se le da poco peso en el modelo de la Fundación Rockefeller al igual que a la socialización e interiorización del funcionamiento del sistema, en especial sobre el riesgo y los caminos para gestionarlo a través de la planeación participativa que es la expresión más actual de la resiliencia evolutiva. Contrariamente a lo que sucede con las transformaciones físicas, las necesidades de movilidad, transporte e innovación.

3. Planeación urbano territorial, marco jurídico normativo de México y cambio climático.

Resulta obvio suponer la existencia de diversos esfuerzos para planear las principales ciudades de México antes y después de la llegada de los españoles. Sin embargo, puede afirmarse que la planeación institucionalizada del desarrollo inició en 1930 con la publicación de la Ley Federal de expropiaciones y la ley de Planeación General, mismas que constituyeron “*el primer antecedente jurídico para que el Estado mexicano emprendiera acciones de planeación sobre su desarrollo*” (García 2010, 104). Otros referentes de dicho esfuerzo los encontramos en los planes nacionales de desarrollo elaborados por el gobierno mexicano a partir de 1934, documentos que han sido elaborados de manera recurrente, salvo en los periodos 1952-1964 y 1982-1988 y que han sido la base de la planeación del desarrollo nacional.

Un paso muy relevante para la planeación del territorio a nivel nacional fue la incorporación del enfoque de cuencas hidrológicas para la planeación del desarrollo regional en 1946 para emular la experiencia de los Estados Unidos en la cuenca del río Tennessee (García 2010, 109). Pese a este esfuerzo por incluir un enfoque integral al modelo de planeación, la ley Federal de Planeación sería publicada en 1963 en un marco de “*planeación inercial*” como la califica García (2010, 111) cuyo interés central fue la conformación de una base de información territorial con la participación de la Comisión de Estudios del Territorio Nacional en 1968.

Junto con el proceso de institucionalización de la planeación del desarrollo territorial, se presentó un periodo de fuertes cambios de 1970 a 1976, creándose:

una serie de organismos, ordenamientos legales y planes como nunca antes en la historia reciente de México para inducir el desarrollo socioeconómico sectorial y regional, controlar la introducción de capitales extranjeros, encauzar el crecimiento y distribución de la población, incentivar la promoción de conjuntos, parques, ciudades industriales y centros comerciales, entre otros aspectos de gran importancia (García, 2010: 113).

Como elemento fundamental de esta institucionalización de la planeación urbana y regional, en 1976 se promulgó la Ley General

de Asentamientos Humanos como preámbulo para que la planeación fuera llevada al rango de secretaría de Estado. Se habló por primera vez, como menciona García (2010,113), de un “*Sistema Nacional de Planeación que involucró a los sectores tomadores de decisiones*”. En 1983, ya en un marco neoliberal, se promulgó la ley General de Planeación, que reafirmaría la rectoría del Estado y fortalecería el Sistema Nacional de Planeación Democrática y, a partir del periodo 1988-1994 que se retomó la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y muchos otros instrumentos y programas cuya principal virtud fue la inclusión de un enfoque regional cuya intensidad fue la “*distribución equilibrada y sustentable de la población y de las actividades económicas en el territorio nacional*” (García 2010, 116), además de la reforma al artículo 27 constitucional que desde entonces permite la desincorporación de la propiedad social con importantes efectos en el desarrollo futuro de las ciudades mexicanas.

Lo más destacable del periodo 1994 a 2018 en materia de planeación nacional y sectorial, fue la incorporación de una visión de largo plazo y un intento por equilibrar el desarrollo interregional. Sin embargo y, pese a los propósitos establecidos, los objetivos no se lograron. Por el contrario, la brecha entre norte y sur siguió ampliándose. La continuidad de la política nacional mantuvo su rasgo tendencial, vertical y reactivo ante los cambios que al interior y exterior del sistema se fueron dando, incluso impulsados con mayor fuerza debido a la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norte América y Canadá (TLCAN) en la década de los noventa y los efectos cada vez más visibles del cambio climático. De esta manera, ni los desequilibrios regionales y el alto costo de los desastres vinculados con fenómenos climáticos, especialmente hidrometeorológicos, promovió un cambio en el enfoque aplicado tradicionalmente en la planeación del desarrollo caracterizado por su verticalidad y fragmentación analítica en que la actitud reactiva ha sido dominante.

Esto último, se manifestó de manera concreta en lo que debía ser la mayor expresión de capacidad adaptativa, el establecimiento de un sistema de atención a desastres en 1965 que luego de los terremotos de 1985 se transformaría en un sofisticado sistema de atención a desastres y protección civil (Rosas 2018, 11-12), altamente especializado en la atención de emergencias y el diseño de mecanismos para atenderlas. Pese a ello, la vulnerabilidad de los sistemas urbanos mantuvo su

tendencia creciente (ONU 2015, 10), sobre todo por la existencia de una gran inequidad social.

De manera más reciente, la emergencia climática y los acuerdos asumidos por el país lograron establecer el inicio de un proceso que ha incorporado el enfoque de riesgo como un reconocimiento de que el cambio climático ha dejado de ser una amenaza para convertirse en toda una realidad que pone en riesgo la continuidad de diversos ecosistemas naturales y urbanos. Aunque es un fenómeno propio de la evolución del planeta, el cambio climático se ha visto impulsado de manera relevante por la acción del hombre, especialmente en el siglo pasado, según los informes publicados por el Grupo Interinstitucional de Expertos en Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés). La variación del estado del clima, como menciona el IPCC (FIELD, C.B. et al. 2014, 5), *“puede deberse a procesos internos naturales o a forzamientos externos tales como modulaciones de los ciclos solares, erupciones volcánicas o cambios antropogénicos persistentes de la composición de la atmósfera o del uso del suelo”*. Según el mismo organismo, entre los impactos de esos fenómenos extremos conexos al clima se encuentran: la alteración de ecosistemas, la desorganización de la producción de alimentos y el suministro de agua, daños a la infraestructura y los asentamientos, morbilidad y mortalidad, y consecuencias para la salud mental y el bienestar humano (FIELD, C.B. et al. 2014, 6).

Por ello, la Ley General de Cambio Climático, reconociendo el riesgo que esta situación representa, en su artículo segundo, fracción IV, establece como objetivo: *“Reducir la vulnerabilidad de la población y los ecosistemas del país frente a los efectos adversos del cambio climático, así como crear y fortalecer las capacidades nacionales de respuesta al fenómeno”* (DOF 2012, 1), mediante la promoción de la adaptación, entendida como aquellas *“medidas y ajustes en sistemas humanos o naturales, como respuesta a estímulos climáticos, proyectados o reales, o sus efectos, que pueden moderar el daño, o aprovechar sus aspectos beneficiosos”* contempladas, de manera indicativa, en la Estrategia Nacional de Cambio Climático (Gobierno de la República 2013, 18) en donde se establece la necesidad de contar con políticas transversales, coordinadas y articuladas que permitan la operativización de la estrategia considerando para ello los siguientes principios rectores:

- Sustentabilidad en el aprovechamiento o uso de los ecosistemas y recursos naturales.

- Corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad.
- Precaución ante la incertidumbre.
- Prevención de los daños al medio ambiente y preservación del equilibrio ecológico.
- Adopción de patrones de producción y consumo sustentables.
- Integralidad y transversalidad al adoptar un enfoque de coordinación y cooperación entre órdenes de gobierno, así como con los sectores social, público y privado.
- Participación ciudadana efectiva.
- Responsabilidad ambiental.
- Transparencia, acceso a la información y a la justicia.
- Compromiso con la economía y el desarrollo económico sin vulnerar la competitividad frente a los mercados internacionales.

En este marco, y con fundamento en los artículos constitucionales 25 y 26 que establecen la competencia del Estado para organizar un sistema de planeación democrática que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política social y cultural de la nación; la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (DOF 2016, 5-6), establece en su artículo 4, diez principios que deberán ser observados de manera obligatoria en la planeación, regulación y gestión de los asentamientos humanos y ordenamiento territorial:

- El derecho a la ciudad.
- Equidad e inclusión.
- Derecho a la propiedad urbana.
- Coherencia y racionalidad, para promover el ordenamiento territorial y urbano de manera equilibrada, armónica, racional y congruente, acorde a los planes y políticas nacionales.
- Participación democrática y transparencia.
- Productividad y eficiencia.
- Protección y progresividad del espacio público.
- Resiliencia, seguridad urbana y riesgos.
- Sustentabilidad ambiental.
- Accesibilidad universal y movilidad.

Según el artículo 23 de la misma ley, el Estado tiene la obligación de promover la aplicación de estos principios plasmados en la

Estrategia Nacional de Ordenamiento Territorial (ENOT), el Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (PNOTDU), así como los programas de menor jerarquía del mismo sector establecidos por la ley (DOF 2016, 19).

Con relación a la resiliencia urbana, la misma ley, en su título VI, art. 64 al 69, es muy específica respecto a la aplicación del criterio de gestión integral del riesgo, incluyendo acciones de prevención, mitigación e incluso la reubicación de asentamientos humanos.

En este contexto, la resiliencia es definida por la ley como:

la capacidad de un sistema, comunidad o sociedad potencialmente expuesta a un peligro para resistir, asimilar, adaptarse y recuperarse de sus efectos en un corto plazo y de manera eficiente, a través de la preservación y restauración de sus estructuras básicas y funcionales, para lograr una mejor protección futura y mejorar las medidas de reducción de riesgos (DOF 2016, 4)

El planteamiento, aunque puede ser considerado como una meta, más que un proceso de flexibilización basado en la gobernanza territorial, para el control del suelo y los procesos constructivos, representa un cambio de enfoque relevante.

Por otro lado, como parte de la estructura del Sistema Nacional de Planeación Democrática, el Plan Nacional de Desarrollo (2019), establece diversas metas y políticas de las cuales se desprenden las prioridades sectoriales plasmadas en dos documentos fundamentales; la Estrategia Nacional de Ordenamiento territorial (2021) y el Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (SEDATU 2021). La Estrategia, de manera congruente con la ley antes mencionada, plantea como política pública transversal de mediano y largo plazos, reducir las desigualdades sociales, construir asentamientos humanos, rurales y urbanos más sostenibles, seguros e incluyentes; y promover un uso más racional de los recursos naturales, teniendo como ámbito de actuación el territorio, convirtiéndose así en el instrumento rector que, con un enfoque sistémico, establece las bases de la rectoría del Estado en la planeación del territorio (SEDATU 2021, 13).

Para lograr sus propósitos la ENOT descansa en siete principios congruentes con lo establecido en la Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTDU),

El plan Nacional de Desarrollo (PND) y el Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (PNOTDU):

- Reconocimiento a las personas en el centro de las políticas y acciones.
- Procuración de la justicia socio espacial.
- Reconocimiento a los derechos individuales y colectivos.
- Respeto a los derechos de los propietarios y núcleos agrarios.
- Derecho de acceso libre y seguro a cualquier espacio público.
- Reconocimiento del derecho al medioambiente sano.
- Reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanos (SEDATU 2021, 19). ENOT

Como se ve, aun cuando su fraseo es diferente, abarca los diversos aspectos señalados en la Ley. Adicionalmente, se encuentra alineada con la Agenda 2030 de la ONU, El marco de Sendai para la prevención de desastres, la Nueva Agenda Urbana contenida en la declaración de Quito sobre ciudades y asentamientos humanos sostenibles para todos (Hábitat III), el convenio 169 de la OIT, además de los compromisos sobre desarrollo urbano resiliente y ambientalmente sostenible, el marco teórico sobre resiliencia urbana, ya mencionado, y otros que se orientan a la planeación urbana, la adaptación, transformación y al cambio de enfoque analítico y propositivo para enfrentar los problemas identificados derivados de la desarticulación del territorio, la inequidad del desarrollo por regiones y una deficiente gestión del desarrollo, la ENOT (SEDATU 2021) establece tres ejes nacionales de acción aplicables de manera diferenciada a los siete sistemas urbano-rurales identificados en la estrategia:

- Estructuración Territorial. Orientado a la identificación, localización y articulación de los usos del suelo en el Sistema Nacional Territorial que vinculan a las redes de infraestructura con los nodos estratégicos, el equipamiento y los servicios en armonía con la preservación del ambiente.
- Desarrollo Territorial. Relacionado con el proceso de mejoramiento del bienestar de la población en el territorio nacional, garantizando la justicia socioespacial, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, y la mitigación y adaptación al cambio climático con el impulso de las fuerzas sociopolíticas, culturales, económicas y tecnológicas.

- **Gobernanza Territorial.** Orientada a la consolidación de espacios de diálogo e inclusión, coordinación y concertación entre los diversos actores de la sociedad y las autoridades de los diferentes órdenes de gobierno, con base en el Sistema General de Planeación Territorial y las normas e instrumentos para su operación en el territorio.

El Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, por su parte, es congruente con los distintos ordenamientos legales de mayor jerarquía y su enfoque, pese a ser un documento con un horizonte sexenal. Su aportación más relevante, se encuentra en la integración del Ordenamiento Territorial (OT) y el Desarrollo Urbano (DU), permitiendo con ello la elaboración de análisis y propuestas holísticas con una visión desde abajo, incluyente y de gestión del riesgo, aun cuando quedan pendientes muchos retos de coordinación sectorial.

Para lograr sus fines, el Programa establece seis objetivos prioritarios:

- Impulsar un modelo de desarrollo territorial justo, equilibrado y sostenible, para el bienestar de la población y su entorno.
- Promover un desarrollo integral en los sistemas urbano-rurales y en las zonas metropolitanas poniendo especial atención en la modificación de los usos de suelo y la gestión integral del riesgo.
- Transitar a un modelo de desarrollo urbano orientado a ciudades sostenibles, ordenadas, equitativas, justas y económicamente viables, que reduzcan las desigualdades socio espaciales en los asentamientos humanos evitando la dispersión, la falta de estructuración interna de las ciudades, la expulsión de la población, el déficit de servicios de calidad incluyendo el transporte y la movilidad.
- Potencializar las capacidades organizativas, productivas y de desarrollo sostenible tomando en cuenta los posibles efectos del cambio climático y la insuficiencia de recursos para la inversión en infraestructura.
- Promover el hábitat integral de la población en la política de vivienda adecuada que brinde certeza jurídica a la propiedad, que sea asequible para toda la población, en especial los más vulnerables.

- Fortalecer la sostenibilidad y las capacidades adaptativas en el territorio y sus habitantes con especial atención a la conservación del hábitat, en un contexto de cambio climático (SEDATU 2018, 21-45).

4. Planeación urbana y resiliencia climática en la región Chontalpa de Tabasco, México

Como parte de los esfuerzos para materializar los objetivos de desarrollo sostenible y resiliente con justicia social, en septiembre de 2021 inician los trabajos para la elaboración de seis programas municipales de ordenamiento territorial y desarrollo urbano, pertenecientes a la Región Chontalpa en el estado de Tabasco (Cunduacán, Comalcalco, Huimanguillo, Jalpa de Méndez, Paraíso y Cárdenas), mismos que pueden consultarse en el sitio web de la subsecretaría de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano del estado de Tabasco.

Entre las condicionantes del estudio contratado por la autoridad sectorial, se encontraba que el análisis debía utilizar un enfoque sistémico de cuenca y de derechos humanos, donde la participación de los diversos agentes interesados pudiera materializarse para la elaboración de diagnósticos, conformación y evaluación de propuestas que invariablemente integraran el conocimiento y la cultura local sin soslayar la aplicación de los avances teórico técnicos que permitieran generar un amplio conocimiento del territorio y los riesgos vinculados a las características del ecosistema costero localizado en una de las regiones más sensibles a los efectos del cambio climático que, según la base de datos del Centre de Recherche sur l'Epidémiologie des Desastres (CRED), L'École de Santé Publique de l'Université Catholique de Louvain, Bélgica (CRED, 2022) hasta noviembre de 2022 había provocado 469 desastres tecnológicos y naturales, 64% de ellos relacionados con algún fenómeno natural (terremotos, tormentas, sequías, inundaciones, etcétera) que, según Abeldaño (2018), cada vez han sido más recurrentes, intensos y costosos³.

Pese al incremento señalado, la ONU reconoce que México ha desarrollado una gran capacidad adaptativa (UNISDR 2015, 118) pues

³ Con un promedio anual menor a uno en las primeras décadas del siglo pasado y, a partir de 1950 este promedio ha llegado a 11 en el periodo 2020-2022 (Abeldaño, 2018).

ha sido capaz de absorber los efectos negativos sin que ello afecte su trayectoria de crecimiento económico. Sin embargo, la realidad es otra, pues los esfuerzos realizados no han sido suficientes para reducir la vulnerabilidad al cambio climático, sobre todo en lo que respecta a la población más pobre, como el propio gobierno mexicano reconoce al identificar que 73 % de los municipios del país, manifiestan algún tipo de vulnerabilidad climática (INECC 2021, 6-7).

Para atender esta situación en el estado de Tabasco, uno de los más vulnerables de la geografía nacional, en 2021, inició el proceso de elaboración simultánea de los programas de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano en los seis municipios de la región Chontalpa quienes de 1970 a 2013 sufrieron 589 eventos de origen climático, 13.6 por año, vinculados con: una granizada, 438 inundaciones, 21 lluvias, 21 marejadas, 15 sequías, 33 tempestades, 3 tormentas eléctricas y 57 vendavales (CRED, 2022).

Para la implementación de la nueva política urbana y territorial y la elaboración de los instrumentos, el gobierno mexicano en sus tres niveles, asumió diversos compromisos. Entre los que se destacan:

1. La actualización de su marco jurídico que incorporó temáticas relevantes tales como el cambio climático, los diversos compromisos internacionales asumidos en términos de derechos humanos, equidad, medio ambiente, laborales, entre otros.
2. La inclusión de un enfoque de resiliencia que incluye el análisis del territorio entendido como un sistema abierto, dinámico e inestable que no admite la sobre simplificación de su funcionalidad. Mismo que se caracteriza por su permanente precariedad y tendencia al cambio que motiva su flexibilización constante y, de ser el caso, su transformación donde la capacidad de aprendizaje del componente social es crucial para impulsar y sustentar este proceso.
3. La tarea de generar los recursos humanos necesarios para poner en práctica la estrategia nacional de Ordenamiento Territorial y Planeación del Desarrollo Urbano mediante la organización de diversas actividades de difusión y capacitación a través de la organización de conferencias, charlas, cursos, diplomados y webinars, entre otros, para transmitir su visión sistémica compleja del desarrollo urbano y regional para todos aquellos interesados

en temas de planeación urbana resiliente. Resaltando los enfoques de riesgo, cambio climático, derechos humanos, sistemas complejos, entre otros. En colaboración con otras dependencias del gobierno federal.

4. La generación de manuales, guías y lineamientos que sirvieron de apoyo para desarrollar los diversos métodos innovadores necesarios para operativizar dicha estrategia con un enfoque transdisciplinario.

Dichos manuales, produjeron una base mínima de análisis al establecer dimensiones y variables de interés relacionadas con la dinámica demográfica, ambiental, social, territorial, climática y económica en sus diferentes escalas: las personas, sus necesidades y dinámicas; el barrio, su imagen, su interacción con otras escalas; su patrón de crecimiento, su dinámica, e interacción con la región, el continuo urbano y los elementos de contexto como el cambio climático y su relación con la generación de condiciones y situaciones de riesgo y vulnerabilidad, los instrumentos de gestión y gobernanza, entre otros. De esta manera, su contenido se orienta a la materialización de los objetivos de desarrollo nacional a través del cumplimiento de los principios y lineamientos establecidos en el marco jurídico y normativo existente en que se establecieron como principios rectores: el poner al centro a las personas; equidad en la distribución de infraestructuras y equipamientos, servicios, espacios públicos, vivienda, empleos, priorización de las zonas más desfavorecidas; ciudad compacta, densa y con usos mixtos; ciudades sustentables e inclusión urbana para todas las personas (SEDATU, 2021).

Los “Lineamientos para la elaboración de los programas municipales de ordenamiento territorial y desarrollo urbano (PMOTDU)” aportaron los elementos conceptuales para la elaboración y actualización de dichos instrumentos. Para hacer más asequible su contenido, a quienes deberán implementarlos, se elaboró una versión simplificada o resumida. Este ejercicio, permitió conocer los alcances, metodologías recomendadas, incluso la estructura del informe (SEDATU 2021, 18) así como las prioridades de la planeación:

- Reconducir el modelo urbano actual hacia un modelo consolidado, no disperso, con densidades altas y un equilibrio en la distribución de usos y servicios.

- Favorecer la construcción de vivienda asequible y con diversidad social en el suelo urbano consolidado.
- Proteger y preservar el patrimonio construido y fortalecer el carácter de la ciudad.
- Promover usos mixtos en el tejido habitacional, distribuir de forma policéntrica y equilibrada los equipamientos y servicios.
- Configurar una red de áreas verdes y espacios públicos libres, dimensionada en función de la densidad poblacional y proporcionada de acuerdo con la intensidad de las actividades y usos del suelo urbano.
- Gestionar de forma eficiente los recursos (agua y energía) y residuos sólidos, para reducir su impacto en el medio ambiente y su contribución en el cambio climático.
- Equilibrar el actual modelo de movilidad para alcanzar un reparto modal más equitativo en el cual se fomenten: los desplazamientos no motorizados, el transporte público, y los viajes de conexión de media y larga distancia, a fin de reducir el uso del transporte privado.
- Incorporar la perspectiva de género, de los colectivos vulnerables y de personas con necesidades especiales en la planificación de la ciudad, a fin de fomentar la cohesión social y evitar la segregación espacial.
- Asegurar la participación de todos los agentes afectados e implicados en el proceso de desarrollo urbano, garantizando la prevalencia del interés general.
- Garantizar la gestión, ejecución y evaluación del proceso de planeación.

Dichos elementos proporcionaron información relevante para materializar algunas de las aspiraciones expresadas en la Nueva Agenda Urbana, los Objetivos de Desarrollo 2030, El acuerdo 169 de la OIT, el propio Plan Nacional de Desarrollo. El enfoque, además de humano, también contempló la realización de un análisis multiescalar, multidimensional, acompañados de una propuesta de nuevos métodos de diagnóstico cuantitativos y cualitativos, de proyección y simulación geoespacial y por agentes.

5. Apoyos administrativos y de gestión.

La autoridad sectorial, en coordinación con los gobiernos estatal y municipal, se encargaron de gestionar los recursos presupuestarios y la licitación de paquetes que integraron los programas de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, tomando como base de regionalización las cuencas y subcuencas hidrológicas de México. Además, brindó, y lo sigue haciendo, acompañamiento a todo el proceso de elaboración de los instrumentos de planeación, en coordinación con los gobiernos estatales y municipales, la consulta de estos, hasta su publicación.

De esta manera, el ejercicio de planeación debió asumir nuevos criterios y desarrollar métodos innovadores para responder a los requerimientos establecidos en el marco jurídico y normativo aplicable. Entre ellos:

- a. Asume que la unidad de planeación y sus componentes (Región Chontalpa, compuesto por los municipios de Cárdenas, Comalcalco, Cunduacán, Huimanguillo, Jalpa de Méndez y Paraíso, todos ellos en el estado de Tabasco, México) responden a los principios aplicados a los sistemas complejos (García, 2006), caracterizados por el dinamismo, el cambio de su estructura: Usos de suelo (zonificación primaria y secundaria), unidades socioculturales y económicas (barrios), la relación de estos con la infraestructura y los equipamientos.
- b. La dinámica interna del sistema que conlleva a la consolidación de un corredor logístico en la carretera 180 Coatzacoalcos-Villahermosa, además de los proyectos productivos vinculados con la explotación petrolera en la región Chontalpa de Tabasco y la construcción de la refinería de Dos Bocas en el municipio de Paraíso. En lo externo, la construcción del Tren transístmico en el Istmo de Tehuantepec en los estados de Veracruz y Oaxaca, al este de la región, que conectará el Océano Atlántico con el Océano Pacífico; la construcción del Tren Maya en el sureste del país, además de los cambios geopolíticos y económicos en proceso que tienen la capacidad de provocar múltiples efectos en cascada que provocarán, sucesivas estructuraciones y reestructuraciones del sistema. Todo ello con la finalidad de mantener la competitividad del territorio, al cual, dicho sea de paso, se le plantean alternativas para la diversificación de su base

económica como lo plantea Méndez (2011, 218) citando a Polése (2010), en especial énfasis en modelos de economía verde, rompiendo con la aspiración de recuperar un cierto equilibrio perdido fundamentado en la especialización económica de explotación de los recursos no renovables del territorio (SEDA-TU, SOTOP, Municipio de Cárdenas, 2022, 529-530).

- c. Se asumió que la resiliencia es un fenómeno emergente, un proceso tendente a la flexibilización de las estructuras con la finalidad de prepararlas para el cambio, por lo que, el sistema ha establecido algunas bases para la adaptación de sus estructuras en el futuro próximo y lejano a través de la realización de diversos ejercicios de simulación y conformación de escenarios probables, particularmente a través de la flexibilización del suelo mediante la mixtura reglamentada de usos, la generación de mayor conocimiento del territorio y su dinámica mediante la producción de información estratégica, un sistema de información geográfica, y dotación de nuevas capacidades para la administración local, además de nuevos mecanismos de participación social en la elaboración de los diagnósticos y la toma de decisiones, lo cual promueve la gobernanza urbana, base fundamental del pensamiento resiliente (Aurrekoetxea 2018, 245). Esta postura puede entenderse mejor con la figura 2, que permite la conceptualización de la ruta de este proceso en el que la persistencia dinámica del sistema depende de su capacidad de adaptación y

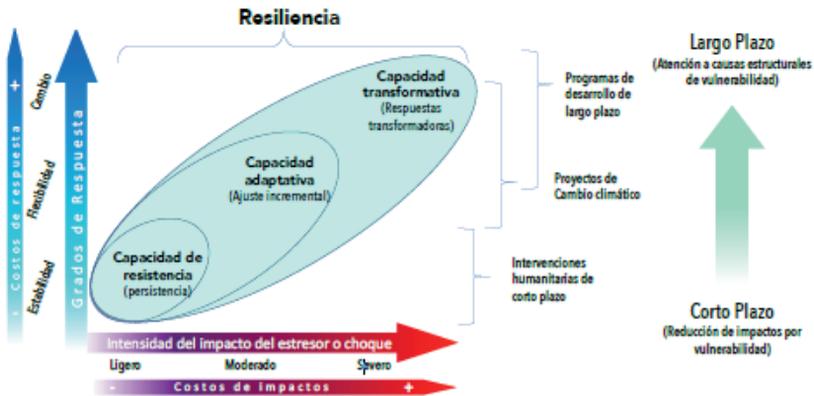


FIGURA 2: Capacidades, efectos y medios de respuesta a través del tiempo
Fuente: Tomado de Ávila-Foucat et al.2020, 8.

de respuesta, incluso de la capacidad para transformarse a causa del cambio climático u otros fenómenos agresivos, de cambios lentos como la salinización del territorio, la elevación del nivel del mar, la erosión costera que ha propiciado el desplazamiento de población en la zona costera de los municipios de Paraíso y Cárdenas, lo cual evidencia la necesidad de que la planeación se de en diferentes escalas temporoespaciales.

- d. Se asumió un enfoque de gestión de riesgos a nivel multiescalar en el que la participación de la población fue crucial, no solo para identificar las condiciones del riesgo, sino también de manera en que la población lo construye (Maskrey, 1993), por lo que se promovió la participación social en la elaboración de diagnósticos y propuestas, haciendo valido el principio de gobernanza además de identificar las respuestas redundantes que la misma sociedad genera para enfrentar un mismo problema. Dicha estrategia permitió recabar información para explicar la permanencia del sistema pese a los reiterados episodios de emergencia que ha sufrido la población a lo largo de su historia. Este ejercicio, permitió resaltar el valor de la participación social en la construcción de alternativas como lo señala (Folke, 2006) por lo que se llevaron a cabo múltiples talleres, charlas, juegos, sesiones de consulta, caminatas, la evaluación y consulta de los resultados y proyectos, hasta la publicación de los instrumentos de planeación en un tiempo muy corto, dando cabida a lo que Aurrekoetxea (2018, 245) denomina: gobernanza urbana, fundamentada en la idea de ciclos adaptativos y de aprendizaje, para la disminución de la vulnerabilidad socio ecológica .
- e. Ser resiliente implica asumir un proceso de continuo aprendizaje, proceso que forja las capacidades necesarias para la adaptación continua. Se asume que el desconocimiento del territorio, sus debilidades y riesgos, incrementa de manera relevante la vulnerabilidad del sistema respecto de las diversas amenazas. Al inicio del proceso, se percibió que la administración pública local, desconocía las propiedades del territorio, las implicaciones de los diferentes escenarios climáticos, la expansión urbana, la seguridad pública, las características de la población y sus necesidades. Dicho desconocimiento le impedía tomar decisiones orientadas a promover el desarrollo de las capacidades que

permitieran construir escenarios de desarrollo por lo cual, la sociedad se encontraba sometida a la incertidumbre de la ocurrencia, intensidad, recurrencia y extensión de los fenómenos naturales y antropogénicos. Se estableció como objetivo, solventar dicha falta de conocimiento que limitaba la capacidad de aprendizaje del sistema, a través de diversas acciones. Entre ellas: la conformación del Instituto Municipal de Planeación, la promoción del desarrollo de capacidades técnicas para la administración pública local, la generación de un sistema de información geográfica, la construcción de escenarios climáticos y de riesgo, entre otros (SEDATU, SOTOP, Cárdenas, 2022: 539-543). La población fue incentivada a participar tanto en el diagnóstico como en la elaboración de propuestas y su evaluación, al mismo tiempo y de manera colaborativa con la autoridad y otros agentes de la sociedad civil.

- f. En el ejercicio de planeación, se privilegió a las personas, sus necesidades, deseos e ideales. Se realizaron planteamientos para favorecer la movilidad universal, la inclusión de personas en sus diversas dimensiones (social, cultural, económica, política, género, etcétera). Se promovieron acciones para el ejercicio de derechos en términos del uso del espacio, del acceso a la propiedad en especial se promovieron acciones en favor de los grupos más vulnerables para asegurar el acceso a la vivienda digna, a un medio ambiente sano y limpio, el mejoramiento de la seguridad pública para todos, pero en especial para las mujeres y los niños. Se plantearon estrategias para asegurar el acceso a los diversos satisfactores sociales, especialmente a los espacios públicos, interpretados estos como centros de cultura, solidaridad e identidad.
- g. Se estableció como una de sus múltiples prioridades, asegurar la compacidad del desarrollo con la finalidad de hacer más eficiente el acceso de la población a los satisfactores urbanos y rurales. Por ello, es que se elaboró la estrategia para contener el crecimiento de la mancha urbana, privilegiando la consolidación de los centros urbanos y restringiendo la expansión mediante el control de los usos de suelo sobre zonas de riesgo y producción agrícola. Se favoreció la conectividad de los diferentes componentes urbanos mejorando la vialidad, los medios de transporte y promoviendo la movilidad sostenible de baja emisión de

- carbono, la construcción de infraestructura verde y la promoción del uso de la bicicleta como medio de transporte para distancias cortas con trayectos atractivos y con alto grado de habitabilidad.
- h. Uno de los cambios más significativos experimentados en el proceso de planeación se refiere al análisis transdisciplinario al que fue sometido el territorio, ya que, los diversos componentes y subcomponentes urbanos fueron analizados de manera integral, holística. Misma que dio paso a diagnósticos extremadamente ricos que permitieron conocer la dinámica del sistema en su conjunto, la interacción de sus diversos componentes internos y el entorno en diferentes horizontes temporales por parte de un equipo multidisciplinario muy integrado, con experiencia en el análisis del territorio y sus procesos, apoyados por diversos elementos tecnológicos para el análisis de comportamientos socio espaciales y funcionales.

Conclusiones

El concepto de resiliencia, como otros conceptos emergentes, suelen ser calificados como una moda. El intento por aplicarlo en distintas disciplinas ha hecho que su interpretación sea muy diversa debido a la necesidad de adaptarlo a las necesidades de cada una de ellas. Esta polisemia, requiere de mayor discusión, con la finalidad de incrementar su utilidad en los ejercicios de planeación urbana y así saber, de manera complementaria, si la propia planeación será capaz, en el corto plazo de adaptar sus procesos para dar respuesta a la realidad cambiante de las ciudades y su entorno evadiendo, en lo posible, el riesgo de burocratizar el proceso de planeación o sobre-reglamentarlo al buscar con afán su mejoramiento acelerado mediante la inclusión de grandes cambios en corto tiempo.

Pese a su carácter polisémico, existen categorías en su interior que lo hacen extremadamente atractivo y potente para tratar de entender la complejidad urbana. Entre ellas se encuentra la idea de concebir a la ciudad como un sistema complejo, la relación entre los sistemas sociales y ecológicos planteados por Holling (1973) a principios de los setenta, el análisis multiescalar, los efectos emergentes y en cascada.

Quizá la dificultad para asir el concepto hace que los análisis técnicos se decanten por su acepción más común y cómoda; resiliencia es

similar a resistencia. Quizá también por ello las medidas dominantes para promoverla sean las denominadas duras o ingenieriles que se basan en análisis estadísticos que suponen la estabilidad de las variables de contexto ante lo cual, el sistema, debería dar tal o cual resultado. Sin embargo, sabemos que en la realidad ningún sistema puede asumirse estático y predecible pues el mundo real está lleno de acciones y reacciones que establecen a cada momento un estado diferente. Asumiendo esto, es entendible que la tarea de modernizar la planeación urbana no sea tarea fácil debido a que ello implica cambiar la manera en que se ha realizado. Con un criterio lineal, vertical y poco participativo. Debido muchas veces a la falta de recursos, tiempo o capacidad para guiar un proceso tan demandante. Sin embargo, mantener el mismo proceso de planeación no implicaría tener los mismos resultados, sino peores, debido a que las circunstancias han cambiado y lo seguirán haciendo.

El cambio que experimenta la planeación del desarrollo urbano y territorial en México inició con la fuerte influencia que la academia y la investigación urbana ha tenido en los círculos gubernamentales y legislativos. Ello ha hecho posible que diversos postulados teóricos como el Desarrollo Orientado al Transporte, Infraestructura verde, Desarrollo sostenible, la ecología y los Objetivos de desarrollo 2030, la Economía Verde, el Derecho a la Ciudad, el Cambio Climático y la resiliencia urbana, entre otros, se vean plasmados en el marco jurídico y normativo que obliga a la propia autoridad y, por supuesto, a los profesionales de la planeación, a integrar enfoques sistémicos y metodologías innovadoras para interpretar los fenómenos urbanos y las posibles alternativas de desarrollo futuro en un marco de crisis climática, ambiental, económica, social y urbana. Lo que sigue en este proceso es que la propia autoridad junto con la sociedad evalúe la pertinencia de los análisis y los resultados alcanzados en este proceso continuo de aprendizaje y desarrollo.

Referencias

- ABELDAÑO, Roberto A.; GONZÁLEZ, A. (2018). Desastres en México de 1900 a 2016: patrones de ocurrencia, población afectada y daños económicos. *Revista Panamericana de Salud Pública* 42, 1-8. Disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/49077>. Consultado el 20/11/2022.

- ARNER-REYES, Erly (2013). Resiliencia urbana: la adaptación a corto plazo para la recuperación a largo plazo después de las inundaciones en Canadá. *Revista Ciencia en su PC* 1, 52-65. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181326400005>. Consultado el 7/11/2022.
- AURREKOETXEA, Maite (2018). Deconstruyendo la resiliencia urbana. OBETS. *Revista de Ciencias Sociales* 13/1, 229-255. DOI: 10.14198/OBETS2018.13.1.09. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6642682>. Consultado el 10/11/2022.
- AVILA-FOUCAT, Veronique., et al. (2020). Marco teórico - metodológico para evaluar la resiliencia de socio ecosistemas costeros mexicanos: hacia la construcción de observatorios costeros para la resiliencia. Informe. *LANRESC*.
- BECOÑA, Elisardo (2006). Resiliencia: definición, características y utilidad del concepto. *Revista de psicopatología y psicología clínica* 11/3, 125-146. ISSN 1136-5420/06. Disponible en: <https://revistas.uned.es/index.php/RPPC/article/view/4024>. Consultado el 1/06/2018.
- CENTRE FOR RESEARCH ON THE EPIDEMIOLOGY OF DISASTERS (CRED) (2022). Escuela de Salud Pública de la Université Catholique de Louvain, Bruselas, Bélgica. Disponible en: <https://www.cred.be/>. Consultado el 10.10.22.
- CITY RESILIENCE INDEX. Understanding and measuring city resilience. The Rockefeller Foundation/ARUP (2015). P. 47. Disponible en: <https://www.arup.com/perspectives/publications/research/section/city-resilience-index>. Consultado el 1/06/2018.
- CITY RESILIENCE INDEX. Understanding and measuring city resilience. The Rockefeller Foundation/ARUP London, Union Kingdom (2015). P. 24. Disponible en <https://www.rockefellerfoundation.org/wp-content/uploads/City-Resilience-Framework-2015.pdf>. Consultado el 11/10/2022.
- FIELD, C.B. (et al.) (2014). Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resúmenes, preguntas frecuentes y recuadros multicapítulos. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. OMM/PNUMA/IPCC. Ginebra, Suiza. P. 200. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/site/>

- assets/uploads/2018/03/WGIIAR5-IntegrationBrochure_es-1.pdf. Consultado el 27/03/2022.
- FOLKE, Carl (2006). *Resiliencie*: the emergence of a perspective for social-ecological systems analyses. *Global Environmental Change* 16, 253-267. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0959378006000379>. Consultado el 1/06/2018
- GARCÍA, Francisco (2010). La planeación del desarrollo regional en México (1900-2006). *Investigaciones Geográficas* 71, 102-121. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-46112010000100009, UNAM, CDMX, México. ISSN 2448-7279. Consultado el 27/03/2017.
- GARCÍA, Rolando (2006). *Sistemas complejos, conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona, España, Gedisa P.
- GUNDERSON, L. H. & C. S. HOLLING (2002). *Panarchy: understanding transformations in human natural systems*. Washington DC., Island Press
- HOLLING, C.S (1973). Resilience and stability of ecological systems. *Revista anual de Ecología y Sistemática* 4 1-23. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2096802>. Consultado el 11/09/2022.
- MASKREY, Andrew (1993). Los desastres no son naturales. Panamá, LA RED. P. 140. Disponible en: <https://www.desenredando.org/public/libros/1993/ldnsn/LosDesastresNoSonNaturales-1.0.0.pdf>. Consultado el 3/04/2021.
- MÉNDEZ, Ricardo (2011). Ciudades y metáforas: sobre el concepto de resiliencia urbana. *Ciudad y territorio Estudios Territoriales* 44/172. P. 215-231. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/76122>. Consultado el 31/12/2022.
- MÉXICO, Gobierno de la República; Estrategia Nacional de Cambio Climático. Visión 10/20/40. Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales (2013). Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/41978/Estrategia-Nacional-Cambio-Climatico-2013.pdf>. Consultado el 1/06/2018
- MÉXICO, H. Cámara de Diputados, Ley General de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano. México. Diario Oficial de la Federación (28.11.2016). Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAHOT-DU_010621.pdf.

- MÉXICO, H. Cámara de Diputados, Ley General de Cambio Climático, México: Diario Oficial de la Federación (06.06.2012). Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGCC.pdf>. Consultado el 9/11/2022.
- MÉXICO, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC)/González, D./Vermonden, A./Gress, F. (2021). Municipios Vulnerables al Cambio Climático con base en los resultados del Atlas Nacional de Vulnerabilidad al Cambio Climático. Secretaría de Medio Ambiente. P. 60. Disponible en: https://atlasvulnerabilidad.inecc.gob.mx/conten_intro/Mpos_Vulnerables_priorizacion_ANVCC.pdf. Consultado el 11/11/2022.
- MÉXICO, Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SE-DATU). Programa Nacional de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano 2021-2024. Programa especial derivado del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Ciudad de México, SEDATU (2021). Disponible en: <https://www.gob.mx/sedatu/documentos/programa-nacional-de-ordenamiento-territorial-y-desarrollo-urbano-2021-2024>. Consultado el 8/10/2022.
- MÉXICO, Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SE-DATU)/Secretaría de Ordenamiento Territorial y Obras Públicas del Gobierno de Tabasco (SOTOP)/Municipio de Cárdenas, Tabasco. Programa Municipal de Desarrollo Urbano de Cárdenas. Periódico Oficial. Órgano de difusión oficial del gobierno constitucional del estado libre y soberano de Tabasco. Época 7^a. Suplemento E. edición 8360 (2022). P. 637. Disponible en: <https://tabasco.gob.mx/planeacion%20territorial%20y%20urbana%20del%20estado%202022>. Consultado el 10/11/2022.
- MÉXICO. Gobierno de la República (2013). *Estrategia Nacional de Cambio Climático. Visión 10-20-40* (2013). Disponible: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/41978/Estrategia-Nacional-Cambio-Climatico-2013.pdf>. Consultado el 2/03/2022.
- MÉXICO. Gobierno de México (2019). *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://framework-gb.cdn.gob.mx/landing/documentos/PND.pdf>. Consultado el 7/11/2022
- MÉXICO. Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SE-DATU). Estrategia Nacional de Ordenamiento Territorial. Versión

- Ejecutiva. Ciudad de México, SEDATU (2021). Disponible en: <https://www.gob.mx/sedatu/documentos/estrategia-nacional-de-ordenamiento-territorial-de-la-sedatu?state=published>. Consultado el 2/03/2022.
- MÉXICO. Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SE-DATU). Lineamientos para la elaboración de los programas municipales de ordenamiento territorial y desarrollo urbano (PMO-TDU). Ciudad de México, SEDATU (2021). P. 136. Disponible en: <https://mimexicolate.gob.mx/wp-content/uploads/2021/03/Lineamientos-PMOTDU.pdf>. Consultados el 23/03/2022.
- MÉXICO. Secretaría de Desarrollo Agrario Territorial y Urbano (SE-DATU). Lineamientos simplificados. Elaboración de planes o programas municipales de desarrollo urbano. Ciudad de México, SEDATU (2021). P. 117. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/569812/LINEAMIENTOS_SIMPLIFICADOS_V11_compressed.pdf. Consultados el 23/03/2022.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCION DEL RIESGO DE DESASTRES (UNISDIR) (2015). Hacia el desarrollo sostenible: El futuro de la gestión del riesgo de desastres. Informe de Evaluación Global sobre la Reducción del Riesgo de Desastres. Ginebra, Suiza (2015) P. 352. Disponible en: <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/c2fc505d8ae00977a9c1e3e11f9668b8a48f88b5dbc-f67f3bee823f6e3b41ed3.pdf>. Consultado el 6/11/2018.
- OFICINA DE NACIONES UNIDAS PARA LA REDUCCION DEL RIESGO DE DESASTRES (UNDRR). Informe de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres. Ginebra, Suiza (2019). P. 28. Disponible en: <https://eird.org/americas/noticias/el-informe-de-evaluacion-global-sobre-la-reduccion-del-riesgo-de-desastres-2019.html>. Consultado el 14/11/2022.
- ONU. Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030. Ginebra, Suiza (2015). Disponible en: https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf. Consultado el 10/10/2022.
- ORTEGA, J. Arturo (1982). Diccionario de planeación y planificación. Un ensayo conceptual. México, Edicol.
- POLÈSE, M. (2010). The resilient city: on the determinants of successful urban economies. Working Paper, 2010-03, Montreal,

- Centre-Urbanisation Culture Société. INRS. University of Quebec, 24 pp.
- RESILIENCE ALLIANCE (2010). *Assesing resilience in social-ecological systems: work book for pratitionners. Version 2.0*
- ROSAS, Salvador (2018). La efectividad de la estrategia nacional de prevención de desastres en México a la luz de sus resultados. México, Debate económico, *Revista de economía del Laboratorio de análisis Económico y Social* A. C. 7/21. ISSN 2007-364X. P. 3-31. Disponible en: <https://debateeconomico.org/>. Consultado el 21/11/2020.
- UN-HABITAT III. Temas Hábitat III: 15-Resiliencia urbana. NY, Estados Unidos de América (2016). P. 10. Disponible en: <https://habitat3.org/wp-content/uploads/Issue-Paper-15-Urban-Resilience.pdf>. Consultado el 16/10/2021.
- WALKER, Brian (2020). Resilience: what it is and is not. *Ecology and society* 25/2. P. 1-3. Disponible en: <https://www.ecologyandsociety.org/vol25/iss2/art11/>. Consultado el 4/11/2022.
- WALKER, Brian et al. (2004). Resilience, adaptability and transformability in social-ecological system. *Ecology and society* 9/2. P. 1-9. Disponible en: <https://www.ecologyandsociety.org/vol9/iss2/art5/>. Consultado el 4/11/2022.
- WALKER, Brian; SALT, David (2006). *Resilience Thinking. Sustaining ecosystems and people in a changing world. Whashington-Covelondon, IslandPress*. P. 1-9. Disponible en: <https://faculty.washington.edu/stevehar/Resilience%20thinking.pdf>. Consultado el 7/11/2022.

“MOSAICO REGULATÓRIO”: AS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA PARA A REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA LEI N.º 14.026/2020

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/09>)

THIAGO MARRARA¹

Resumo: O presente artigo trata das normas de referência de saneamento básico editadas pela Agência Nacional de Águas do Brasil para padronizar a regulação do saneamento básico desenvolvida pelos Municípios, criando o chamado “mosaico regulatório”. Aborda, ainda, seus limites materiais, finalísticos e formais com o objetivo de delimitar a capacidade de influência federativa do governo federal sobre entidades regulatórias locais e estaduais.

Palavras-chaves: saneamento básico; Brasil; normas de referência; regulação.

Abstract: This article deals with the basic sanitation reference norms issued by the Brazilian National Water Agency to standardize the regulation of basic sanitation in Municipalities in order to build a “regulatory mosaic”. It also addresses its material, finalistic and formal limits with the objective of recognizing the federal government’s capacity for federative influence on local and state regulatory agencies.

Keywords: basic sanitation; Brazil; reference norms; regulation.

¹ Professor de direito administrativo e urbanístico da USP na FDRP. Livre-docente. Doutor pela Universidade de Munique. Consultor, parecerista e árbitro nas áreas de direito administrativo, regulatório e infraestrutura. marrara@usp.br

Introdução

Inúmeras foram as mudanças normativas na disciplina dos serviços públicos de saneamento básico promovidas pela Lei n.º 14.026 de 2020 ao alterar a Lei n.º 11.445/2007 e outros diplomas. Levando em conta esse grande pacote de modificações, nesse breve artigo, busco oferecer ao leitor uma análise crítica restrita a alguns aspectos da regulação dos serviços públicos de saneamento. Nesse intuito, o artigo se divide em:

- (i) Um panorama das inovações promovidas pela Lei n.º 14.026/2020, dando-se destaque às principais alterações realizadas em seis leis federais;
- (ii) Esclarecimentos sobre a tarefa de regulação dos serviços de saneamento, que constitui um dos pilares da política pública, ao lado do planejamento, da organização, da fiscalização e da prestação e
- (iii) Um exame do instituto jurídica da “norma de referência” que a ANA, agora como Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, empregará no intuito de construir um “mosaico regulatório” para elevar a padronização entre os diferentes sistemas de regulação dos serviços e incrementar a segurança jurídica no setor.

Para se explicitar a problemática do assunto em sua globalidade, as normas de referências serão examinadas sob tríplice perspectiva: a material (ou de conteúdo), a finalística (ou de objetivos) e a formal (ou relativa aos procedimentos de criação).

Bases constitucionais

Em 15 de julho de 2020, com alguns vetos, publicou-se a Lei n.º 14.026, chamada por alguns de novo Marco Regulatório do Saneamento Básico.² É preciso cautela nessa designação. Apesar de bastante extensa e detalhada, o novo diploma legal, em comento, nem se

² Para um exame geral das mudanças, cf., por todos, GRANZIERA, Maria Luíza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. São Paulo: Foco, 2021, em geral.

restringe a tratar exclusivamente do saneamento – pois também se refere a outras leis que têm aplicabilidade no setor –, nem afasta a legislação anterior nessa matéria. É verdade que a Lei n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, conhecida como Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico (LDNSB), foi modificada significativamente, mas não revogada ou substituída. A Lei de 2020 altera boa parte de seus comandos, porém ela continua a figurar como o Marco Regulatório do setor e a desempenhar o papel exclusivo de Lei de Diretrizes Nacionais do setor em debate.

Amplamente atualizada em 2020, a LDNSB de 2007 corporifica o exercício da competência legislativa do Congresso Nacional para editar normas gerais sobre os serviços de saneamento básico. Essa competência figura do art. 21, inciso XX, da Constituição da República, segundo o qual compete à União: “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos*”. Do ponto de vista teórico, chama atenção o instituto da “diretriz”. O que significa esse termo na teoria do direito? Trata-se de regra, princípio ou algum outro tipo de norma?

A meu ver, basicamente, diretrizes indicam: (i) orientações, ou seja, um corpo de normas que busca guiar as políticas desenvolvidas por outros entes da federação, mas sem aniquilar sua autonomia federativa; (ii) editadas pelo Congresso Nacional ou, mesmo, por órgãos ou entidades do Executivo da União, como uma agência reguladora, exatamente pelo fato de que o poder em questão consta do art. 21 – não do art. 22 da Constituição, que cuida das competências legislativas privativas – e (iii) que têm caráter técnico, ou seja, que se relacionam a como desempenhar uma tarefa ou realizar um serviço.³

Além desse poder de a União expedir diretrizes de saneamento básico, a Constituição brasileira valoriza o papel de entes federais em dois momentos. A uma, prevê a competência material da União, como competência comum ao lado dos Estados, do Distrito Federal e do Município, para “promover programas de construção moradias e a melhoria das condições habitacionais e *de saneamento básico*” (art. 23, inciso IX). A duas, exige que o Sistema Único de Saúde (SUS) parti-

³ Sobre as diretrizes de saneamento especificamente, cf. SOUZA, Rodrigo Paganini. Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de (org.). *O novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Foco, 2021, p. 90.

cipe da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, inciso IV).

Por força desses vários mandamentos, conquanto se tenha consolidado ao longo dos anos o posicionamento de que a titularidade dos vários serviços públicos que formam o saneamento é, a princípio, do Município e, em unidades regionais, dos Estados e dos Municípios em conjunto,⁴ as normas gerais que regem a matéria são basicamente editadas pelo Congresso Nacional. Com suporte nessa competência maior é que se promulgaram tanto a Lei n.º 11.445 de 2007 (LDNSB) quanto a Lei n.º 14.026 de 2020, que objetivou aprimorar a anterior.

Principais inovações da Lei n.º 14.026/2020

As mudanças promovidas pela nova lei de atualização do marco regulatório do saneamento básico no Brasil foram bastante abrangentes. Para se ter uma ideia de sua extensão, a Lei 14.026/2020 contém 24 extensos artigos que alteram seis leis federais de maneira expressiva. De maneira geral, as alterações têm como foco a política pública de saneamento básico em sentido amplo, incluindo não apenas abastecimento de água e esgotamento sanitário, mas também coleta e tratamento de resíduos e drenagem de águas pluviais. No entanto, a lei de 2020 também altera leis que não são setoriais, ou seja, que não cuidam somente do setor de saneamento, mas frequentemente utilizadas nessa área ora no campo do planejamento, ora na organização, prestação e regulação.

A Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico de 2007 (Lei n.º 11.445 ou LDNSB) foi naturalmente a que sofreu mais mudanças significativas em todo seu corpo. De maneira geral, essas mudanças valorizam a entrada de agentes econômicos no setor, a organização dos titulares dos serviços em blocos regionais para promover ganhos de escala na prestação do serviços e melhorias na sua sustentabilidade econômico-financeira, bem como a busca de menor assimetria regulatória, com a introdução de normas de referências editadas pela ANA. No entanto, as alterações não param aí. Praticamente todos os tópicos

⁴ A respeito dessa discussão sobre a titularidade dos serviços públicos de saneamento, cf. a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 6 de março de 2013.

da LDNSB sofreram algum impacto, valendo destacar, dentre tantas mudanças:

- (i) a redefinição de alguns princípios fundamentais que já vinham previstos no art. 2º, como o da integralidade e do da articulação com outras políticas;
- (ii) a inclusão de novos princípios no rol legal, como o de seleção competitiva do prestador, o da regionalização da prestação e o da prestação concomitante de água e esgotamento sanitário;
- (iii) a redefinição de conceitos previstos no art. 3º, principalmente o de serviço de saneamento – agora detalhado nos novos art. 3º-A, 3º-B e 3º-C e no art. 7º –, o de gestão associada e, em especial, o de prestação regionalizada;
- (iv) a inclusão de conceitos urbanísticos estratégicos, como o de núcleo urbano, inclusive o informal e o consolidado, em linha com a legislação de regularização fundiária (Lei n.º 13.465/2017), além dos conceitos de operação regular do serviço, de serviços de saneamento de interesse comum e de interesse local, entre outros;
- (v) a inclusão de regras sobre saneamento em Regiões Integradas de Desenvolvimento (RIDE) e em Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS);
- (vi) a designação precisa do Município e, nas unidades regionais, do Estado em conjunto com Municípios como os titulares dos serviços públicos, suprindo a lacuna da redação antiga da lei que, em nenhum trecho, definia precisamente o titular, embora lhe atribuísse inúmeras funções;
- (vii) o detalhamento do regime jurídico da gestão associada e da prestação regional, reconhecendo-se a faculdade dos titulares para adotá-la;
- (viii) o detalhamento e ajuste das atribuições dos titulares constantes do art. 9º;
- (ix) a expansão do conteúdo mínimo dos contratos de concessão com a inserção de inúmeras exigências no art. 10º-A, cujo respeito é essencial para a validade desses instrumentos jurídicos imprescindíveis à desestatização da prestação do saneamento;
- (x) o condicionamento da manutenção de contratos de concessão em vigor à comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador, com vistas a universalizar os serviços até 31 de dezembro de 2033, nos termos do art. 10-B;

- (xi) a ampliação dos requisitos de validade dos contratos, agora incluindo a existência de metas e cronograma de universalização nos termos do art. 11 e cujo desrespeito implica a vedação de distribuição de lucros e dividendos gerados no âmbito do contrato em execução pelo prestador de serviços, conforme manda o novo § 5º do artigo;
- (xii) o regramento mais detalhado da subdelegação, com a inclusão do limite de 25% do valor do contrato, da necessidade de comprovação técnica dos benefícios em termos de eficiência e qualidade, bem como da vedação de subdelegação geradora de sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário (art. 11-A);
- (xiii) a obrigatoriedade de que os contratos de delegação dos serviços – inclusive os que estavam em vigor sem previsão de metas – embutam metas de universalização de 99% do serviço de água e de 90% do serviço de coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033 (art. 11-B);
- (xiv) a criação do dever de o regulador abrir processo administrativo para apurar o não atingimento de metas, podendo, para tanto, prever medidas de correção e medidas punitivas, a incluir a caducidade da concessão (art. 11, § 7º) e a vedação de distribuição de dividendos (art. 11, § 5º);
- (xv) a redefinição do regime de planejamento do serviço de saneamento para situações de prestação regionalizada, permitindo-se elaboração conjunta (art. 17);
- (xvi) a explicitação de que os planos de saneamento sejam também harmonizados com o planejamento urbano, ou seja, com os Planos Diretores e os Planos de Desenvolvimento Urbano Integrado de unidades regionais (art. 19, § 3º);
- (xvii) a exigência de revisão dos planos no prazo máximo de dez anos e não mais no exíguo prazo de quatro anos (art. 19, § 4º);
- (xviii) a possibilidade de Municípios com menos de 20 mil habitantes apresentarem planos simplificados (art. 19, § 9º);
- (xix) a modificação e detalhamento dos objetivos da regulação, incluindo, por exemplo, a previsão de “observação das normas de referência editadas pela ANA” e especificando a necessidade de “compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários” (art. 22);

- (xx) a atualização dos poderes normativos dos reguladores, agora incluindo, por exemplo, o dever de disciplinar os “procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular” (art. 23);
- (xxi) a permissão de se delegar a regulação para qualquer entidade reguladora, não mais apenas para entidade “dentro dos limites do respectivo Estado”, conforme antes previa a LDNSB. Para essa delegação a agência de outra esfera estadual, é preciso, contudo, que requisitos diversos sejam cumpridos (art. 23, § 1º-A);
- (xxii) o detalhamento da sustentabilidade econômico-financeira de cada serviço de saneamento, com a designação das respectivas formas de remuneração (art. 29 e 35);
- (xxiii) a extinção dos subsídios a localidades, permitidos apenas aos usuários, e revogação dos subsídios tarifários diretos (ao usuário) e indiretos (ao prestador), restando agora somente os subsídios tarifários, fiscais e internos, e exclusivamente para usuários, não mais para localidades (art. 31);
- (xxiv) a inclusão de que, em caso de coleta, afastamento e tratamento de esgoto, a interrupção dos serviços por inadimplemento preserve “as condições mínimas de manutenção da saúde dos usuários, de acordo com a norma de regulação ou norma do órgão de política ambiental” (art. 40, V);
- (xxv) o aperfeiçoamento de normas de licenciamento ambiental das unidades de tratamento de esgotos, indicando-se, novamente, a necessidade de se considerar a capacidade de pagamento das populações e usuários envolvidos (art. 44);
- (xxvi) a atualização de normas técnicas de prestação e de conexão das edificações urbanas às redes de saneamento, agora com o esclarecimento de que o pagamento pelo serviço abrangerá não somente o custo de uso, mas também de “disponibilização e manutenção da infraestrutura” (art. 45). Essa nova redação deixa claro, portanto, que é possível a cobrança de tarifas mínimas a despeito do uso;
- (xxvii) a possibilidade de que edificações de uso residencial ou condomínios regidos pela Lei n.º 4.591/1964 possam se valer de “fontes e métodos alternativos de abastecimento de água”, como reuso de águas da chuva, uso de águas subterrâneas (art. 45, § 11 e § 12);

- (xxviii) a previsão, entre outras novidades, da “uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas”, do estímulo à economia de água, da promoção da segurança jurídica e redução de riscos regulatórios, da integração de bases de dados como diretrizes para atuação da União no estabelecimento de sua política de saneamento (art. 48);
- (xxix) a atualização dos objetivos da política federal de saneamento, agora incluindo, entre outras coisas, a promoção à concorrência e à regionalização dos serviços com vistas aos ganhos de escala “por meio do apoio à formação de blocos de referência...” (art. 49);
- (xxx) a modificação dos requisitos de apoio financeiro oferecido pela União, agora a incluir, entre outras coisas, a “observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA” e a “estruturação da prestação continuada” (art. 50);
- (xxxii) a modificação do regimento do Plano Nacional de Saneamento Básico (art. 52) e do Sistema Nacional de Informações de Saneamento (Sinisa), com destaque para a interoperabilidade com o Sistema Nacional de Informações sobre Recursos Hídricos (SNIRH) e a ampliação da transparência por meios digitais (art. 53);
- (xxxiii) a criação do Comitê Interministerial de Saneamento Básico (CISB), colegiado que busca assegurar a implementação da política federal de saneamento, inclusive pela avaliação a gestão do PNSB, e articular os órgãos federais na alocação dos recursos financeiros na área (art. 53-A, B e C); e
- (xxxiiii) o estabelecimento, como política federal de saneamento, da execução de obras de infraestrutura de esgotamento e abastecimento de água em núcleos urbanos formais, informais e informais consolidados, salvo aqueles em situação de risco (art. 53-D).

Já a Lei de Criação da ANA de 2000 (Lei n.º 9.984) foi alterada, em linha com a nova lógica, para conferir à agência o nome e também poderes de Agência Nacional de Água e Saneamento Básico, cabendo-lhe, a partir de então, editar normas de referência para a regulação os serviços de saneamento em todo o país. Com isso, a Lei n.º 14.026

lhe permitiu construir parâmetros de uniformização da regulação do saneamento e lhe deu atribuições de:

- (i) realizar de modo voluntário, ação mediadora ou arbitral em conflitos que envolvam titulares, prestadores, reguladores (art. 4º-A, § 5º);
- (ii) avaliar o impacto e o cumprimento das normas de referência pelos entes de regulação e fiscalização (art. 4º-A, § 6º);
- (iii) promover a capacitação de recursos humanos para regulação adequada e eficiente (art. 4-A, § 11);
- (iv) contribuir para a articulação entre os planos nacionais de saneamento, resíduos sólidos e recursos hídricos (art. 4º-A, § 12);
- (v) manter “atualizada e disponível... a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal...” (art. 4º-B);
- (vi) disciplinar em ato normativo os requisitos e procedimentos para que os reguladores comprovem a “adoção das normas regulatórias de referência” (art. 4º-B, § 1º), e
- (vii) verificar periodicamente essa adoção, que será “obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal” (art. 4º-B, § 2º).

A Lei n.º 10.768/2003, nesse sentido, teve sua ementa modificada para indicar que o diploma passou a dispor sobre o quadro de pessoal da ANA na qualidade de Agência Nacional de Águas e de Saneamento Básico, ou seja, não mais somente como Agência de Águas. Além disso, a lei ganhou a previsão de 239 cargos de especialista em regulação de recursos hídricos e saneamento para a agência, e definiu as atribuições desse tipo de cargo, de forma a incluir a tarefa de elaborar “normas de referência para regulação do uso de recursos hídricos e de prestação dos serviços de saneamento básico (art. 3º, inciso II). Isso revela que o legislador se preocupou com o incremento dos recursos humanos da agência nacional em vista das novas competências e elevadas

responsabilidades que lhe foram conferidas na padronização do sistema regulatório de saneamento Brasil afora.

A seu turno, a Lei dos Consórcios Públicos de 2005 (Lei n.º 11.107) foi modificada pela Lei n.º 14.026 para vedar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico por contrato de programa. Com essa vedação, busca-se impedir que as empresas estaduais continuem assumindo a prestação local sem a necessidade de vencer licitações e disputar o contrato com outros agentes econômicos. Em outras palavras, o intuito do legislador foi o de estimular a entrada de prestadores não estatais no setor, que serão contratados após regular processo licitatório.

A evidenciar esse intuito, incluiu-se um § 8º no art. 13 da Lei de Consórcios a dispor o seguinte: “os contratos de prestação de serviços públicos de *saneamento básico* deverão observar o art. 175 da Constituição Federal, *vedada a formalização de novos contratos de programa para esse fim*”. Note que a Lei de Consórcio, no geral, não disciplina setores específicos. Contudo, dentre outras alterações, o legislador entendeu oportuno incluir essa vedação específica para o setor de saneamento, tendo em vista o objetivo de limitar a atuação das empresas estaduais que, ao longo de décadas, assumiram os serviços públicos municipais sem licitação prévia, dificultando a entrada de prestadores privados.

Além dos diplomas mencionados, outras três leis foram modificadas levemente pela Lei n.º 14.026, a saber:

- A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS (Lei n.º 12.305/2010) recebeu alterações, sobretudo para (i) incluir o prazo máximo de dez anos para revisão do plano municipal de gestão integrada de resíduos (art. 19, XIX) e (ii) estender a implantação da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos de acordo com o porte e categoria dos Municípios (art. 54);
- O Estatuto da Metrópole de 2015 (Lei n.º 13.089) teve suas disposições estendidas para “unidades regionais de saneamento básico” – tipo de unidade regional bastante polêmico, já que a Constituição menciona como espécies dessa categoria unicamente as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e as microrregiões;
- A Lei n.º 13.529/2017, que cuida da participação federal em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessão e PPP, foi ampliada para autorizar a União a

participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos profissionais especializados para projetos de concessão e PPP de qualquer esfera federativa em regime isolado ou consorciado. A Lei n.º 14.026 ainda revogou a norma que limitava essa participação em termos financeiros e a norma que destinava preferencialmente até 40% dos recursos para as regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste. Dentre outras várias modificações, também previu que “os recursos destinados à assistência técnica relativa aos serviços públicos de saneamento básico serão segregados dos demais e não poderão ser destinados para outras finalidades do fundo” (art. 2º, § 11).

Regulação do saneamento básico: aspectos gerais

A política pública de saneamento brasileira é formada por uma estrutura de cinco pilares: o planejamento, a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação do serviço. A princípio, cabe ao titular do serviço público tomar as decisões políticas necessárias a estruturar esses grupos de tarefas administrativas e distribuí-las, quando considerar conveniente, mas sempre levando em conta algumas balizas, a saber: (i) o planejamento é indelegável, embora possa ser realizado com apoio técnico de terceiros ou de forma conjunta; (ii) a prestação pode ser direta, indireta ou associada e (iii) a regulação é obrigatória para qualquer tipo de prestação, mas não poderá ser cumulada nas mãos daquele que presta o serviço, ou seja, nenhum prestador, estatal ou não, regulará a si mesmo.

Em termos organizacionais, a regulação pode ser realizada ou por órgãos da Administração Direta do titular, desde que garantidas a autonomia, a tecnicidade e a neutralidade regulatória, ou por entidades descentralizadas da sua Administração Indireta. Além disso, permitia-se já na lei de 2007 a delegação dos poderes de regulação para agências intermunicipais ou mesmo para agências apartadas da Administração Indireta do titular, como uma agência criada pelo Estado da Federação em cujo território o Município titular se encontra. Em 2020, essa possibilidade de delegação foi bastante ampliada, pois, como já dito, agora é possível que opte o titular “por aderir a uma agência reguladora em outro Estado da Federação”, desde que cumpridos certos requisitos legais (art. 23, § 1º-A).

O primeiro requisito para essa última modelagem diz respeito à inexistência, no Estado do titular, de agência reguladora que tenha aderido às normas de referência da ANA. Para se entender essa exigência, é preciso ter em mente que a não observância das normas da ANA impede o titular de obter apoio da União, daí a importância de que ele possa buscar agências fora do Estado quando não encontrar alternativa dentro desses limites político-territoriais. Porém, essa escolha não é livre, já que a lei requer que se dê “prioridade, entre as agências qualificadas, àquela mais próxima à localidade do titular”. Assim, apenas para fins ilustrativos e hipotéticos, caso um Município do Estado de Sergipe não localize agência qualificada dentro do território estadual, mas disponha de potenciais agências qualificadas no Amazonas e na Paraíba, deverá priorizar a agência paraibana, mais próxima da localidade do titular. Porém, o sucesso dessa escolha dependerá, em segundo lugar, da anuência da própria agência escolhida, que poderá cobrar taxas de regulação diferenciadas nesse caso, levando em conta a distância.

Apesar da ampliação da possibilidade de delegação para outras esferas da federação, as atividades que formam o núcleo da regulação de saneamento não sofreram grandes alterações de conteúdo. Mesmo com as modificações de 2020, elas ainda podem ser sumarizadas em tarefas de: (i) *normatização*, principalmente dos temas enumerados no art. 23 da LDNSB; (ii) *gestão da informação*, nos termos do art. 25, 26 e 27 da LDNSB; (iii) *esclarecimentos e orientações* nos termos dos art. 25, § 2º e 27, inclusive com o poder de “interpretação e fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios”; e (iv) *controle tarifário* conforme os artigos 37 e 38 da LDNSB.⁵

A Lei n.º 14.026/2020 modifica o tratamento de alguns aspectos dessas tarefas, como ao permitir que o regulador, no estabelecimento de metas, indicadores e métodos de monitoramento, utilize comparação de desempenho de diferentes prestadores (art. 24, § 4º) ou ao exigir que o regulador edite normas sobre procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas na legislação do titular e no instrumento contratual. No entanto, a maior inovação certamente está

⁵ Em detalhes, cf. MARRARA, Thiago; BARBOSA, Allan Fuezi. As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 10, n.º 3, p. 127 e seguintes, 2009.

na previsão de um novo instituto de força nacional: as normas de referência! Antes de compreender qual são as funções e os limites dessas normas, é importante entender a razão de elas terem sido aventadas pelo legislador, o que nos remete às características e aos problemas do sistema regulatório.

“Mosaico regulatório” contra problemas do setor de saneamento

Como brevemente se destacou, os arranjos que os titulares podem utilizar para viabilizar a regulação do saneamento básico são variados. Em termos teóricos, sob um critério subjetivo, esses modelos basicamente se dividem em: (i) regulação por agência estadual e (ii) regulação por agência local.

Dentro do primeiro modelo, alguns Municípios delegam seus deveres e poderes regulatórios para agências reguladoras criadas pelo Estado, muitas vezes porque o Estado é proprietário ou controlador de empresas que prestam os serviços locais ou regionais e dificilmente se submetem a agências reguladoras que não participem da sua Administração Indireta. A partir da Lei n.º 14.026/2020, como visto, soma-se a isso a possibilidade de buscar agências em outros Estados da federação, desde que: não exista agência estadual que siga as normas de referência; a agência externa seja qualificada perante a ANA; aceite a regulação e seja a mais próxima da localidade em comparação com outras agências externas.

Já no segundo modelo, de regulação propriamente local, os Municípios seguem dois caminhos. Uns intentam construir estruturas regulatórias isoladas, locais, naturalmente mais frágeis, mais custosas e menos experientes, já que lidam com apenas uma realidade. A vantagem desse modelo seria a maior autonomia do regulador em relação a outros entes federativos. De outra parte, muitos Municípios preferem se unir em consórcios públicos regidos pela Lei n.º 11.107 e que passam a regular os serviços por meio de uma única pessoa jurídica intermunicipal, a exemplo da ARES/PCJ no Estado de São Paulo e da ARIS no Estado de Santa Catarina. Embora essa solução reduza o poder de influência do titular sobre o regulador, a grande vantagem desse modelo é o ganho de experiência, a redução de custos de funcionamento, as economias de escala, os ganhos de aprendizado e a redução da

influência política – vantagens que se devem ao fato de a agência servir a inúmeros titulares e não apenas um.

Independentemente das vantagens e desvantagens dos modelos concebíveis, fato é que a estrutura geral da regulação dos serviços públicos de saneamento sob titularidade municipal – em regra, isolada e, nas unidades regionais, compartilhada com o Estado – levou a um cenário de multiplicação de entes e órgãos reguladores e, por consequência, a uma fragmentação e a uma diversidade muito evidente dos estilos, estratégias, processos e ambientes de regulação. Em outras palavras, o contexto atual se caracteriza por alta assimetria procedimental, material e organizacional, bem como por custos significativos de transação, já que os agentes econômicos interessados em transitar por diferentes Municípios terão que realizar investimentos significativos para compreender e dominar tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável ao mesmo serviço nas diferentes localidades. Não raro, como consequência desses fatores, também aumenta a insegurança jurídica, aqui entendida como baixa previsibilidade de como o Estado agirá em cada situação.

Reitere-se: apesar de a LDNSB, desde 2007, estabelecer as funções básicas essenciais do regulador como tarefas de normatização, comunicação e gestão de informações, interpretação de contratos e orientação, além de controle e gestão tarifária, na prática, os corpos de atos normativos, administrativos, opinativos e materiais que concretizam a regulação podem variar de maneira expressiva de uma localidade para outra. Assim, não obstante essa diversidade seja capaz de gerar um rico espectro de experiências regulatórias e boas práticas, ela reduz a padronização, dificulta a compreensão do sistema de saneamento e eleva custos de transação e de aprendizado dos agentes econômicos, bem como o grau de insegurança jurídica.

Essa elevação de custos de entrada em contextos regulatórios muito diferentes, por sua vez, acaba inibindo os agentes de transitar por diversas localidades e de disputar contratos administrativos de delegação dos serviços públicos de saneamento. Exatamente por isso, para um governo extremamente favorável à desestatização da prestação, como o federal na época da edição da Lei n.º 14.026, esse cenário se mostrava indesejável. Exsurtem daí, pois, os interesses políticos e legislativos não propriamente de aniquilar a autonomia da regulação local, mas de mitigar a assimetria regulatória pela construção de um conjunto

regulatório nacional mais harmônico, mais previsível e menos custoso para os prestadores.

A ideia central por trás da Lei n.º 14.026/2020 ao criar o instituto das normas de referência não é exatamente a de fazer que a ANA substitua as agências locais e estaduais já operantes e as que venham a ser instituídas, mas sim a de edificar um *mosaico regulatório*, ou seja, um bloco de peças diferentes, mas alinhadas sob uma lógica única, nacional. As normas de referência da ANA, a seguir examinadas, deverão cumprir essa função. Sem extinguir o poder regulatório local, procurarão, por meio de *soft law*,⁶ estimular os reguladores a se aproximar num sistema nacional harmônico, tornando a regulação mais previsível e semelhante, ainda que permaneça fragmentada nas mãos de agências locais e estaduais.

Por sua função, essas normas não implicam adesão obrigatória de todos os titulares. No entanto, a legislação evidencia que a União utilizará seus vultosos recursos financeiros como ferramenta de indução à adesão a normas de referência da ANA pelos empobrecidos Municípios brasileiros, cada vez mais pressionados pela população, pela legislação e pelos órgãos de controle a estruturar, de uma vez por todas, serviços de saneamento básico minimamente eficientes e eficazes. A confirmar e sugerir essa estratégia indutiva, o art. 25-A, § 1º, da LDNSB dispõe que: “o acesso aos recursos públicos federais ou à contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, quando destinados aos serviços de saneamento básico, será condicionado ao cumprimento das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA...”.

Normas de referência: parâmetros materiais

Já se demonstrou que a Lei n.º 14.026 alterou a Lei da ANA e de início mudou o nome da agência para Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (nos termos do art. 1º). A adição do saneamento no nome da autarquia federal está diretamente relacionada com a

⁶ Cf. CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? *Jota*, 23/09/2020, disponível online em www.jota.info.

inclusão de sua competência para editar as normas de referências sobre regulação de saneamento básico, assunto que está disciplinado principalmente no art. 4º-A da Lei n.º 9.984/2000 e no art. 25-A da Lei n.º 11.445/2007 (LDNSB).

O art. 4º-A da Lei n.º 9.984/2000 estabelece de início o conteúdo das normas de referência e, ao fazê-lo, impõe limites à atuação da ANA. Assim, de acordo com seu § 1º, tais normas abordarão um *conjunto taxativo* de assuntos, ou seja, no máximo, os treze temas listados nos incisos⁷ e passíveis de agrupamento nos seguintes blocos:

- a) **PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS:** a agência federal poderá disciplinar temas relativos à qualidade e à quantidade do serviço, como se vislumbra nos incisos: “*I – padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico*”; “*IV – metas de universalização dos serviços... para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos*”; “*VI – redução progressiva e controle da perda de água*”; “*IX – reuso dos efluentes sanitários tratados...*”; e “*XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes*”;
- b) **CONTABILIDADE, EQUILÍBRIO ECONÔMICO E TARIFAÇÃO:** é clara a preocupação do legislador com a padronização nacional de normas relevantes à sustentabilidade financeira dos serviços e também com a atração do capital privado para o setor de saneamento. Não por outros motivos, as normas de referência disciplinarão a “*II – regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico*”; “*VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados*”; “*XIII – conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade*”

⁷ Essa listagem objetiva de temas dissipou críticas dos reguladores infranacionais ao poder conferido à ANA, segundo OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 9, n.º 2, 2022, p. 94.

econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico”. Essas normas, porém, revelam que não compete à ANA proceder a qualquer tipo de reequilíbrio econômico-financeiro de um ou outro contrato de concessão comum ou de PPP, nem definir tarifas. Repita-se: ela estabelecerá regras de regulação, metodologias de cálculo e de sustentabilidade, mas não examinará um ou outro contrato específico. Sua competência é normativa, não material e concreta. Editará atos normativos, mas não praticará atos opinativos concretos ou atos administrativos em casos específicos. Essa conclusão se estende às normas do art. 4-A, § 8º e § 9º, que respectivamente exigem que se criem referências sobre: (a) “mecanismos de subsídios para as populações de baixa renda a fim de possibilitar a universalização”; (b) “quando couber, o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários dos serviços” e (c) sobre parâmetros e condições para investimentos de modo a garantir a manutenção dos níveis de serviços desejados durante o contrato. O comando a respeito de compartilhamento de ganhos de produtividade requer um alerta, já que esse compartilhamento é obrigatório por força do art. 22, inciso IV e do art. 38, inciso I da LDNSB.⁸ Não cabe à ANA decidir em casos concretos se existirá compartilhamento ou não com os usuários. A agência poderá unicamente sugerir metodologias de como compartilhar (como a metodologia do FATOR X), sem editar normas que pretendam impedir a aplicabilidade do art. 38, inciso I da LDNSB, ou seja, que mitiguem ou afastem o dever de compartilhamento dos ganhos obtidos pelos prestadores com os usuários.

- c) INSTRUMENTOS JURÍDICOS E ORGANIZACIONAIS: de modo a expressar o objetivo do legislador de reduzir custos de transação

⁸ Nos termos do art. 22, inciso IV da LDNSB, são objetivos da regulação: “definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários”. Antes da Lei n.º 14.026, o dispositivo falava genericamente de apropriação social desses ganhos, mas agora deixa-se claro que o compartilhamento deve ser realizado com os usuários. Já o art. 38, prevê que “as revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser: I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado”.

também para facilitar a entrada de agentes econômicos, as normas de referência cuidarão ainda de: “*III – padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades*”; “*V – critérios para a contabilidade regulatória*”; “*VIII – governança das entidades reguladoras...*” nos termos do art. 21 da LDNSB; “*X - parâmetros para determinação de caducidade...*” e “*XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico*”. Esses incisos são, sem dúvidas, os mais polêmicos. De um lado, é bastante questionável que uma agência federal, por suas normas de referência, diga como agências locais e estaduais devam se estruturar e funcionar a título de promover a governança. Isso naturalmente violaria a autonomia federativa em termos de organização administrativa. Contudo, na medida em que as normas da ANA não são compulsórias, mas de adoção optativa, esse problema desaparece. Já as normas de caráter contratual apresentam um outro problema. De maneira geral, não é o regulador, mas sim o titular do serviço que decide se quer ou não privatizar o serviço e, ao fazê-lo, como será o contrato. As agências reguladoras não podem impor modelos contratuais aos titulares, embora possam auxiliá-los na engenharia, ou seja, na modelagem dos instrumentos jurídicos. Assim, prever normas de referência nesse âmbito soa estranho, pois elas se direcionam às agências estaduais e locais que a princípio não cuidam da contratação em si, mas da regulação de serviço já delegado e, portanto, contratado.

Para além dessas regras gerais de caráter material previstas no art. 4º-A da Lei n.º 9.984, ou seja, regras que traçam limites aos temas que serão objeto das normas de referência, o art. 25-A da LDNSB traz algumas balizas que merecem registro. A uma, referido comando legal deixa claro que os poderes da ANA na edição de normas de referência se referem à regulação, e não a outros pilares da política de saneamento. Daí não ser possível que se utilizem normas de referência

para reger diretamente, por exemplo, aspectos do planejamento ou da prestação que não passem pelo filtro regulatório local ou estadual. A duas, as normas de referência não poderão prescindir da observância da legislação pertinente. A três, deixa-se evidente que a edição de uma norma de referência não implicará a revogação de cláusulas em sentido diverso presentes em contratos de delegação firmados anteriormente à edição da norma pela ANA. O art. 25-A, § 2º, em outras palavras, evidencia que o ato jurídico perfeito deverá ser respeitado. Sob o escopo de buscar padronização nacional, as normas de referência não estão autorizadas a aniquilar contratos e gerar insegurança jurídica.

Ainda numa perspectiva material ou de conteúdo, o extinto art. 25-B da LDNSB, na redação originariamente dada pela Medida Provisória n.º 868/2018, afastava a aplicabilidade das normas de referência da ANA para ações de saneamento básico em áreas rurais, comunidades tradicionais, incluídas as áreas quilombolas, áreas indígenas e a soluções individuais de saneamento que não constituem serviço público em áreas rurais ou urbanas. Essas exceções foram limitadas pela Lei n.º 14.026/2020 a áreas rurais, comunidades tradicionais, incluídas as áreas quilombolas, e terras indígenas, e agora constam do novo § 10 do art. 50 da LDNSB – não mais, portanto, do art. 25-B, que desapareceu do texto legal.

Normas de referência: parâmetros finalísticos

Além de estabelecer o conteúdo e os limites de atuação material da ANA na definição das normas de referência, o art. 4-A da Lei n.º 9.984 impõe parâmetros finalísticos, isto é, objetivos que guiam a agência federal na elaboração das referências. Esses parâmetros, ao lado dos materiais ou de conteúdo, reduzem ainda mais a discricionariedade da ANA nesse campo. Sua competência normativa fica limitada tanto no conteúdo, quanto pelas finalidades. Uma norma de referência poderá ser questionada juridicamente seja porque trata de tema que não consta dos grupos examinados, seja porque, ao abordar um tema aceitável, viola ou contraria as finalidades esperadas das normas de referência. Em outras palavras, o legislador dá parâmetros claros para questionar uma norma de referência por vício de conteúdo e igualmente por vício de finalidade – ambos vícios insanáveis, que geram nulidade administrativa incontornável.

Esses parâmetros teleológicos se encontram diluídos em dois parágrafos do art. 4º-A da Lei n.º 9.984/2000. Os dois principais parâmetros se ancoram no § 7º, que atribui a ANA o dever de zelar pela “*uniformidade regulatória* no setor de saneamento básico e pela *segurança jurídica* na prestação e regulação dos serviços”. A uniformidade e a segurança deverão ser buscadas, porém, sem comprometer outros parâmetros acessórios, representados por objetivos constantes do art. 4º-A, § 3º, e que se deixam resumir em: I – promoção da *prestação adequada*; II – estímulo à *livre-concorrência* e à sustentabilidade econômica da prestação; III – estímulo à *cooperação interfederativa* a favor da universalização e da modicidade tarifária; IV – respeito às *peculiaridades locais e regionais*; V – incentivo à *regionalização*; VI – *avaliação periódica* do cumprimento das metas e padrões; VII – *limitação de sobreposição de custos* pagos pelo usuário final; e VIII – *garantia da prestação concomitante* dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

A conjugação desses dois mandamentos explicita que a ANA editará norma de referência ilegal, por exemplo, ao buscar a uniformização nacional da regulação ignorando peculiaridades regionais importantes para tornar a prestação eficiente ou ao pretender imprimir segurança jurídica ao mosaico regulatório por meio de normas de referência que impeçam um grande conjunto de agentes econômicos a competir em licitações pelos contratos de delegação da prestação do serviço. Traduzindo: as normas de referência não podem promover a uniformidade regulatória nacional e a segurança jurídica a qualquer custo! Daí a importância de que a ANA utilize excelentes mecanismos de avaliação de impacto regulatório para assegurar, antes de aprová-las, que as normas de referência propostas são minimamente capazes de respeitar os objetivos do art. 4-A, § 3º.

Normas de referência: parâmetros formais

A preocupação do legislador com o novo papel da ANA não se resumiu no estabelecimento de parâmetros materiais e procedimentais. A interpretação dos novos dispositivos da Lei n.º 9.984 revela muitas exigências de caráter formal, no que se inclui tanto regras quanto ao tempo de edição, quanto aspectos relativos aos procedimentos de edição dos atos normativos.

Na perspectiva temporal, merece destaque o mandamento contido no art. 4º-A, § 2º, que corretamente estabelece uma transição gradual, ou seja, que as normas de referência não sejam estabelecidas todas ao mesmo tempo pela ANA. A agência deve editar tais normas de “forma progressiva”, pouco a pouco, de modo que os destinatários dessas normas tenham o tempo necessário para interpretá-las e adaptar sua estrutura, seus processos e suas decisões ao novo contexto normativo.

A preocupação do legislador com a suavidade na construção do mosaico regulatório ideia é reforçada no Art. 4º-B § 1º da Lei n.º 9.984. De acordo com esse dispositivo, a adoção das normas regulatórias de referência pelas agências locais e estaduais dos serviços de saneamento básico poderá ser *gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras.*

Além disso, a interpretação do mandamento contido no § 1º revela a necessidade de que a ANA realize um diagnóstico inicial para mapear quais temas necessitam de padronização prioritária; de que se organizem os temas por ordem de urgência e relevância; de que se examinem as soluções de padronização para cada um deles; de que se desenvolvam processos de edição transparentes e participativos e de que, com a edição da norma, confira-se a todos os destinatários um tempo razoável de adaptação, criando-se, inclusive, regimes de transição quando necessários.

Em certa medida, essas preocupações com o devido processo administrativo de normatização a ser conduzidos pela ANA foram absorvidas de maneira implícita ou explícita pelo art. 4º-A, § 4º, que determina a realização de, ao menos, quatro etapas para a criação de normas de referência, a saber:

- (i) De início, a agência deverá avaliar as melhores práticas regulatórias do setor. De acordo com o art. 4º-A, § 10, o mapeamento e desenvolvimento dessas práticas será baseada em estudos técnicos da agência, além de deverem constar de guias e manuais.
- (ii) Em seguida, a agência necessitará ouvir entidades incumbidas de regular e fiscalizar, bem como representantes dos Municípios (titulares dos serviços). Importante adicionar ao mandamento legal que a ANA deverá igualmente ouvir os representantes de unidades regionais, como regiões metropolitanas e

aglomerações urbanas, já que muitos serviços de saneamento, nessas áreas, estão sob titularidade compartilhada por configurarem funções públicas de interesse comum.

- (iii) A agência ainda necessitará realizar “consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas”. As consultas e audiências não estão direcionadas aos titulares e reguladores apenas, mas a qualquer pessoa, inclusive os prestadores, os usuários e as entidades representativas desses atores e outros. A boa organização desses mecanismos de participação popular não poderá prescindir da observância de normas básicas e subsidiárias da Lei de Processo Administrativo Federal, que trata dos direitos dos participantes de audiências e consultas, e da Lei Geral de Agências Reguladoras.
- (iv) Paralelamente, a agência poderá “constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar” a elaboração das normas. Aqui, mais uma vez, é preciso chamar atenção para a eventual necessidade de também inserir nos trabalhos os representantes de unidades regionais, como aglomerações urbanas e regiões metropolitanas. Igualmente relevante é a inclusão de representantes, ainda que em menor número, de prestadores e usuários.

Ainda que todas essas exigências sejam relativamente recentes, a ANA já constituiu grupos de trabalho, tem realizado consultas públicas e outros instrumentos de participação, além de ter editado a Nota Técnica n.º 7, no segundo semestre de 2020. Esse documento contém anexos com a proposta de 22 atos normativos que deverão ser produzidos ao longo de 2020 e 2022, tratando gradualmente de temas enquadrados em eixos de governança, regulação técnica, regulação contratual e regulação econômica do saneamento. A previsão dos reguladores federais era de se discutir, ainda em 2020, quatro normativas sobre “procedimentos para elaboração das normas de referência pela Agência, reequilíbrio econômico-financeiro para água e esgoto, instituição de taxa ou tarifa para resíduos sólidos urbanos e indenização de ativos para água e esgoto”, editando-as no primeiro semestre de

2021.⁹ Contudo, até o final de 2021, foram editadas tão somente duas NRs: a primeira se refere à cobrança de serviços de resíduos sólidos, e a segunda, ao cálculo de universalização dos serviços de saneamento.

Conclusão

A fragmentação da regulação dos serviços de saneamento por agências locais e estaduais pelo país estimulou o legislador, na ampla reforma da legislação de saneamento operada em 2020, a criar o conceito de “norma de referência”. Como se desejou esclarecer ao longo do artigo, o objetivo principal dessa nova ferramenta jurídica, oferecida exclusivamente à ANA, consiste em elevar a padronização regulatória do setor, reduzir custos de transação e de aprendizado, além de favorecer a previsibilidade dos agentes econômicos em relação ao arcabouço regulatório, no sentido de estimulá-los a competir por contratos administrativos de delegação nas licitações que decerto se proliferarão nos próximos anos e a investir maciçamente no setor.

Busca-se, com o novo instituto, formar um “mosaico regulatório”, ou melhor, um conjunto harmônico, coerente, coeso e articulado de ambientes regulados, sem, porém, unificá-los. As normas de referência não se prestam a instrumentalizar a aniquilação da autonomia federativa ou disfarçadamente suplantam o papel dos titulares e reguladores subnacionais pelas decisões da União. Para evitar que abusos e desvios dessa ordem ocorram, o legislador adequadamente estipulou parâmetros materiais (de conteúdo), finalísticos (de objetivo) e formais (de tempo e procedimento) que deverão ser observados quotidianamente pela ANA sob monitoramento da sociedade, dos órgãos de controle e, principalmente, dos demais reguladores.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Senado Federal, 1988. Disponível online na página eletrônica: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁹ Informações disponíveis na página eletrônica da ANA em: <https://www.ana.gov.br/noticias/diretoria-da-ana-esclarece-detalhes-da-consulta-publica-sobre-agenda-regulatoria-para-saneamento>. Acesso em 15 de setembro de 2020.

- BRASIL. Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos). Diário Oficial da União, Brasília, 3 de agosto de 2010.
- BRASIL. Lei 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole). Diário Oficial da União, Brasília, 12 de janeiro de 2015.
- BRASIL. Lei 13.529, de 4 de dezembro de 2017. Diário Oficial da União, Brasília, 4 de dezembro de 2017.
- BRASIL. Lei n.º 10.768/2008, de 19 de novembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de novembro de 2003.
- BRASIL. Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005 (Lei dos Consórcios Públicos). Diário Oficial da União, Brasília, 06 de abril de 2005.
- BRASIL. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007 (Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico). Diário Oficial da União, Brasília, 8 de janeiro de 2007 (retificado em 11 de janeiro de 2007).
- BRASIL. Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 2020.
- BRASIL. Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000 (Lei de criação da Agência Nacional de Águas – ANA). Diário Oficial da União, Brasília, 18 de julho de 2000.
- BRASIL. Medida Provisória n.º 868, de 27 de dezembro de 2018 (vigência encerrada sem conversão em lei). Diário Oficial da União, Brasília, 28 de dezembro de 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 1.842/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 6 de março de 2013. DJ-e 181, 16 de setembro de 2013.
- CYRINO, André (2020). A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? *Jota*, 23/09/2020, disponível online em www.jota.info.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de (2011). *Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil*. São Paulo: Foco.
- MARRARA, Thiago; BARBOSA, Allan Fuezi (2009). As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 10, n.º 3.
- OLIVEIRA, Carlos Roberto (2022). Regulação do saneamento básico: do poder normativo à norma de referência. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 9, n.º 2.

SOUZA, Rodrigo Pagani (2021). Diretrizes para o saneamento básico e o papel da ANA no novo marco legal. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Roberto de (org.). *O novo marco legal do saneamento básico no Brasil*. São Paulo: Foco.

LA CONSTRUCCIÓN DEL MARCO REGULATORIO DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PLANIFICACIÓN URBANA EN EL PERÚ: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS¹

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/10>)

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA²

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN³

Resumen: El objeto de la presente trabajo es exponer los resultados de la revisión, estudio y análisis del marco regulatorio vigente de la planificación urbana y la ordenación del territorio en el Perú con el propósito de identificar sus principales características. Para ello, se ha hecho una revisión minuciosa de la organización institucional, las políticas públicas, y la normativa vigente y en proyecto a través de una metodología que incorpora un análisis estructural, histórico y comparativo de las dos instituciones que son materia de estudio.

Palabras clave: Ordenación del territorio; Planificación urbana; Derecho Administrativo Perú.

¹ El presente trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), denominado “Ordenación territorial y desarrollo urbanístico: su alcance en poblaciones vulnerables”, con código ID 595. Este resultó ganador del Concurso Anual de Proyectos de Investigación – CAP 2018 del Vicerrectorado de Investigación de la PUCP.

² Profesor Principal de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, investigador RENACYT P0012951.

³ A. ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra, 2010, 158.

Abstract: The purpose of this paper is to present the results of the review, study and analysis of the current regulatory framework for urban planning and land use planning in Peru in order to identify its main characteristics. To this end, a thorough review of the institutional organization, public policies, and current and proposed regulations has been carried out through a methodology that incorporates a structural, historical and comparative analysis of the two institutions under study.

Key words: Regulatory framework; Land use planning; Urban planning; Administrative law Perú.

Introducción

El presente artículo tiene por objeto dar cuenta de las principales características del proceso de construcción del marco regulatorio de la ordenación del territorio y la planificación urbana en el Perú. Dicho estudio se justifica porque mediante este es posible aproximarnos a un análisis de sus elementos, su alcance y sus principales aspectos configurativos.

Para concretar la finalidad planteada, realizamos un enfoque metodológico que parte de una breve referencia al modelo de Estado, una revisión de la estructura y competencias de los órganos de la administración en sus tres niveles (central, regional y local) en materia de ordenación del territorio y planificación urbana, seguido de la sistematización de las políticas públicas aprobadas por el Gobierno central y de una reseña del marco normativo, incluidos los proyectos de ley que han sido planteados.

A partir de la revisión efectuada, se identificarán y analizarán los aspectos que caracterizan el momento actual del marco regulatorio peruano de la ordenación del territorio y la planificación urbana. Finalmente, se presentan unas breves conclusiones.

1. La organización institucional de la ordenación del territorio y la planificación urbana en el Perú

Para comprender de manera integral el marco institucional de la ordenación del territorio y la planificación urbana en el Perú, se requiere de una explicación de las características de la organización de su

administración pública. También es necesario explicar la técnica de la descentralización y su aplicación en el modelo de Estado definido por la Constitución de 1993.

Un primer aspecto que caracteriza las administraciones públicas en el ordenamiento jurídico peruano es que estas son siempre institucionales; esto es, se encuentran organizadas por una persona jurídica superior de la que forman parte, que las dota de los medios personales y materiales para desarrollar su función y a la que finalmente se imputa su actuación⁴.

Sobre el modelo del Estado peruano, desde un enfoque constitucional, el artículo 43 de nuestra Constitución de 1993⁵ establece que el Estado es uno e indivisible, y su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, organizado según el principio de separación de poderes. Asimismo, el artículo 189 de nuestro texto constitucional establece que “el territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local”.

Por su parte, el artículo 191 dispone que “los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia” y que estos “coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones”. A ello se vincula lo dispuesto en el artículo 194, según el cual “las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia”.

A partir de lo expuesto, es posible señalar que el Estado peruano está organizado en una estructura orgánica indivisible pero descentralizada, sin descartar las coordinaciones respectivas entre todos los niveles de gobierno. Respecto del carácter descentralizado de la administración pública peruana cabe distinguir los siguientes tres elementos:

- a) La personalidad jurídica de cada órgano, pues no resulta posible organizar un órgano sin contar con esta . . .
- b) La atribución de competencias, es decir, deben determinarse de manera concreta las competencias que cada órgano tiene,

⁴ A. ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra, 2010, 158.

⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Congreso Constituyente Democrático (1993).

lo cual implica un traspaso de atribuciones, generándose competencias compartidas o exclusivas en favor de los órganos descentralizados . . .

- c) La unidad y coherencia del Estado⁶.

En el marco de las disposiciones constitucionales citadas, el desarrollo legislativo del modelo de Estado se ha realizado en la Ley n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización. Esta incorpora en su artículo 3 la finalidad de la descentralización: “El desarrollo integral, armónico y sostenible del país mediante la separación de competencias y funciones; y el equilibrado ejercicio del poder de los tres niveles de gobierno en beneficio de la población”⁷.

El referido cuerpo normativo recoge en su artículo 4 los siguientes principios que inspiran la descentralización:

- a) Permanencia: constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, cuyo efecto vinculante alcanza a todos los Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y al Gobierno en su conjunto.
- b) Dinamicidad: es un proceso constante y continuo, se ejecuta en forma gradual por etapas, previendo la adecuada asignación de competencias y la transferencia de recursos del nivel central hacia los gobiernos regionales y los gobiernos locales; promueve la integración regional y la constitución de macro regiones. Exige una constante sistematización, seguimiento y evaluación de los fines y objetivos, así como de los medios e instrumentos para su consolidación.
- c) Irreversibilidad: el proceso debe garantizar, en el largo plazo, un país espacialmente mejor organizado, poblacionalmente mejor distribuido, económica y socialmente más justo y equitativo, ambientalmente sostenible, así como políticamente institucionalizado.
- d) Democracia: es una forma de organización democrática del Estado que se desarrolla en los planos político, social, económico, cultural, administrativo y financiero. Promueve la igualdad de

⁶ A. VERGARA, “Marco jurídico de la descentralización administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, 18/3, (1991), 411-449, 438-439.

⁷ LEY n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, Congreso de la República del Perú (2002-07-20).

oportunidades para el acceso a mayores niveles de desarrollo humano en cada ámbito, y la relación (entre) Estado y Sociedad, basada en la participación y concertación en la gestión de gobierno.

- e) Integridad: abarca e interrelaciona a todo el conjunto del Estado en el espacio nacional, así como las actividades privadas en sus diversas modalidades, mediante el establecimiento de reglas jurídicas claras que garanticen el desarrollo integral del país.
- f) Subsidiariedad: las actividades de gobierno en sus distintos niveles alcanzan mayor eficiencia, efectividad y control de la población si se efectúan descentralizadamente. La subsidiariedad supone y exige que la asignación de competencias y funciones a cada nivel de gobierno sea equilibrada y adecuada a la mejor prestación de los servicios del Estado a la comunidad.
- g) Gradualidad: el proceso de descentralización se realiza por etapas en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan una adecuada y clara asignación de competencias y transferencias de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, evitando la duplicidad⁸.

Los citados principios se ven reflejados en normas posteriores, como son la Ley n.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales⁹, y la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, las cuales explicaremos más adelante en función del aporte que brindan en materia de planificación urbana y ordenación del territorio. En ellas se desarrollan las competencias de estos niveles de gobierno de manera articulada con el Gobierno central, pero manteniendo también la autonomía necesaria para llevar a cabo sus funciones de manera eficiente.

Efectuada esta breve revisión del modelo del Estado peruano, a continuación, veremos cómo las características y principios antes identificados se han incorporado en el diseño institucional de la ordenación del territorio y la planificación urbana, esto es, en la atribución de competencias, cuyo modelo descentralizado recae en los Gobiernos regionales y en los Gobiernos locales.

⁸ LEY n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

⁹ LEY n.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Congreso de la República del Perú (2002-11-18).

2.1. Antecedentes institucionales de la planificación urbana y la ordenación del territorio

Como se había adelantado, el marco regulatorio que sostiene las actividades de la planificación urbana y la ordenación del territorio en el Perú se explica a partir del ámbito institucional, de políticas públicas y normativo. Cada uno de estos cumplió y cumple un rol importante durante la configuración del marco regulatorio. El diseño institucional ha tenido un desarrollo caracterizado por haber variado su esquema y asignación de competencias desde las primeras referencias con las que se puede contar en el ordenamiento jurídico peruano. Por ello, para comprender los aspectos característicos de la vigente institucionalidad de la planificación urbana y la ordenación del territorio, es importante revisar los antecedentes institucionales de manera que sea posible alcanzar una apreciación integral del desarrollo de este ámbito hasta la actualidad.

a) En materia de planificación urbana

Las primeras referencias institucionales de las que podemos dar cuenta son las que corresponden a la planificación urbana. En los años cuarenta y sesenta, podemos identificar la actividad pionera del Instituto de Urbanismo y Planificación en el Perú (IUPP), fundado en 1944, cuyo impulso desde el sector privado tuvo como primera motivación contar con arquitectos especializados en urbanismo y la posibilidad de plantear una legislación vinculada a este ámbito que se adapte a las ciudades del país¹⁰.

En paralelo, en el ámbito de la administración pública, en 1946 fue creada la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo (ONPU) mediante la Ley n.º 10723, Ley que Crea la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo, y el Consejo Nacional de Urbanismo¹¹. Esta

¹⁰ J. HUAPAYA, *Fernando Belaúnde Terry y el ideario moderno. Arquitectura y urbanismo en el Perú entre 1936 y 1968*, Lima: Universidad Nacional de Ingeniería, 2014, 185.

¹¹ LEY n.º 10723, Ley que Crea la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo y el Consejo Nacional de Urbanismo, Congreso de la República del Perú (1946-12-30).

fue la primera entidad administrativa dedicada a la planificación física de los centros poblados en el Perú¹², que tuvo por cometido la coordinación y dirección de la labor urbanística de las reparticiones técnicas del Gobierno y los municipios, a lo que sumó el estudio y formulación de los planes reguladores y de extensión de las ciudades y pueblos de la república.

Posteriormente, en 1961, gracias al trabajo conjunto de la Organización de Estados Americanos, la Univesidad de Yale y la Universidad Nacional de Ingeniería se creó el Instituto de Planeamiento Urbano de Lima (IPL). Al año siguiente, se fundó el Instituto Nacional de Planificación (INP) mediante el Decreto Ley n.º 14220¹³. Esta norma creó el Sistema Nacional de Planificación del Desarrollo Económico y Social del País, cuyo propósito fue mejorar las condiciones de vida de la población mediante una planificación descentralizada, que procure el desarrollo económico y social¹⁴.

En 1969, mediante el Decreto Ley n.º 17271¹⁵, se creó el Ministerio de Vivienda, que asumió la labor de orientar la planificación urbana, mejorar las condiciones de vivienda de la población, entre otras funciones. En 1975, su denominación cambió a Ministerio de Vivienda y Construcción, en virtud del Decreto Ley n.º 20711¹⁶. Así, se le asignó entre sus nuevas funciones planificar, regular y controlar la actividad de construcción en el país con el objetivo de facilitar el cumplimiento de las metas de los sectores. Por ello, se considera que, en

¹² R. CASTILLO, “La planificación urbana en el Perú 1947-2007: ¿del urbanismo mágico a la planificación del desarrollo urbano sostenible? Apuntes para una biografía y una propuesta”, *Lima CAP* 1/4 (2007), 18-23, 19.

¹³ DECRETO LEY n.º 14220, Decreto Ley que Da Inicio a la Creación del Sistema Nacional de Planificación del Desarrollo Económico y Social del País, Junta de Gobierno (1962-10-30).

¹⁴ Este decreto ley ha sido considerado por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) como el “inicio formal a la planificación en el país”, conforme a la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.

¹⁵ DECRETO LEY n.º 17271, Decreto Ley de Acuerdo al Estatuto del Gobierno Revolucionario como Uno de los Objetivos Básicos de su Acción se Determina el Número de Ministerios, sus Denominaciones y Funciones, Presidencia de la República (1968-12-7).

¹⁶ DECRETO LEY n.º 20711, Decreto Ley Ministerio de Vivienda Cambiará Denominación desde el 1-1-1975, Presidencia de la República (1974-09-04).

el periodo de 1969 a 1980, el Ministerio de Vivienda y Construcción tuvo a su cargo la planificación urbana en el país¹⁷.

Durante el periodo de 1981 a 1991, los Gobiernos locales empezaron a asumir funciones de planificación urbana. Sin embargo, al no contar con la capacidad técnica ni la experiencia suficiente, se requirió el apoyo privado¹⁸. Ello evidenció la necesidad de contar con el apoyo del Gobierno central. Así, en 1981, se creó el Instituto Nacional de Desarrollo Urbano (INADUR) mediante el Decreto Legislativo n.º 144, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo Urbano, cuya finalidad fue

conducir las actividades de investigación y promoción de estudios de planificación de los asentamientos humanos. También apoyó a los municipios en la identificación, preparación e implementación de sus planes, programas y proyectos específicos de desarrollo local. En ese sentido, ayudó a la capacitación del personal responsable de estas funciones, evaluó y difundió sus logros, y los asesoró en la financiación de sus metas de desarrollo¹⁹.

Esta evolución institucional también contó con un desarrollo descentralizado pero limitado. Así, dos de las principales municipalidades del Perú como son Lima y Arequipa crearon sus instituciones municipales de planificación urbana. En el caso de Lima, en 1991 se creó el Instituto Metropolitano de Planificación (IMP) mediante Acuerdo de Concejo n.º 032-MML como órgano público descentralizado de la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana. De acuerdo con su estatuto, el objeto del IMP es “orientar, promover, conducir y evaluar la planificación del desarrollo de mediano y largo plazo del área metropolitana y la provincia de Lima”²⁰.

¹⁷ R. CASTILLO, “La planificación urbana en el Perú 1947-2007: ¿del urbanismo mágico a la planificación del desarrollo urbano sostenible? Apuntes para una biografía y una propuesta”, 19.

¹⁸ R. CASTILLO, “La planificación urbana en el Perú 1947-2007: ¿del urbanismo mágico a la planificación del desarrollo urbano sostenible? Apuntes para una biografía y una propuesta”, 19.

¹⁹ DECRETO LEGISLATIVO n.º 144, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo Urbano, Presidencia de la República (1981-06-15).

²⁰ ACUERDO DE CONCEJO n.º 089, Estatuto del Instituto Metropolitano de Planificación, Municipalidad Metropolitana de Lima (1998).

En el caso de Arequipa, en 2014, se creó el Instituto Municipal de Planeamiento de Arequipa (Impla) mediante Ordenanza Municipal n.º 875 como un órgano público descentralizado de la Municipalidad Provincial de Arequipa, Sus principales objetivos (artículo 3) fueron “organizar, dirigir, orientar, promover, conducir y evaluar en forma integral y sistémica el proceso de planificación del desarrollo de corto, mediano y largo plazo de la provincia de Arequipa en concordancia con las políticas sectoriales, nacionales, regional como local”²¹.

b) En materia de ordenación del territorio

Respecto a la ordenación del territorio, ésta ha tenido un desarrollo institucional más reciente, de ahí que en los antecedentes le precede la planificación urbana. En la actualidad, su rectoría e impulso recae en el Ministerio del Ambiente (Minam), es decir, corresponde a la administración sectorial del Gobierno central.

La labor del Minam ha respondido a la necesidad de contar con un enfoque ambiental y de sostenibilidad. Sin embargo, existe un debate en torno a si la perspectiva ambiental es suficiente para cubrir los objetivos de la ordenación del territorio. En relación con ello hemos expresado que se ha sobredimensionado el componente ambiental en claro detrimento de las otras dimensiones que también confluyen alrededor de dicha función administrativa²².

Si bien la ordenación del territorio se ha visibilizado en el Perú en los últimos años gracias a la iniciativa del Minam, se trata de una función administrativa que no es exclusiva de un sector del Gobierno central, sino que se constituye en una visión holística del territorio, en todos los planos, que busca compatibilizar los aspectos económicos, sociales y ambientales²³. Es claro entonces que, por los fines a los que

²¹ ORDENANZA MUNICIPAL n.º 875, Municipalidad Provincial de Arequipa (2014-07-03).

²² D. ZEGARRA, “Hacia una redefinición del enfoque actual de la ordenación del territorio en el Perú”. En D. ZEGARRA, coord., *La proyección del Derecho Administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Lima: Palestra, 2019, 361-383, 12.

²³ C. RODRÍGUEZ / S. REYES, “Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenación territorial sustentable”, *Proyección* 4 (2008) 1-37.; D. ZEGARRA, “Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano”. En J. PANDO VÍLCHEZ *et al.*, *El Derecho Administrativo como instrumento al*

está orientada la ordenación del territorio, su atribución competencial debe realizarse desde una perspectiva descentralizada.

2.2. Entidades competentes

Un aspecto común entre la planificación urbana y la ordenación del territorio es la asignación de competencias en estas materias al Gobierno central, y a los Gobiernos regionales y locales. La configuración de este esquema competencial se sustenta, como veremos a continuación, en el diseño descentralizado que caracteriza al Estado peruano, en el que una materia puede ser desarrollada por un ministerio o por una municipalidad provincial o distrital, dependiendo del ámbito competencial que detenten.

a) Entidades con competencias en planificación urbana

La institucionalidad vigente de la planificación urbana recae en los tres niveles de gobierno, esto es, central, regional y local o municipal. Las competencias y funciones atribuidas a cada nivel de gobierno se encuentran dispuestas principalmente en la Ley n.º 27783, Ley de Bases de Descentralización, la Ley n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Ley n.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y Ley n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

La Ley de Bases de Descentralización dispuso los parámetros del proceso de descentralización en el país. Así, dictaminó la distribución de las competencias en los tres niveles de gobierno, las cuales clasificó como exclusivas y compartidas bajo un enfoque de unidad, pero de funcionamiento descentralizado. Este esquema de descentralización adoptado por el Estado peruano supuso que cada nivel de gobierno asumiría competencias en todas las materias incluida la de la planificación urbana. De esa manera, no es extraño advertir que los Gobiernos locales y regionales detenten competencias al igual que el Gobierno central, pero aquellos están proscritos de sobrepasar o contravenir las disposiciones de este último por el mandato del modelo unitario consagrado en la Constitución de 1993.

Con relación a la Ley Orgánica de Municipalidades, esta norma atribuyó a las municipalidades competencias para planificar integralmente el desarrollo local. Específicamente, el artículo 79 de la Ley n.º 27972 previó que, entre las funciones de los Gobiernos locales, se encuentran las siguientes:

- Aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial, que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana, así como las áreas de protección o de seguridad por riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental.
- Aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos de acuerdo con el Plan de Acondicionamiento Territorial.
- Pronunciarse respecto de las acciones de demarcación territorial en la provincia²⁴.

Sumada a estas dos normas, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales dispone la asignación de competencias en materia de planificación urbana para los Gobiernos regionales en el artículo 58 bajo el título de “vivienda y saneamiento”. Así, se dispone que los Gobiernos regionales están investidos de facultades para formular, aprobar y evaluar los planes y políticas regionales en materia de planificación urbana en armonía con los planes locales y supeditados a las disposiciones del Gobierno central.

Así, por un lado, los Gobiernos locales cumplen la función de planificar el desarrollo local, y organizar el espacio físico y los usos del suelo en sus respectivas circunscripciones geográficas. Por otro lado, los Gobiernos regionales alinean dichos fines a un plan de desarrollo integrado y regional que pondere adecuadamente cada plan municipal.

La última norma entrada en vigor fue la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible. Ésta implementa un sistema de asignación de competencias claras y específicas, inspirado en la técnica de la descentralización administrativa. Así pues, esta ley, en primer lugar, determina que la rectoría de la planificación urbana recae en el Ministerio de Vivienda,

²⁴ LEY n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Congreso de la República del Perú (2003-05-27).

Construcción y Saneamiento (MVCS)²⁵, que ejerce competencias en materia de planificación urbana en coordinación con los Gobiernos regionales y locales. Sobre la base de esta asignación de funciones, en segundo lugar, se ha dispuesto entre las obligaciones de los Gobiernos locales elaborar y mantener actualizados los planes para el acondicionamiento territorial y desarrollo urbano correspondientes en armonía con la Política Nacional de Ordenamiento Territorial que apruebe el Consejo de Ministros, entre otras políticas nacionales.

En cuanto al rol de los Gobiernos regionales y locales, esta norma refrenda las competencias concedidas por sus leyes orgánicas. A la vez, reitera la vinculación jerárquica que debe existir entre las disposiciones y planes dictados por el MVCS y las emitidas por los Gobiernos regionales y locales, que supeditan su actividad de planificación urbanística, bajo un esquema de articulación entre todas estas instituciones.

b) Entidades competentes en ordenación del territorio

Como ha sido señalado, en el Perú, en materia de ordenación del territorio, la rectoría la detenta el Minam. Esta entidad ha asimilado en su estructura dicha función administrativa, que, a su vez, es llevada a cabo por el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de los Recursos Naturales.

Este órgano ejerce competencias específicas en materia de “conservación y uso sostenible de los recursos naturales, diversidad biológica, cambio climático y desertificación, y el manejo de los suelos”²⁶. El artículo 10 del Reglamento de Organización y Funciones del Minam señala que el viceministerio tiene entre sus funciones diseñar la política, los criterios, las herramientas y los procedimientos de carácter general para el ordenamiento territorial ambiental en el marco de la Política Nacional de Ordenamiento Territorial.

Sin embargo, esta configuración competencial de la ordenación del territorio no es la más adecuada. Ello se debe a que, por su propia naturaleza, la rectoría debe recaer en un órgano como la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) que le dé importancia a su carácter

²⁵ LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Congreso de la República del Perú (2021-07-25), artículo 10.

²⁶ DECRETO SUPREMO n.º 012-2009-MINAM, Política Nacional del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2009-05-22).

multidimensional, y tenga la estructura y funcionalidad institucional para realizar una coordinación entre las entidades competentes en todos los niveles de gobierno.

Así, en el año 2017, con la aprobación de su Reglamento de Organización y Funciones, mediante el Decreto Supremo n.º 022-2017-PCM, la PCM empezó a llevar a cabo actividades relacionadas con la ordenación del territorio. Un primer paso fue la creación del Viceministerio de Gobernanza Territorial con el propósito de “articular las intervenciones del Poder Ejecutivo en el territorio, para lo cual establecerá los mecanismos de coordinación y articulación entre las entidades del gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales”²⁷. Posteriormente, en julio de 2021, con la aprobación del nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la PCM, mediante el Decreto Supremo n.º 126-2021-PCM²⁸, se ratificó que corresponde al referido viceministerio la coordinación de la Política Nacional de Ordenamiento Territorial.

De acuerdo con las competencias del Minam y la PCM antes descritas, se puede afirmar que estos ejercen sus funciones en materia de ordenación del territorio en coordinación con los Gobiernos regionales y locales. Así, por ejemplo, conforme al artículo 50 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, estos cumplen la función de programar y desarrollar acciones que impulsen una distribución territorial de la población en función de las potencialidades del desarrollo regional, así como formular, aprobar, ejecutar, evaluar, dirigir, controlar y administrar los planes y políticas en materia ambiental y de ordenación del territorio, las cuales deben desarrollarse en concordancia con los planes de los Gobiernos locales.

En lo que respecta a los Gobiernos locales, estos también cuentan con funciones en materia de ordenación del territorio previstas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, la cual establece las funciones de los Gobiernos locales en materia de desarrollo urbano

²⁷ DECRETO SUPREMO n.º 022-2017-PCM, Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, Presidencia de la República (2017-02-28).

²⁸ El texto integrado del nuevo ROF se aprobó mediante RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 156-2021-PCM, Resolución Ministerial que Aprueba el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-07-17).

y acondicionamiento territorial. Por su parte, el artículo 73 dispone como competencias y funciones específicas de las municipalidades provinciales planificar integralmente el desarrollo local y la ordenación del territorio.

2.3. La asignación de competencias en materia de ordenación del territorio formuladas en el Proyecto de Ley General de Ordenamiento Territorial

Desde hace más de dos años la PCM, a través del Viceministerio de Gobernanza Territorial, ha emprendido la labor de elaborar el Proyecto de Ley General de Ordenamiento Territorial, que hasta la actualidad no ha podido concretarse. Sin embargo, este Proyecto de Ley propone la implementación de cambios necesarios para los tres ámbitos que constituyen el marco regulatorio: la institucionalidad, las políticas públicas y la normativa.

Acerca de la institucionalidad, el aspecto esencial que busca reformular el proyecto de ley es la asignación de la rectoría de la ordenación del territorio a la PCM en lugar del Minam. Esto se basa en la creación del Sistema Nacional de Ordenamiento Territorial (Sinadot), el cual es descrito como “un sistema funcional, multisectorial, sinérgico, descentralizado y participativo con la finalidad de fomentar la articulación entre el sector público y la sociedad civil”²⁹. Entre sus objetivos se encuentran los siguientes:

- a) Asegurar el cumplimiento de políticas públicas en materia de ordenamiento territorial, que requieren la participación sinérgica y articulada de los integrantes del sistema.
- b) Articular y armonizar objetivos, prioridades, metas, capacidades y recursos, para el ordenamiento territorial, a nivel intergubernamental e intersectorial.
- c) Promover la gestión de estrategias, planes, programas y proyectos para el ordenamiento territorial, a nivel intergubernamental e intersectorial.
- d) Promover la participación del sector público y privado, de la sociedad civil, entre otros, en las diferentes etapas del proceso de ordenamiento territorial.

²⁹ PROYECTO DE LEY, Ley General de Ordenamiento Territorial, Presidencia del Consejo de Ministros (2021).

- e) Producir, compartir y disponer de la información y evidencia necesarias para la formulación de estrategias, planes, programas y proyectos en materia de ordenamiento territorial.
- f) Promover la investigación y generación de conocimiento, y fortalecimiento de capacidades y potencialidades del sector público y privado en materia de ordenamiento territorial³⁰.

Asimismo, en línea con la finalidad de fomentar la articulación con la sociedad civil, se ha propuesto que la conformación del Sinadot sea la siguiente:

- a) La Presidencia del Consejo de Ministros, como ente rector.
- b) Los Ministerios, Organismos Públicos, entre otras entidades públicas de nivel nacional vinculadas con el ejercicio del ordenamiento territorial.
- c) Los Gobiernos regionales, locales y centros poblados.
- d) Las entidades privadas y empresas del Estado que desarrollan acciones vinculadas al ordenamiento territorial.
- e) Las instituciones comunitarias, asociaciones, sociedad civil y demás actores territoriales que participen de las etapas del proceso de ordenamiento territorial.

A partir de lo anterior, se aprecia que la nueva rectoría recaída en la PCM frente al Minam, introducida por el Proyecto de Ley, es consecuencia del concepto más amplio de ordenación del territorio que se ha venido adoptando. Este cambio permitirá una mayor unidad en la materia y una mejor articulación con los Gobiernos regionales y locales, que ya tienen competencias sobre ella.

3. La planificación urbana y la ordenación del territorio como políticas públicas en el Perú

La adopción de las políticas públicas en materia de ordenación del territorio y planificación urbana en los últimos veinte años puede clasificarse en dos ejes. El primero refiere a las políticas públicas supranacionales adoptadas por el Estado peruano y el segundo corresponde a las políticas de alcance nacional adoptadas por el Gobierno nacional.

³⁰ PROYECTO DE LEY, Ley General de Ordenamiento Territorial.

La revisión de las políticas supranacionales y nacionales nos permite advertir que sí existe un punto de partida de implementación de políticas públicas sobre estas dos materias, instituido en la suscripción del Acuerdo Nacional³¹. Hemos observado que los desarrollos de políticas tanto para la ordenación del territorio como para la planificación urbana se formulan a partir de las políticas de Estado 8, 19, 21, 32, 33 y 34, las cuales complementarán su desarrollo con la publicación del Plan Bicentenario. Con ese primer insumo que supuso el Acuerdo Nacional, se fueron gestando y aprobando políticas de alcance nacional, primero, para la planificación urbana, cuyo instrumento más antiguo data del 2006 con el Plan Nacional de Vivienda 2006-2015³² y, luego, para la ordenación del territorio, cuya referencia más lejana se remonta al 2009 con la Política Nacional del Ambiente³³.

Cabe realizar dos anotaciones adicionales sobre la evolución de las políticas. Por un lado, es notoria la influencia del sector ambiental en el proceso de configuración de la ordenación del territorio. Por otro lado, actualmente, no existe una política nacional de ordenación del territorio que exprese la naturaleza y los fines de esta figura, a diferencia de la planificación urbana, que desde su primera mención en 2006 ha mantenido una vocación fundada en la habitabilidad y el derecho a la vivienda. La más integral ha sido la última Política Nacional de Vivienda y Urbanismo (PNVU) con Horizonte Temporal al 2030³⁴.

3.1. Políticas públicas supranacionales adoptadas por el Estado peruano

En la introducción de este apartado, se han identificado los tipos de categorías en que se agrupa el marco de políticas públicas vinculadas a la planificación urbana y la ordenación del territorio. Así, se busca con su adopción integrar todos los elementos esenciales e interrelacionados con ellas, es decir, los *stakeholders*, desde un nivel supranacional

³¹ ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002.

³² PLAN NACIONAL DE VIVIENDA 2006-2015, Vivienda para todos, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006).

³³ DECRETO SUPREMO n.º 012-2009-MINAM, Política Nacional del Ambiente.

³⁴ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021-07-15).

hasta uno de categoría local, como podremos precisar con el avance de las secciones de este trabajo.

Sobre las políticas públicas supranacionales, la más importante sobre planificación urbana y ordenación territorial es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, compuesta por los Objetivos de Desarrollo Sostenible³⁵. Este documento postula políticas orientadas a lograr un desarrollo sostenible en los países adheridos a esta agenda. Si bien dichas políticas no son jurídicamente vinculantes, representan objetivos categorizados en segmentos críticos en los que los países deben colocar todo su esfuerzo para conseguir el ansiado desarrollo.

De los 17 objetivos, identificamos en 9 de ellos una vinculación marcada con las funciones administrativas de ordenación del territorio y de planificación urbana. Ello se debe a que estas constituyen técnicas de armonización de un territorio y sus usos a fin de que su aprovechamiento sea sostenible a la luz de una visión holística, como de manera más detallada debe serlo en una urbe en específico.

Del mismo modo, el Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 es el documento de política internacional en que se pueden identificar elementos vinculados a la utilización de la ordenación del territorio y la planificación urbana. Del referido documento deben destacarse las cuatro prioridades que se postulan y en cuyo contenido se incorporan planes, metas y líneas de acción asociadas a los aspectos estructurales de la política de ordenación del territorio y planificación urbana que nuestro país necesita adoptar.

Estas prioridades son a) la comprensión del riesgo de desastres, b) el fortalecimiento de la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo, c) la inversión en la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia y d) el aumento en la preparación para casos de desastres a fin de dar una respuesta eficaz y reconstruir mejor en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción³⁶.

³⁵ ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Objetivos de desarrollo sostenible* [online], Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015, [recuperado 6 de enero 2023], Recuperado de <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>>.

³⁶ ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, 2015.

3.2. Políticas de Estado vinculadas a la ordenación del territorio y planificación urbana adoptadas en el Perú

Al inicio de esta sección, se adelantó que el punto de partida del proceso de configuración de las políticas públicas sobre estas materias fue la suscripción del Acuerdo Nacional. En este se definieron, en el año 2002, las políticas que pueden agruparse en los cuatro grandes objetivos que contienen las líneas de acción del Estado peruano para definir un rumbo para el desarrollo sostenible en el país.

Los grupos en los que se pueden ubicar las 35 políticas de Estado son a) fortalecimiento de la democracia y Estado de derecho, b) desarrollo con equidad y justicia social, c) promoción de la competitividad del país y d) afirmación de un Estado eficiente, transparente y descentralizado.

Como se ha señalado, las políticas de Estado que desarrollan los lineamientos, objetivos, acciones y metas sobre la ordenación territorial y la planificación urbana están contenidas dentro de las políticas 8, 19, 21, 32, 33 y 34 del Acuerdo Nacional. A través de la política 8, referida a la descentralización política, económica y administrativa para propiciar el desarrollo integral, armónico y sostenido en el Perú, el Estado peruano se compromete a “desarrollar una integral descentralización política, económica y administrativa, transfiriendo progresivamente competencias y recursos del gobierno nacional a los gobiernos locales”³⁷.

La política 19 sobre el desarrollo sostenible y gestión ambiental expresa el compromiso del Estado para integrar la política nacional ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y de ordenación del territorio para contribuir a superar la pobreza y lograr “el desarrollo sostenible en el Perú”³⁸. Para alcanzar ello, se destaca la búsqueda del fortalecimiento de la institucionalidad de la gestión ambiental, y la promoción de la ordenación del territorio y la planificación urbana.

La política de Estado más vinculada a la planificación urbana es la 21, sobre desarrollo en infraestructura y vivienda. Esta política supone un compromiso estatal para desarrollar

la infraestructura y la vivienda con el fin de eliminar su déficit, hacer al país más competitivo, permitir su desarrollo sostenible

³⁷ ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002.

³⁸ ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002.

y proporcionar a cada familia las condiciones necesarias para un desarrollo saludable en un entorno adecuado. El Estado, en sus niveles nacional, regional y local, será el facilitador y regulador de estas actividades y fomentará la transferencia de su diseño, construcción, promoción, mantenimiento u operación, según el caso, al sector privado³⁹.

En cuanto a la política 32 sobre gestión del riesgo de desastres, es importante rescatar el compromiso del Estado de “promover una política de gestión del riesgo de desastres con la finalidad de proteger la vida, la salud y la integridad de las personas”. Así, se busca reducir la vulnerabilidad con equidad e inclusión, y tomar acciones preventivas de reubicación y de impedimento de asentamiento en zonas de vulnerabilidad geofísica.

Otra política vinculada a la ordenación territorial es la número 33, sobre los recursos hídricos. Esta está orientada a

asegurar el acceso universal al agua potable y saneamiento a las poblaciones urbanas y rurales de manera adecuada y diferenciada, fortalecer la institucionalidad en la gestión integrada de los recursos hídricos, asegurar que los actores que intervienen en las cuencas las protejan, rehabiliten y compensen ambientalmente los impactos negativos que generen, entre otros⁴⁰.

La sexta política, la 34, aborda la ordenación y gestión territorial. Por medio de esta política, el Estado peruano se compromete a

impulsar un proceso estratégico, integrado, eficaz y eficiente de ordenamiento y gestión territorial que asegure el desarrollo humano en todo el territorio nacional, en un ambiente de paz. Este proceso se basará en el conocimiento y la investigación de la excepcional diversidad del territorio y la sostenibilidad de sus ecosistemas; en la articulación intergubernamental e intersectorial; en el fomento de la libre iniciativa pública y privada; y en la promoción del diálogo, la participación ciudadana y la consulta previa a los pueblos

³⁹ ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002.

⁴⁰ Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional, Acuerdo Nacional 2011-2019, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <<https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2020/07/Libro-Acuerdo-Nacional-2011-2019.pdf>>, 36.

originarios. Para estos efectos entendemos el territorio como el espacio que comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre y en el que se desarrollan relaciones sociales, económicas, políticas y culturales entre las personas y el entorno natural, en un marco legal e institucional; y en el que convergen los intereses, identidades y culturas de las poblaciones⁴¹.

Las políticas de Estado previamente identificadas expresan alcances, metas, objetivos y fines relacionados con el desarrollo del proceso de ordenación del territorio y de planificación urbana en nuestro país. Cada una de ellas, con sus respectivas metas, se encuentran articuladas con los ODS en la medida que representan acciones que los Estados se comprometen a emprender para alcanzar y cumplir con ellos.

Como complemento de las políticas de Estado del Acuerdo Nacional antes revisadas, debe considerarse el Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021⁴². Este plan se compone de seis ejes estratégicos, de los cuales cuatro presentan referencias e indicaciones para el desarrollo de una política nacional de ordenación del territorio y planificación urbana. En primer lugar, encontramos al eje estratégico 1, sobre derechos fundamentales y dignidad, que involucra una plena democratización de la sociedad y “la vigencia irrestricta del derecho a la vida, a la dignidad de las personas, a la identidad e integridad, a la no discriminación, al respeto de la diversidad cultural y al libre desarrollo y bienestar de todos”⁴³.

Con relación al eje estratégico 2, sobre oportunidades y acceso a los servicios, el objetivo nacional es conseguir que “todas las personas tengan igualdad de oportunidades para desarrollarse, lo que implica tener acceso a servicios básicos de calidad, en particular, educación, salud, agua y desagüe, electricidad, telecomunicaciones, vivienda y seguridad ciudadana”⁴⁴. En cuanto al eje estratégico 5, sobre desarrollo regional e infraestructura, se plantea como objetivo nacional generar “desarrollo

⁴¹ ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002.

⁴² DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021, Presidencia del Consejo de Ministros (2011-06-22).

⁴³ DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021.

⁴⁴ DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021.

descentralizado de la infraestructura productiva y social, a fin de lograr una ocupación equilibrada del territorio y la competitividad de las actividades productivas regionales”⁴⁵.

El eje estratégico 6, sobre recursos naturales y ambiente, por su parte, tiene como objetivo nacional “el aprovechamiento racional y sostenible de los recursos naturales y la biodiversidad, a fin de garantizar su conservación para las generaciones futuras, así como el derecho de las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de sus vidas”⁴⁶.

3.3. Las políticas generales del Gobierno peruano sobre ordenación territorial y planificación urbana

La otra categoría a la que se hizo mención aglutina las políticas públicas adoptadas por los Gobiernos que van asumiendo su gestión quinquenal. Estas deben desenvolverse dentro de los ribetes de las políticas supranacionales y estatales adoptadas por el Estado peruano.

La primera Política General del Gobierno relacionada con la ordenación del territorio y la planificación urbana fue aprobada mediante el Decreto Supremo n.º 56-2018-PCM⁴⁷. Esta estuvo compuesta por cinco ejes de política general, tres de los cuales se relacionan con los procesos de ordenación del territorio y planificación urbana.

Sin embargo, con el cambio de Gobierno peruano, el 16 de octubre de 2021, se publicó la Política General del Gobierno 2021-2026 mediante Decreto Supremo n.º 164-2021-PCM⁴⁸. A través del referido dispositivo, se sustituyó la otrora Política General de Gobierno 2021. A diferencia de aquella, esta política general está compuesta por diez ejes de política, de los cuales cinco tienen vinculación con la ordenación del territorio y la planificación urbana.

Así, el eje de política general 1, sobre generación de bienestar y protección social con seguridad alimentaria, dispone que el Estado

⁴⁵ DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021.

⁴⁶ DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021.

⁴⁷ DECRETO SUPREMO n.º 056-2018-PCM, Política General de Gobierno al 2021, Presidencia del Consejo de Ministros (2018-05-24).

⁴⁸ DECRETO SUPREMO n.º 164-2021-PCM, Política General de Gobierno 2021-2026, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-10-16).

debe garantizar la protección social por medio del fortalecimiento de la articulación intergubernamental e intersectorial de información y la promoción de mecanismos de incentivos para el cumplimiento de metas de desarrollo e inclusión social, así como también del aseguramiento de la provisión de servicios básicos que mejoren las condiciones de vida de la población. En cuanto al eje 2, sobre la reactivación económica y de actividades productivas con desarrollo agrario y rural, se plantea la priorización de la inversión pública y privada con un enfoque territorial para mejorar las capacidades de los Gobiernos regionales y locales. De esa forma, pueden integrarse al circuito de comercio y transacción económica mediante actividades económicas sostenibles, como el turismo y la explotación sostenible de recursos naturales.

El eje 5, sobre descentralización, fortalecimiento institucional y del servicio civil, es el más enfático en cuanto a la firme apuesta del Gobierno por institucionalizar la ordenación del territorio en nuestro país a través de un marco normativo y el fortalecimiento del proceso de descentralización de forma articulada entre los tres niveles de gobierno.

Por último, en el eje 7, se desarrollan los planes del Gobierno actual sobre la gestión eficiente de riesgos y amenazas a los derechos de las personas y su entorno. Este eje se explica a partir de la necesidad de contar con un marco institucional que permita tener un nivel de respuesta preventiva y correctiva ante escenarios de desastres naturales.

3.4. Documentos de políticas públicas sectoriales y multisectoriales sobre ordenación del territorio y planificación urbana

En torno a la planificación urbana y la ordenación del territorio se han desarrollado planes y políticas nacionales de carácter sectorial y multisectorial. Estos pueden calificarse como extensiones especializadas de las políticas supranacionales, estatales y de gobierno.

a) Políticas públicas sectoriales y multisectoriales sobre planificación urbana

En el campo de la planificación urbana, el impulso estatal para la formulación e implementación de una política nacional dirigida a establecer metas, lineamientos, objetivos y acciones surge en los primeros

años del siglo XXI con la llegada al Gobierno del presidente Toledo. Así, desde julio de 2001, el Estado instaló una serie de estrategias destinadas a satisfacer las demandas habitacionales y barriales. Esta visión se fundamentó en cuatro factores: a) un nuevo modelo de gestión habitacional, b) un nuevo marco institucional, c) un nuevo marco normativo y d) un plan nacional a mediano plazo⁴⁹.

Este plan, propuesto para tener un horizonte de vida al 2007 y denominado Plan Nacional de Vivienda “Vivienda para todos”, se concibió como un instrumento de planeamiento y de gestión de la política habitacional en el Perú. Los objetivos fueron la reducción del déficit habitacional de arrastre, la absorción de la demanda residencial derivada de la formación de nuevos hogares, el impulso de la producción habitacional y el mejoramiento o recuperación de áreas urbanas en proceso de consolidación, subutilizadas o deterioradas⁵⁰.

Posteriormente, se dictó en julio de 2006 el Plan Nacional de Desarrollo Urbano, denominado “Perú: Territorio para todos”. Este fijó como principio rector la atención de la demanda habitacional de la población tanto en el ámbito urbano como rural. Se plantearon la progresividad del acceso a la vivienda, la subsidiariedad vertical, el enfoque de mercado, la transparencia, la articulación industrial y la eficiencia social como objetivos generales y específicos, así como metas de índole física, económica y social, que contaban con el soporte de estrategias conducentes a la integración de la población⁵¹.

Lo último que se publicó fue la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo en el 2021. Con un horizonte al 2030, “esta política busca definir las prioridades y estrategias principales que orienten y articulen las acciones, esfuerzos y recursos en los 3 niveles de gobierno, el sector privado y la sociedad civil en materia de vivienda y urbanismo”⁵².

El resultado esperado con la implementación de la política es contrarrestar el impacto urbano-territorial causado por los deficientes instrumentos de planificación urbana y territorial a nivel local, así

⁴⁹ PLAN NACIONAL DE VIVIENDA 2006-2015, Vivienda para todos.

⁵⁰ PLAN NACIONAL DE VIVIENDA 2006-2015, Vivienda para todos.

⁵¹ DECRETO SUPREMO n.º 018-2006-VIVIENDA, Plan Nacional de Desarrollo Urbano “Perú: Territorio para todos”, Lineamientos de Política 2006-2015, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006-07-25).

⁵² DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

como también por la falta de legitimidad social y la autoridad de instrumentos de planificación urbana y territorial, debido a la alarmante ausencia de capacidad de los Gobiernos locales para la implementación de los instrumentos de planificación urbana y territorial⁵³.

b) Políticas públicas sectoriales y multisectoriales sobre ordenación del territorio

En cuanto a la ordenación del territorio, la primera mención o referencia a la ordenación del territorio como política, aparte de lo establecido en el Acuerdo Nacional, la encontramos en la Política Nacional del Ambiente⁵⁴. Se trata de una política nacional del sector ambiental implementada por el Minam cuyo objetivo general es “mejorar la calidad de vida de las personas” mediante la garantía de “la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales en el largo plazo, y el desarrollo sostenible del país” y “el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de una manera responsable y congruente con el respeto de los derechos fundamentales de las personas”⁵⁵.

Posteriormente, esta misma entidad publicó los Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial⁵⁶ en un intento por iniciar el proceso de elaboración e implementación de una política nacional de ordenación del territorio que hasta la fecha no ha llegado a concretarse. En 2016, con ese mismo impulso, se publicaron los Lineamientos Estratégicos y Disposiciones Complementarias para la Conducción del Proceso de Ordenación Territorial que plantean como objeto “establecer los lineamientos estratégicos y disposiciones complementarias para la conducción del proceso de ordenación territorial a nivel nacional a cargo del Ministerio del Ambiente, que orienten su implementación por parte de los gobiernos regionales y locales en el marco de sus funciones en la materia”⁵⁷.

⁵³ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

⁵⁴ DECRETO SUPREMO n.º 012-2009-MINAM, Política Nacional del Ambiente.

⁵⁵ DECRETO SUPREMO n.º 012-2009-MINAM, Política Nacional del Ambiente.

⁵⁶ RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 026-2010-MINAM, Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial, Ministerio del Ambiente (2010-02-26).

⁵⁷ RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 098-2016-MINAM, Lineamientos estratégicos y disposiciones complementarias para la conducción del proceso de ordenación territorial, Ministerio del Ambiente (2016).

De modo más reciente, en 2021, se publicaron tres políticas nacionales sectoriales en las que también se expresan líneas de acción secundarias o subordinadas de ordenación del territorio como parte de un instrumento al servicio de la política de ambiente, de gestión de riesgo de desastre natural o de vivienda y urbanismo. Estas son la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres al 2050⁵⁸, la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo⁵⁹ y la vigente Política Nacional del Ambiente⁶⁰, última política vinculada a la ordenación territorial.

También hay políticas nacionales multisectoriales. Entre ellas tenemos la Política Nacional de Competitividad y Productividad⁶¹ y el Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030⁶². En estas políticas, todos los ministerios contribuyen a establecer objetivos integrales y transversales.

Las anteriores políticas o documentos orientativos pertenecen a las políticas nacionales sectoriales o multisectoriales que desarrollan y configuran aspectos vinculados a la ordenación del territorio, pero no en un rol principal sino subsidiario o accesorio. Esto sucede, por ejemplo, con la Política Nacional del Ambiente, que considera la ordenación del territorio como un instrumento de planificación ambiental.

3.5. Planes y documentos de política local sobre ordenación del territorio y planificación urbana

En el nivel local también se ha identificado el desarrollo de políticas y planes en el ámbito de su competencia. Así, los Gobiernos locales han tenido un avance importante en cuanto a planes de planificación y desarrollo urbano se refiere, y los Gobiernos regionales están en la misma línea respecto a los planes de ordenación territorial.

⁵⁸ DECRETO SUPREMO n.º 038-2021-PCM, Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres al 2050, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-03-01).

⁵⁹ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

⁶⁰ DECRETO SUPREMO n.º 023-2021-MINAM, Política Nacional del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2021-07-25).

⁶¹ DECRETO SUPREMO n.º 345-2018-EF, Política Nacional de Competitividad y Productividad, Ministerio de Economía y Finanzas (2018, 12, 31).

⁶² DECRETO SUPREMO n.º 237-2019-EF, Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030, Ministerio de Economía y Finanzas (2019-07-28).

a) Políticas y planes de planificación urbana desarrollados en el ámbito municipal

Los avances normativos realizados por las municipalidades distritales han sido más sostenidos. A pesar de contar de manera reciente con una ley general e integradora, como la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, las municipalidades han aprobado sus planes de acondicionamiento territorial y de desarrollo urbano a partir de las competencias conferidas por la Ley Orgánica de Municipalidades.

En ese sentido, al 2019, de las 1690 municipalidades del Perú, el 32,1 % contaban con planes de acondicionamiento territorial de nivel provincial (solo respecto de las municipalidades provinciales), el 15,1 % contaba con planes de desarrollo urbano y el 7,7 % contaba con un plan de desarrollo rural⁶³. Sin embargo, también se evidencia una necesidad de asistencia técnica, ya que, para el año 2020, del total de 1671 municipalidades que requirieron asistencia técnica, 528 la buscaron en temas de gestión de desarrollo urbano y territorial; 762, en temas de catastro urbano y rural; y 655, en temas de acondicionamiento territorial y desarrollo urbano⁶⁴.

El último avance reportado es de mayo de 2021. El MVCS informó que había acabado con la elaboración de 48 planes urbanos territoriales para los municipios distritales y provinciales de las regiones de Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Áncash, Lima e Ica. La composición de estos 48 planes fue la siguiente: 14 planes de acondicionamiento territorial, 33 planes de desarrollo urbano y 1 plan de desarrollo metropolitano. De ese total, “6 corresponden a Tumbes, 17 a Piura, 1 a Lambayeque, 12 a La Libertad, 6 a Áncash, 4 a Lima y 2 a Ica”⁶⁵.

De manera muy reciente, el 16 de setiembre de 2022, la Municipalidad Metropolitana de Lima aprobó el Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima n.º 2021-2040, PLANMET 2040. Este es descrito como “un instrumento de gestión, orientador del desarrollo urbano que significa para la ciudad contar con una importante hoja de ruta en materia de planificación urbana”⁶⁶.

⁶³ INEI, *Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2019*, 2019, 69.

⁶⁴ INEI, *Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2020*, 2020, 31.

⁶⁵ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

⁶⁶ ORDENANZA n.º 2499-2022, Ordenanza que aprueba el Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima 2021-2040-PLANMET 2040, Municipalidad Metropolitana de Lima (2022-09-16).

b) Planes de ordenación del territorio aprobados a nivel regional

Los Gobiernos regionales y locales han participado en proyectos para desarrollar e implementar sus propios Planes de Ordenamiento Territorial (POT). Por ejemplo, en la región Cajamarca se empezaron a gestar estudios para iniciar con el proceso de formulación del POT. De hecho, el Minam publicó la Resolución Viceministerial n.º 5-2011-VMDERN-MINAM⁶⁷, que declaró viable el proceso de Zonificación Económica Ecológica (ZEE) del departamento de Cajamarca a efectos de iniciar su POT en el 2011⁶⁸. Sin embargo, el proceso se detuvo y no pudo culminarse.

De la misma manera, otras regiones del Perú también iniciaron sus procesos de POT, pero se detuvieron en la fase de la ZEE. En ese sentido, de acuerdo con cifras del Minam, a través de la Carta n.º 16-2019-MINAM/VMDERN/DGOTA, solamente 16 de las 25 regiones del Perú tienen completada su ZEE al 100%. El resto tiene un avance que bordea el 50 %.

La región Tacna se convirtió en la primera del Perú en finalizar su proceso de ordenación del territorio, dado que el 10 de enero de 2022 aprobó el Plan de Ordenamiento Territorial-POT del Departamento de Tacna mediante la Ordenanza Regional n.º 28-2021-CR/GOB.REG.TACNA. Este dispone que el POT de Tacna sea “un instrumento de planificación y gestión del territorio que promueve y regula los procesos de organización y gestión sostenible, articulados a los planes ambientales, de desarrollo económico, social, cultural y otras políticas de desarrollo vigentes en el país”⁶⁹.

⁶⁷ RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 005-2011-DVMDERN/MINAM, Resolución Ministerial que declaró viable el proceso de Macro Zonificación Económico Ecológica – ZEE del Departamento de Cajamarca de la Dirección General de Ordenamiento Territorial del Ministerio del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2011-11-04).

⁶⁸ S. F. RENDÓN CUSI, *Ordenamiento y planificación territorial en Perú. Una aproximación crítica a los instrumentos de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE)*, 2019, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, Barcelona, España. p. 304

⁶⁹ ORDENANZA REGIONAL n.º 28-2021-CR/GOB.REG.TACNA, Plan de Ordenamiento Territorial, Gobierno Regional de Tacna (2021).

4. El marco normativo de la planificación urbana y la ordenación del territorio en el ordenamiento jurídico peruano: su evolución en las últimas décadas

El desarrollo y evolución normativa de la planificación urbana y la ordenación del territorio que, en las últimas tres décadas, se ha producido en el Perú en los tres niveles de jerarquía normativa: constitucional, legislativo y reglamentario, ha tenido, como nota característica, un mayor impulso y atención en la planificación urbana. Ello es distinto en el caso de la ordenación del territorio, ya que, como fue mencionado en las secciones anteriores, aún se continúa gestando la aprobación del Proyecto de Ley General de Ordenamiento Territorial.

4.1. El marco constitucional

a) En materia de planificación urbana

Los preceptos constitucionales que inspiran la planificación urbana en el Perú se encuentran contemplados en el artículo 70, en el inciso 2 del artículo 192 y en el inciso 6 del artículo 195 de la Constitución Política del Perú de 1993. En el primero de ellos, se advierte una inicial referencia a la planificación urbana, dado que delimita los márgenes de protección y de ejercicio del derecho de propiedad de las personas. El precepto constitucional declara la inviolabilidad de la propiedad. Sin embargo, su ejercicio debe realizarse en “armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley”⁷⁰.

También identifica en el citado inciso 2 del artículo 192 de la Constitución una vinculación de esta norma constitucional con la planificación urbana, aunque con énfasis en el plano competencial. En este precepto, dedicado a la determinación de las competencias de los Gobiernos regionales, se prevé que estas autoridades están investidas de potestad para “formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil”⁷¹.

Por otro lado, el numeral 6 del artículo 195 de la Constitución establece que corresponde a los Gobiernos locales el ejercicio de competencias de planificación urbana, en la medida que tienen facultad para

⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

⁷¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

“planificar el desarrollo urbano y rural de sus suscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial”⁷².

Junto a los tres preceptos constitucionales referidos, corresponde también vincular la planificación urbana con el derecho a la vivienda adecuada, en la medida que tiene un fundamento constitucional consagrado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales⁷³. Esta es una norma supranacional incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la categoría de derecho fundamental y, por ende, es oponible al Estado peruano.

b) En materia de ordenación del territorio

La primera acepción vinculada a la noción de ordenación del territorio se consagra en el artículo 54 de la Constitución Política del Perú. En este, se describe la composición del territorio del Estado peruano: suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que lo cubre, de forma que refuerza lo antes indicado en el artículo 67 de la Constitución. Este precepto faculta al Estado a determinar la política nacional del ambiente y promover el uso sostenible de sus recursos naturales⁷⁴.

También se desarrolla el plano de las competencias en esta materia de ordenación del territorio, aunque no de modo explícito o directo, para los niveles inferiores del Gobierno nacional. La revisión de los citados numerales 2 del artículo 192 y 6 del artículo 195, respectivamente, nos permite reconocer que las municipalidades detentan atribuciones para “planificar el desarrollo urbano y local de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, el urbanismo y el acondicionamiento territorial”⁷⁵.

En las normas constitucionales citadas, no se advierte la presencia de una expresión directa de la ordenación del territorio. Sin embargo, debemos resaltar su vinculación con el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado consagrado en el numeral 24 del artículo 2, es decir, con un ambiente ordenado y planificado en

⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

⁷³ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales, y su Protocolo Facultativo, 2012, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7_Cartilla_PIDESCyPF.pdf>.

⁷⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

⁷⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

que se pueda armonizar su aprovechamiento sostenible con el derecho a su goce de parte de las personas bajo un enfoque de conservación y desarrollo⁷⁶.

4.2. Evolución legislativa

a) De la legislación sobre planificación urbana

Para hallar el antecedente más antiguo de la legislación sobre planificación urbana hay que remontarse al Código Civil de 1852. Este, entre otros aspectos, “reconocía a la propiedad privada los atributos del uso irrestricto y su libre disposición, con excepción de las servidumbres legales, las regulaciones sobre medianerías y las intervenciones sobre obras ruinosas”⁷⁷.

A decir de Ortiz, la evolución legislativa de la planificación urbana ha sido estacionaria y sujeta a las voluntades políticas de los Gobiernos⁷⁸. En cambio, más prolífica ha sido la regulación en mandatos gubernamentales interesados en el desarrollo y planificación de las principales urbes peruanas. Esto último cobra sentido con la promulgación de la Ley n.º 13517, Ley Orgánica de Barrios Marginales y Aumento del Capital de la Corporación Nacional de la Vivienda⁷⁹. Esta norma regulaba los procedimientos de saneamiento y regularización de la propiedad informal en el contexto de las migraciones de la sierra a las ciudades costeñas.

En 1978, se publica la Ley Orgánica de Municipalidades, norma aprobada a través del Decreto Ley n.º 22250. Esta legislación atribuye funciones a las municipalidades en materia de planificación urbana e introduce los conceptos de ordenación y acondicionamiento territorial⁸⁰.

⁷⁶ D. ZEGARRA, “Hacia una redefinición del enfoque actual de la ordenación del territorio en el Perú”.

⁷⁷ H. CASTRO, *Régimen legal urbano*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007, 49.

⁷⁸ I. ORTIZ, “El derecho urbanístico y la evolución del marco normativo en el Perú”. En ORTIZ, I. / ORTIZ, J. / PUERTAS, G., coords., *Propiedad. Enfoque urbanístico y registral*, Lima: Themis, 2020, 18-35.

⁷⁹ LEY n.º 13517, Ley Orgánica de Barrios Marginales y Aumento del Capital de la Corporación Nacional de la Vivienda, Congreso de la República del Perú (1961-02-14).

⁸⁰ O. MACEDO, *Derecho urbanístico*, Lima: Molsan, 1997.

En 1984, se publica el Código Civil peruano. Este texto legislativo recoge la función social prevista por la Constitución de 1979, dado que incorpora la responsabilidad del Estado para regular los usos urbanos, la zonificación, las habilitaciones urbanas, las subdivisiones y demás materias vinculadas a la planificación urbana⁸¹.

En 2004, se dictó la Ley n.º 28294, Ley que Crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios. Esta norma creó un Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial, cuya finalidad fue regular “la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país”⁸².

Otra legislación que desarrolla aspectos de la planificación urbana es la Ley n.º 29090, Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones⁸³. Esta norma fue posteriormente consolidada en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 29090, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 006-2017-VIVIENDA⁸⁴. Esta ley tiene por objetivo

establecer la regulación jurídica de los procedimientos administrativos para la independización de predios rústicos, subdivisión de lotes, obtención de las licencias de habilitación urbana y de edificación; fiscalización en la ejecución de los respectivos proyectos; y la recepción de obras de habilitación urbana y la conformidad de obra y declaratoria de edificación; garantizando la calidad de vida y la seguridad jurídica privada y pública. Establece el rol y responsabilidades de los diversos actores vinculados en los procedimientos administrativos de la presente Ley⁸⁵.

Posteriormente, se promulgó la Ley n.º 29415, Ley de Saneamiento Físico Legal de Predios Tugurizados con Fines de Renovación

⁸¹ I. ORTIZ, “El derecho urbanístico y la evolución del marco normativo en el Perú”.

⁸² LEY n.º 28294, Ley que Crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, Congreso de la República del Perú (2004-07-21).

⁸³ LEY n.º 29090, Ley de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, Congreso de la República del Perú (2007-09-25).

⁸⁴ DECRETO SUPREMO n.º 006-2017-VIVIENDA, Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2017-02-28).

⁸⁵ DECRETO SUPREMO n.º 006-2017-VIVIENDA, Texto Único Ordenado de la Ley 29090.

Urbana⁸⁶. Esta fue promulgada con la finalidad de establecer un marco normativo que posibilite la superación de las condiciones de vida de los habitantes de viviendas tugarizadas mediante la regularización o formalización de la propiedad que permita identificar el predio con su propietario, así como también la puesta en valor del patrimonio cultural por medio de acciones de restauración.

Llegado 2021, el Perú no contaba con una “norma con rango de ley que sienta las bases para encaminar un desarrollo urbano sostenible de sus ciudades”⁸⁷. Esta realidad llevó a la superposición y desarticulación entre los tres niveles de gobierno en cuanto a sus competencias en materia de planificación urbana. Entonces, se promulgó la ya mencionada Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, cuya finalidad es atender primariamente la producción y ocupación ineficiente e insostenible del suelo para orientar el desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados, y volverlos accesibles, inclusivos, competitivos, justos, diversos y generadores de oportunidades para la población.

b) De la legislación de ordenación del territorio

Como ha sido señalado, al igual que la institucionalidad, la construcción del marco legal de la ordenación del territorio ha evolucionado en las últimas décadas de la mano de la normativa ambiental. Este proceso se inició con el derogado Código de Medio Ambiente, Decreto Legislativo n.º 613⁸⁸, al haberse incorporado en dicha norma la ordenación del territorio como elemento de la planificación ambiental.

Continuó su evolución con la publicación de la Ley n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Esta describe la función conciliadora y armónica de la ordenación del territorio para encontrar un equilibrio entre el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del patrimonio natural⁸⁹.

La siguiente ley en incorporar la ordenación del territorio como técnica de armonización del territorio fue la Ley de Bases de la

⁸⁶ LEY n.º 29415, Ley de Saneamiento Físico Legal de Predios Tugarizados con Fines de Renovación Urbana, Congreso de la República del Perú (2009-10-02).

⁸⁷ LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

⁸⁸ DECRETO LEGISLATIVO n.º 613, Código de Medio Ambiente, Presidencia del Consejo de Ministros (1990-09-08).

⁸⁹ LEY n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Congreso de la República del Perú (1997-06-26).

Descentralización. A ésta el legislador le imprime el enfoque ambiental que lleva a que la ordenación del territorio se entienda como un instrumento de gestión ambiental en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la considera como un mecanismo técnico conducente al cumplimiento de los objetivos ambientales de los Gobiernos locales y regionales.

Seguidamente, a través de la Ley n.º 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, se incorporan aspectos característicos de la ordenación del territorio. Hay que tener en cuenta que esta norma (artículo 2, numeral 2.1) no regula la ordenación del territorio sino la “organización del territorio” y se la define como “el conjunto de lineamientos técnicos y normativos a la adecuación de las circunscripciones territoriales a la dinámica de los procesos políticos, económicos, sociales y físico-ambientales”⁹⁰.

Con la publicación de la Ley n.º 28611, Ley General del Ambiente, se reafirma el enfoque ambiental de la ordenación del territorio. Ello se debe a que ésta la define como un “proceso técnico-político orientado a la definición de criterios e indicadores ambientales que condicionan la asignación de usos territoriales y la ocupación ordenada del territorio”⁹¹.

Llegado el año 2014 se publica la Ley n.º 30230, Ley que Establece Medidas Tributarias, Simplificación del Procedimiento y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión del País⁹². Esta norma es importante por dos cuestiones trascendentes. En primer lugar, se trata de la primera ley que dispone una definición explícita y abierta

⁹⁰ LEY n.º 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, Congreso de la República del Perú (2002-07-25). Sobre esto último, es importante que se diferencie entre la ordenación del territorio y la demarcación territorial, ya que la segunda cumple otros fines, tendientes a instaurar límites claros para una eficiente organización del territorio nacional a partir del entendimiento de las dimensiones arriba expresadas: política, económica, social y técnico-institucional. Por ello, la demarcación territorial integra en su proceso el conocimiento del territorio, un adecuado marco técnico-geográfico, una participación activa de los actores estratégicos, los Gobiernos regionales, el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, así como una eficiente estructura de procesos y herramientas técnicas.

⁹¹ LEY n.º 28611, Ley General del Ambiente, Congreso de la República del Perú (2005-10-15).

⁹² LEY n.º 30230, Ley que Establece Medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión del País, Congreso de la República del Perú (2014-07-11).

de la ordenación del territorio en nuestro país, dado que las anteriores normas se habían acercado periféricamente al concepto, pero no habían alcanzado a plasmarlo dentro de un concepto de carácter legal; en segundo lugar, la ley despeja la posibilidad de que la ordenación del territorio se utilice como instrumento de asignación o exclusión de los usos del territorio. Es importante reconocer esto porque la naturaleza de la ordenación del territorio no sustenta su esencia en un carácter impositivo o determinativo sino, más bien, en un perfil orientador e integrador para encontrarle el mejor uso a un espacio físico determinado.

A nivel local, existe un antecedente normativo sobre ordenación del territorio. Este se identifica a partir de la aprobación por la Municipalidad Metropolitana de Lima de la Ordenanza n.º 310, Ordenanza de Ordenamiento Territorial y Gestión Ambiental de la Cuenca Baja de Lurín⁹³. Esta norma representa la única ordenanza municipal en establecer una regulación en materia de ordenación del territorio para un determinado territorio, en este caso la cuenca baja de Lurín, espacio ubicado en Lima. Lo resaltante de la ordenanza es que se trata de una norma de rango legal que introduce la primera regulación aplicada a un territorio específico para definir diversas cuestiones referidas no solo a la ordenación del territorio sino también a la planificación urbana.

Ahora bien, como ya hemos referido, desde 2020 se viene gestando la promulgación del Proyecto de Ley General de Ordenamiento Territorial. Así, en enero de ese año, la Oficina de Comunicaciones de la PCM informó, mediante una nota de prensa, que la PCM se encontraba trabajando en una propuesta de normativa sobre ordenación del territorio. Esta, según se dio cuenta a través del Memorando n.º D000871-2021-PCM-DVGT⁹⁴, contaba con opinión favorable de la Secretaría de Gestión Pública de la PCM y se encontraba en proceso de revisión por el mecanismo de análisis de impacto regulatorio.

Como ya ha sido referido, mediante este proyecto legislativo se busca instalar una definición clara del ámbito de competencia material

⁹³ ORDENANZA n.º 310, Ordenanza de Ordenamiento Territorial y Gestión Ambiental de la Cuenca Baja de Lurín, Municipalidad Metropolitana de Lima (2001-03-12).

⁹⁴ MEMORANDO n.º D000871-2021-PCM-DVGT, Sobre Solicitud de Acceso a la Información Pública Realizada en el Marco de la Ley n.º 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Viceministerio de Gobernanza Territorial (2021-11-12).

de la ordenación territorial; se mantiene la idea central de la conveniencia de la separación con la planificación urbana, es decir, en ámbitos destinados a la ordenación territorial y de la planificación urbana; y se busca erradicar la superposición de competencias entre los niveles de gobierno y la institucionalización por medio de una política nacional que marque el derrotero de las consecuentes políticas regionales y locales.

4.3. Evolución a nivel reglamentario

a) En materia de planificación urbana

Del lado de la reglamentación en materia de planificación urbana, algunos autores consideran que el antecedente de mayor data se configura con la promulgación del Decreto Supremo del 26 de mayo de 1902, que declara obligatorio un plan regulador por cada ciudad de la República y que dispone además las reglas para su implementación⁹⁵. Sin embargo, hay quienes consideran que el primer reglamento de urbanizaciones “concebido de manera integral para normar la construcción urbana de la Lima republicana fue aprobado recién durante el gobierno de Augusto B. Leguía, por Resolución Suprema del 22 de agosto de 1924”⁹⁶.

Posteriormente, se suceden una serie de reglamentaciones sobre urbanización y habilitación urbana. Así, tenemos la Resolución Suprema del 20 de enero de 1941; el Decreto Supremo n.º 178 del 12 de enero de 1957, que creó la Oficina Nacional de Barriadas; y el Reglamento Nacional de Construcciones, aprobado por el Decreto Supremo n.º 039-70-IV y el n.º 063-70-VI, publicados el 11 de agosto de 1970 y el 15 de diciembre del mismo año, respectivamente⁹⁷.

Luego se dictó el Reglamento sobre Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente⁹⁸, aprobado por el otrora

⁹⁵ O. MACEDO, *Derecho urbanístico*; H. CASTRO, *Régimen legal urbano*.

⁹⁶ A. GRANADOS, *Derecho urbanístico comparado*, Huancayo: Imprenta Ríos, 2011, 15.

⁹⁷ D. ZEGARRA, “Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano”.

⁹⁸ DECRETO SUPREMO n.º 007-85-VC, Reglamento sobre Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda y Construcción (1985-02-15).

Ministerio de Vivienda y Construcción. En 2003 se publicó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano⁹⁹, que para algunos constituye el marco nacional para los procedimientos que deben seguir las municipalidades en materia de planificación urbana y gestión del acondicionamiento territorial¹⁰⁰.

En 2006 fue aprobado el Reglamento Nacional de Edificaciones mediante el Decreto Supremo n.º 011-2006-VIVIENDA¹⁰¹, norma que tuvo el objetivo de reglamentar los requisitos mínimos para el diseño, y ejecución de las habilitaciones urbanas y las edificaciones. Así, se constituyó como la norma técnica rectora en el territorio nacional, que establece los derechos y obligaciones de los actores que intervienen en el proceso edificatorio.

En 2013 se dictó el Reglamento de la Ley de Reasentamiento Poblacional para Zonas de Muy Alto Riesgo No Mitigable por Decreto Supremo n.º 115-2013-PCM¹⁰². Este fue derogado por el vigente reglamento, el cual tiene por objetivo “establecer los procedimientos técnicos y operativos, así como las actividades a adoptar por las entidades responsables para la implementación del reasentamiento poblacional de las personas ubicadas en zonas de muy alto riesgo no mitigable dentro del territorio nacional”¹⁰³.

Posteriormente, se publicó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano¹⁰⁴. Esta norma fue derogada y

⁹⁹ DECRETO SUPREMO n.º 027-2003-VIVIENDA, Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento Presidencia de la República, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2003-10-06).

¹⁰⁰ M. GLAVE, “Ordenamiento territorial y desarrollo en el Perú: Notas conceptuales y balance de logros y limitaciones”. En J. ESCOBAL *et al.*, *Desarrollo rural y recursos naturales*, Lima: Grade, 2012, 123-165.

¹⁰¹ DECRETO SUPREMO n.º 011-2006-VIVIENDA, Reglamento Nacional de Edificaciones, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006-05-08).

¹⁰² DECRETO SUPREMO n.º 115-2013-PCM, Reglamento de la Ley de Reasentamiento Poblacional para Zonas de Muy Alto Riesgo No Mitigable, Presidencia del Consejo de Ministros (2013-10-24).

¹⁰³ DECRETO SUPREMO n.º 142-2021-PCM, Reglamento de la Ley de Reasentamiento Poblacional para Zonas de Muy Alto Riesgo No Mitigable, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-07-23).

¹⁰⁴ DECRETO SUPREMO n.º 022-2016-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2016-12-24).

sustituida por el vigente Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Sostenible¹⁰⁵, publicado el 5 de octubre de 2022.

b) En materia de ordenación del territorio

El antecedente más remoto del desarrollo normativo a nivel reglamentario de la ordenación del territorio lo encontramos en el citado Decreto Supremo n.º 007-85-VC, Reglamento sobre Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente. Este dispositivo, aprobado por el otrora Ministerio de Vivienda y Construcción, normó los planes de acondicionamiento territorial como instrumentos de los denominados planes integrales de desarrollo provincial. Estaban dirigidos “a la organización físico-espacial de las actividades económicas y sociales de su ámbito territorial, y establecían la política general relativa a los usos del suelo y la localización funcional de las actividades en el territorio”¹⁰⁶. Le sigue en antigüedad el Decreto que Constituye la Comisión Nacional para el Ordenamiento Territorial¹⁰⁷, el cual declaró de interés nacional la ordenación territorial ambiental en el Perú.

La siguiente norma reglamentaria en incorporar la referencia a la ordenación del territorio fue el derogado Decreto Supremo n.º 27-2003-VIVIENDA, que aprobó el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano¹⁰⁸. Al año siguiente, se publicó el Decreto Supremo n.º 087-2004, Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica¹⁰⁹.

Posteriormente, se publicó el Decreto Supremo n.º 008-2005-PCM, Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Am-

¹⁰⁵ DECRETO SUPREMO n.º 012-2022-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Sostenible, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2022-10-05).

¹⁰⁶ DECRETO SUPREMO n.º 007-85-VC, Reglamento sobre Acondicionamiento Territorial, artículo 7.

¹⁰⁷ DECRETO SUPREMO n.º 45-2001-PCM, Decreto Supremo que Constituye la Comisión Nacional para el Ordenamiento Territorial, Presidencia del Consejo de Ministros (2001-04-27).

¹⁰⁸ DECRETO SUPREMO n.º 027-2003-VIVIENDA, Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento Presidencia de la República.

¹⁰⁹ DECRETO SUPREMO n.º 87-2004-PCM, Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, Presidencia del Consejo de Ministros (2004-12-23).

biental¹¹⁰. Esta norma cataloga la ordenación del territorio como un instrumento de gestión ambiental, cuya función más destacada es regular y promover la localización de los asentamientos humanos, la identificación de las actividades económicas y “el desarrollo físico y espacial, sobre la base de la identificación de potencialidades y limitaciones, considerando criterios ambientales, económicos, socioculturales, institucionales y geopolíticos”¹¹¹.

La última referencia normativa a nivel reglamentario de la ordenación del territorio se ubica en el vigente Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano. Este dispositivo reglamentario establece el alcance del Plan de Acondicionamiento Territorial. Dentro de este se incluye el uso planificado del territorio bajo un enfoque que integra los factores que inciden en su uso, y prioriza la búsqueda de la preservación del ambiente y la garantía de un mejoramiento de la calidad de vida de la población directamente implicada.

5. Principales aspectos característicos del vigente marco regulatorio sobre la planificación urbana y la ordenación del territorio

A lo largo del presente trabajo, la revisión y estudio del diseño institucional, el marco de políticas públicas y la normativa de la planificación urbana como de la ordenación del territorio nos ha permitido reconocer, desde una perspectiva evolutiva, cómo el Estado peruano ha conducido el proceso de construcción del marco regulatorio actual de ambas materias.

Corresponde, entonces, dentro de los límites que nos permite este tipo de investigación, realizar un análisis de aquellos aspectos que consideramos caracterizan el modelo institucional y la atribución de competencias, la aprobación de las políticas públicas y el marco normativo vigente y el que se proyecta en dichas funciones administrativas.

¹¹⁰ DECRETO SUPREMO n.º 008-2005-PCM, Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Presidencia del Consejo de Ministros (2005-01-25).

¹¹¹ P. CAICEDO / V. MORVELI, *La evaluación del impacto ambiental y su relación con la evaluación ambiental estratégica y el ordenamiento territorial en proyectos de inversión de gran escala: el caso de los proyectos Conga e Inambari*, 2016, Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 81.

5.1. La incipiente descentralización de funciones de planificación urbana y ordenación territorial

En líneas generales, se advierte que en ambas funciones administrativas la rectoría la asume un órgano del Gobierno central. En el caso de la planificación urbana, el rol lo desempeña el MVCS, mientras que, en la ordenación del territorio, la rectoría recae en el Minam.

A pesar de la existencia de una serie de mandatos normativos que direccionan al Gobierno central a fortalecer la descentralización de estas funciones, esta situación revela un aún incipiente protagonismo de los Gobiernos regionales y locales. Estos, según su función, se encuentran rezagados debido a que no cuentan con suficiente capacidad técnica ni experiencia para conducir y ejecutar las funciones que les han sido atribuidas por las diversas leyes y normas reglamentarias que regulan la planificación urbana y la ordenación del territorio. A este último aspecto apuntamos cuando referimos que de ello había dado cuenta el Instituto Nacional de Estadística e Informática¹¹².

En el caso de la planificación urbana, con la reciente promulgación de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible se busca corregir algunas de las principales brechas y carencias institucionales que la otrora compilación legislativa evidenciaba, como la fragmentación institucional por falta de una norma con vocación unificante que organice y reparta las funciones de cada nivel de gobierno y establezca mecanismos de delimitación y resolución de posibles conflictos competenciales.

Asimismo, con esta ley se espera acelerar la articulación entre el MVCS y los Gobiernos locales por medio de la instalación de mecanismos de coordinación y asistencia técnica a fin de incorporar una visión más amplia que garantice el objetivo de desarrollo sostenible del espacio urbano, lo que permite una atención más específica a las necesidades de cada unidad urbana, pero no impide la posibilidad de coordinación con el Gobierno central.

Aún no ha sido posible identificar los resultados y efectos. Ello se debe a que se trata de una norma reciente, que aún se encuentra en proceso de complementación por las entidades competentes, que tienen el mandato de dictar normas e instrumentos de gestión que contribuyan a la implementación satisfactoria del diseño institucional que la ley ha dispuesto.

¹¹² INEI, *Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2020*, 31.

En cuanto a la ordenación del territorio, lo resaltante, a diferencia de otros países de la región¹¹³, es que la rectoría ha sido asumida por el Minam. Este hecho se explica por el empuje emprendido por dicho ministerio con su propia agenda ambiental. Sin embargo, resulta claro que, por los fines a los que está orientada la ordenación del territorio, su atribución competencial debe realizarse desde una perspectiva descentralizada, ya que se trata de una función administrativa que no es exclusiva de un sector del Gobierno central, sino que —como ya hemos señalado— se constituye en una visión holística del territorio, en todos los planos, que busca compatibilizar los aspectos económicos, sociales y ambientales¹¹⁴.

Con las propuestas que plantea el Proyecto de Ley en materia de ordenación del territorio a nivel institucional, se busca corregir esta situación para que la PCM asuma la rectoría, pero desde un enfoque diferente a la actual concentración que exhibe el Minam. De esta forma, los Gobiernos regionales asumirían un rol más activo en materia de ordenación del territorio en virtud de su progresiva autonomía. Ello deriva de la naturaleza misma de la concepción de dicha función administrativa y de la importancia de seguir una política de descentralización que articule los distintos niveles de gobierno.

¹¹³ A nivel de la región, cabe mencionar a Venezuela, con la Ley Orgánica para la Ordenación Territorial de 1983. También se identifican las Normas, Pautas y Criterios para el Ordenamiento Territorial, aprobadas por la Presidencia de la República de Nicaragua con el Decreto n.º 78, para la regulación de la ordenación del territorio. De igual modo, Honduras cuenta con su propio régimen jurídico para la ordenación territorial establecido mediante la Ley de Ordenación Territorial (Decreto n.º 180-2003, 2004), la cual es desarrollada por su reglamento general, publicado mediante el Acuerdo n.º 25-2004. Asimismo, se puede nombrar a Panamá y su ley sobre el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano (Ley n.º 6, 2006). También, Uruguay se sumó al grupo de países que cuentan con legislación propia de ordenación del territorio y puso en vigencia la Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Sostenible (Ley n.º 18308). Del mismo modo, El Salvador promulgó su Ley de Ordenamiento y Desarrollo Territorial (Decreto n.º 644, 2011), que sigue la senda de lo hecho por Colombia con su Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley n.º 1454, 2011). En 2016, Ecuador inicia su proceso de legislación y dispone la publicación de la Ley Orgánica de Ordenación Territorial, Uso y Gestión de Suelo (Ley s/n, 2016). Ese mismo año, México se suma a este proceso regional y promulga la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenación Territorial y Desarrollo Urbano.

¹¹⁴ C. RODRÍGUEZ / S. REYES, “Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenación territorial sustentable”; D. ZEGARRA, “Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano”.

5.2. La articulación vertical y horizontal de las políticas públicas en materia de planificación y ordenación del territorio

El marco elegido por el Estado peruano para adoptar e implementar las políticas públicas relacionadas con estas dos materias ha sido de articulación vertical y horizontal. Se indica que existe una articulación vertical de las políticas, debido a que se encuentran vinculadas bajo un esquema jerárquico en el que las políticas supranacionales están en la cúspide y, a partir de ella, se van articulando las políticas de Estado, las de Gobierno, las sectoriales y multisectoriales, y las locales. De tal modo, existe una integración que va de lo general a lo específico.

Pero también se revela que existe una articulación horizontal, dado que existen políticas que pertenecen al mismo nivel jerárquico y comparten puntos de conexión entre sí. Un ejemplo de ello son las políticas sectoriales que desarrollan, principalmente, sus planes pero sin descuidar la integración que cada sector debe contribuir para cumplir con los objetivos de las políticas de alcance supranacional o nacional.

5.3. La mejora de las condiciones de habitabilidad y el derecho a la vivienda digna como finalidades de la vigente política nacional de planificación urbana

Con la adopción de la Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030 mediante el Decreto Supremo n.º 12-2021-VIVIENDA¹¹⁵, se apunta a resolver el déficit de acceso a la vivienda digna, y a la asignación de los usos y actividades del suelo urbano para la realización de fines que tengan consonancia con el interés público y no representen un foco de crispación entre la población. Respecto al primer propósito, la política busca reducir el déficit cuantitativo de 455 000 hogares y cualitativo de 1 054 000 hogares reportados por la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) al año 2020 en nuestro país. Ello representa el 4,8 % y el 11,2 % del total de hogares en viviendas particulares a nivel nacional (9,4 millones)¹¹⁶.

¹¹⁵ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

¹¹⁶ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030, 4.

Este déficit cuantitativo y cualitativo se traduce en la ausencia de viviendas por hogar y la reducida cantidad de viviendas formales y adecuadas para la habitación. Debido a la inacción estatal, la oferta informal de viviendas ha sido considerablemente preferida por los hogares y ha proliferado la ocupación de zonas prohibidas o no recomendables para la construcción de viviendas, como las zonas con riesgo de impacto de desastre natural (por ejemplo, riberas de ríos, faldas de los cerros, rellenos sanitarios, etc.).

Con la actual política, el Estado intenta proponer un nuevo enfoque en que la vivienda, el urbanismo y sus componentes se articulen y ejecuten sus acciones de manera integrada y coordinada en todos los niveles de gobierno. De esta forma, se busca solucionar el problema público identificado en las inadecuadas condiciones de habitabilidad de la población, que incluye los conceptos de habitabilidad interna, referidas a las características internas de la vivienda; y de habitabilidad externa, entendidas como las características del barrio o entorno donde se ubican las viviendas.

Para resolver este problema público y alcanzar los niveles de cumplimiento fijados para el 2030, en la política se han previsto cuatro objetivos prioritarios. Estos son los siguientes: a) garantizar el crecimiento y desarrollo sostenible de las ciudades y centros poblados del país a través de una planificación urbana y territorial, b) garantizar la sostenibilidad de las dinámicas de ocupación del suelo en las ciudades y centros poblados del país, c) incrementar el acceso a una vivienda adecuada en las ciudades y centros poblados del país priorizando a la población en situación de pobreza o vulnerabilidad social, y d) mejorar las condiciones de habitabilidad externa en las ciudades y centros poblados del país¹¹⁷.

La ejecución de todos los lineamientos y el cumplimiento de los objetivos prioritarios, de acuerdo con las estimaciones de la política, permitirán que una gran cantidad de la población acceda a viviendas dignas, seguras, de buena calidad y adecuadas a las características culturales, productivas y climáticas de las zonas en que se asigne el uso de residencia.

¹¹⁷ DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030.

5.4. Ausencia de una política nacional de ordenación del territorio

La ordenación del territorio en el Perú solo ha tenido expresión en la Política 34 del Acuerdo Nacional. Es decir, existe como política de Estado a través de la cual se establece el compromiso de impulsar el proceso estratégico, integrado, eficaz y eficiente de la ordenación del territorio para asegurar el desarrollo sostenible de los peruanos, mas no como una política propia de ámbito nacional.

Esta ausencia ha sido advertida por la misma administración pública en el Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030¹¹⁸. En este documento, además de hacerse hincapié en la inadecuada estructura institucional y normativa de la ordenación de territorio, también se expresa la falta de una política de ámbito nacional que aglutine todos los sectores que tienen responsabilidad parcial o total en el proceso del desarrollo sostenible. A pesar de que se ensayó un cronograma de implementación y ejecución de la política con un horizonte al mediano y largo plazo, en la actualidad aún no se han dado los pasos necesarios para ver concretada esa expectativa.

Por tanto, es imprescindible que el Estado peruano formule e implemente una política pública nacional. Esta debería recoger la visión, los objetivos y los criterios esenciales de planificación de un proceso articulado y conjunto de ordenación del territorio, que considere la participación de la ciudadanía, de los principales *stakeholders* de cada sector y/o industria y que no prescinda de un enfoque étnico, al ser el Perú una nación pluricultural y dada la variedad de comunidades nativas y campesinas que habitan su territorio.

El Perú requiere una política nacional de ordenación del territorio que incorpore estos factores y establezca estrategias sustentadas en evidencia y mensurables en indicadores que deben ser procesados luego de un ciclo temporal a fin de medir los resultados de la implementación de tal política, sobre todo en un contexto futuro en que los principales riesgos que afectarán a nuestro país se vinculan a problemas de ordenación del territorio.

Se espera, por ende, que la implementación de la Política General de Gobierno 2021-2026 desarrolle acciones y estrategias coordina-

¹¹⁸ DECRETO SUPREMO n.º 237-2019-EF, Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030.

das entre las entidades competentes y dé impulso a la elaboración, formulación, implementación y monitoreo de una política nacional de ordenación territorial. En ese sentido, el mandato político ha quedado establecido en el lineamiento 5.1 del eje 5 de la política mencionada, dado que se establece como línea de intervención “el impulso de un marco normativo y la implementación de mecanismos de coordinación que prioricen acciones para la planificación del territorio y sus herramientas, acorde a sus potencialidades, mediante una gestión sostenible de los impactos de las actividades en el medio ambiente”¹¹⁹.

5.5. Preponderante enfoque ambiental de la ordenación del territorio

Como fue indicado en las secciones anteriores, falta una legislación general que regule y preceptúe todas las disposiciones en materia de ordenación del territorio relacionadas con la distribución de competencias, regulación de conductas, derechos, obligaciones y prohibiciones, así como los procedimientos indispensables para la necesaria relación entre el Estado y los particulares.

Esto último es una expresión de la debilidad del diseño normativo de la ordenación del territorio y supuso su subordinación a la legislación ambiental. Así, se redujo su naturaleza a la calificación de instrumento de política ambiental, como se encuentra estipulado en el régimen jurídico ambiental peruano. Ello provocó que no se le diera la importancia necesaria y se lo considere un mecanismo tendiente a la consecución de los fines de la agenda ambiental peruana.

Este fenómeno de *ambientalización* de la ordenación del territorio se produce, como anota Novoa¹²⁰, por las preocupaciones por el ecosistema y los recursos naturales que en él existen, las cuales luego se vieron reflejadas en la legislación del momento, como fue el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, la Estrategia Nacional de Conservación, la Ley del Consejo Nacional del Ambiente (Conam). Por ello, como denominador común a todas ellas, la ordenación del territorio se define como una política cuya naturaleza es instrumental,

¹¹⁹ DECRETO SUPREMO n.º 164-2021-PCM, Política General de Gobierno 2021-2026.

¹²⁰ Z. NOVOA, *El ordenamiento del territorio en el Perú. Fundamentos para la política y planificación territorial*, Lima: Sociedad Geográfica de Lima, 2008.

en la que resalta la conveniencia del uso de la cuenca hidrográfica como unidad de planificación y ordenación.

En concordancia con lo expuesto, verificamos la existencia de una sobredimensión de lo ambiental en la normativa peruana debido a su sectorialización. Por ello, sostenemos que dicha orientación solo podrá ser superada en la medida que se considere que la ordenación del territorio constituye una función administrativa que no es propia de un sector porque constituye una visión holística del territorio que compatibiliza los aspectos económicos, sociales y ambientales¹²¹.

5.6. La excesiva amplitud de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

La finalidad de la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible es subsanar la imposibilidad de aplicar una real planificación urbana sin contar con una ley ni una política nacional, que convertía la planificación urbana en una herramienta “técnico-normativa sin mayor orientación ni sentido y en contradicción con las demás acciones del Estado en materia urbana”¹²². Sin embargo, el resultado no ha sido el esperado, ya que la excesiva amplitud de los alcances de la norma le resta especialización y genera contradicciones que no terminan de esclarecerse.

En esta ley se han combinado los regímenes jurídicos para el tratamiento del suelo, la gestión de los riesgos de desastres naturales, la planificación urbana y la regularización de predios informales. Lo idóneo hubiera sido que cada aspecto se regule en un determinado régimen legal y que cada uno incorpore aspectos que garanticen un marco o sistema normativo cohesionado y articulado, y no como ocurre con la actual legislación.

Esto último puede provocar dos efectos no deseados. Primero, puede suceder que no se logre implementar y cumplir con la norma por la extendida cantidad de funciones y obligaciones, ya que ni las instituciones cuentan con tanta capacidad ni todas ellas pueden ejecutar tales actividades. En segundo lugar, podría pasar que se termine optando por aquella actividad que menor dificultad represente y se abandonen las demás, que son igual de importantes.

¹²¹ D. ZEGARRA, “Hacia una redefinición del enfoque actual de la ordenación del territorio en el Perú”, 381.

¹²² LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

5.7. El uso de los conceptos de acondicionamiento territorial y planificación urbana en la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible

Un aspecto que llama la atención es el uso que en la ley se hace de los conceptos de acondicionamiento territorial y planificación urbana, y la omisión que supone no considerar la ordenación del territorio. Así, el primero es definido en su artículo 19 como

el proceso de organizar el espacio, las actividades, recursos naturales e intervenciones en el territorio, en armonía con las actividades económicas de la ciudadanía, el ambiente, cultura e historia; a través del conjunto de políticas, planes y acciones político-administrativas llevadas a cabo por los Gobiernos Regionales y Locales, que definen el manejo, ocupación y transformación del territorio de su jurisdicción¹²³.

La redacción del concepto resulta compatible con el modelo francés de *aménagement du territoire*. Ello nos orienta a señalar que se le ha dado al acondicionamiento territorial un carácter instrumental respecto a desarrollo urbano, lo que no implica que deje de ser considerado como un componente de la ordenación del territorio, que es mucho más amplia conceptualmente e involucra ámbitos y aspectos de aplicación nacional.

Respecto a la definición de planificación urbana, la norma le ha agregado el carácter “sostenible”, conceptualizándola como

el proceso a través del cual los gobiernos locales y la ciudadanía deciden la organización espacial de la ciudad o centro poblado, en armonía con el ambiente, su cultura e historia; a través del conjunto de propuestas, proyectos, programas y acciones político-administrativas que definen el manejo, ocupación, protección o transformación de las áreas de suelo urbano y no urbano de una ciudad, que promueva la adopción del principio de economía circular¹²⁴.

Si bien la planificación urbana se configura como un componente del urbanismo que comprende la segmentación de los espacios,

¹²³ LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

¹²⁴ LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible.

prescinde de uno de los principales objetivos a los que se aboca la norma: el cierre de la brecha de habitabilidad.

Junto a la necesidad de precisar los términos y el alcance, es fundamental que se incorpore en la ley la ordenación del territorio con la finalidad de que se realice

una nítida separación orgánica y técnica entre la función de ordenación del territorio y la planificación urbana, sin que ello suponga desconocer su relación de complementariedad. De esta forma, en la medida que se está frente a planos funcionales diferentes, con sus distintas exigencias organizativas, procedimentales y técnicas, será posible distinguir el desenvolvimiento de cada función administrativa¹²⁵.

5.8. La necesidad de una ley general sobre ordenación del territorio

A la fecha no existe una ley de alcance nacional que regule la ordenación del territorio. Únicamente se cuenta con un proyecto de ley impulsado por la PCM, pero de cuyo avance en las instancias competentes aún no se tiene certeza. En ese sentido, la ordenación del territorio no tiene un marco normativo propio construido en torno a su categoría, a pesar de que se fijó como objetivo prioritario del Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030¹²⁶ la implementación de una arquitectura institucional y normativa que clarifique la rectoría y la asignación de competencias de las autoridades sectoriales y regionales para remediar la orientación *ambientalizada* que ha asumido el proceso de ordenación del territorio en nuestro país.

En comparación con otros ordenamientos jurídicos, el Perú se encuentra rezagado en su proceso de implementación de un marco normativo adecuado para la aplicación de las bondades de la ordenación del territorio. La sensación generada es de retraso respecto de los avances que proliferan en otros países acerca de la noción y adopción de la ordenación del territorio, ya no como política o instrumento de gestión ambiental sino como mecanismo autónomo de organización y

¹²⁵ D. ZEGARRA, “Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano”, 390.

¹²⁶ DECRETO SUPREMO n.º 237-2019-EF, Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030.

compatibilización de los fines que se puede atribuir a un determinado territorio.

Por lo tanto, es indispensable no sólo cumplir el propósito de tener una ley de ordenación del territorio, sino que, además, el actual diseño legislativo tiene que ser redireccionado. En concreto, la normativa debe enfocar su estructura asimilando el espíritu de tres aspectos esenciales: a) proporcionar las oportunidades mínimas que garanticen una adecuada calidad de vida para toda la población, b) conservar y desarrollar los fundamentos naturales de la vida y c) mantener a largo plazo el potencial de utilización del suelo y los recursos que contiene¹²⁷.

Respecto a las actividades por ordenar, estas deben comprenderse en un plan de ordenación del territorio. Este debe tomar en cuenta todas las actividades económicas, sociales, políticas, culturales, etc., presentes o expectantes en la zona “porque existen recursos que las sugieren o porque existe demanda por parte de agentes externos; incluso deben ser consideradas, aunque sea para rechazarlas (la OT también señala lo que “no hay que hacer”), aquellas indeseables”¹²⁸.

6. Conclusiones

Llegados a este punto, corresponde presentar las principales conclusiones a las que hemos podido arribar. En primer lugar, es importante destacar que la organización administrativa peruana refleja un predominio en la centralización de las competencias en materia de ordenación del territorio, no obstante haberse previsto competencias de los Gobiernos regionales y locales, y la existencia de formas de cooperación técnica y coordinación entre las entidades del Gobierno central y los Gobiernos locales en materia de planificación urbana.

Por otro lado, el avance de la ordenación del territorio y la planificación urbana en materia de políticas públicas ha sido disímil. La planificación urbana ha tenido un mayor desarrollo, materializado en la publicación e implementación de una política de alcance nacional con

¹²⁷ M. PÉREZ, *Los planes de ordenación territorial y urbanismo como norma jurídica*, Londres: Académica Española, 2012; L. FERNÁNDEZ, *Desarrollo territorial en Madre de Dios. Los impactos socioambientales de la carretera Interoceánica Sur*, Lima: Realidades, 2013.

¹²⁸ D. GÓMEZ, *Ordenación territorial*, Madrid: Mundi-Prensa, 2013, 59.

lineamientos, líneas de acción y objetivos prioritarios, como mejorar las condiciones de habitabilidad y materializar el derecho a la vivienda digna.

No ha ocurrido lo mismo con la ordenación del territorio. Además de no contar con una política nacional propia, esta ha sido adoptada como un instrumento de planificación ambiental, lo que ha supuesto desmembrar sus otras dimensiones.

Esta suerte de *ambientalización* de la ordenación del territorio se debe a que su principal actor en el Perú ha sido el Minam. Por ello, se puede observar la particular orientación que se le ha concedido a esta función administrativa y, consecuentemente, urge reformar esta visión sesgada, de forma que se dé paso a la incorporación de las demás dimensiones, sociales, económicas, culturales, etc., como han hecho otros países de la región.

Respecto al desarrollo del marco normativo de la ordenación del territorio y la planificación urbana, se repite en gran medida lo que ocurre con las políticas. Existe un avance más asentado para la planificación urbana que para la ordenación del territorio. Ello se constata con la promulgación de la mencionada Ley n.º 31313 y la reciente publicación de su reglamento.

Estas limitaciones en el desarrollo normativo de la ordenación del territorio llevan a que esta mantenga aún su calificación de instrumento de planificación ambiental. Así, su régimen jurídico se encuentra principalmente desarrollado en la legislación ambiental. No obstante, existe un proyecto de ley en ciernes que tiene el objetivo de plantear una ley general de ordenación del territorio más acorde a su multidimensionalidad y su ámbito extendido de aplicación.

Respecto a los principales aspectos característicos del marco regulatorio de la planificación urbana y la ordenación del territorio, se ha comprobado que la existente descentralización de ambas funciones está aún en un estadio inicial, debido a que los Gobiernos regionales y locales presentan carencias a nivel técnico para emprender este tipo de procesos. De otro lado, también se ha podido advertir cuál es el esquema de jerarquías y de relación en que se ha constituido el marco de políticas públicas tanto para la planificación urbana como para la ordenación del territorio.

Por último, no se ha dejado de comprobar algunos desaciertos en los que incurre la Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, como la

omisión de la ordenación del territorio, y el intentar cubrir y resolver todas las necesidades de la planificación urbana, el urbanismo y el acondicionamiento territorial en una sola norma general. Ello la convierte, en ciertos aspectos, en una normativa laxa y con significativas grietas conceptuales.

Referencias

- ABRUÑA PUYOL, A. (2010). *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Lima: Palestra.
- ACUERDO DE CONCEJO n.º 089, Estatuto del Instituto Metropolitano de Planificación, Municipalidad Metropolitana de Lima (1998).
- ACUERDO NACIONAL, Unidos para crecer, 2002, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <<http://www.acuerdonacional.pe/>>.
- CAICEDO, P. / MORVELI, V. (2016), *La evaluación del impacto ambiental y su relación con la evaluación ambiental estratégica y el ordenamiento territorial en proyectos de inversión de gran escala: el caso de los proyectos Conga e Inambari*, Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- CASTILLO, R. (2007), “La planificación urbana en el Perú 1947-2007: ¿del urbanismo mágico a la planificación del desarrollo urbano sostenible? Apuntes para una biografía y una propuesta”, *Lima CAP* 1/4, 18-23.
- CASTRO, H. (2007) *Régimen legal urbano*, Lima: Gaceta Jurídica.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Sociales, y su Protocolo Facultativo, 2012, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/7_Cartilla_PIDESCyPF.pdf>.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Congreso Constituyente Democrático (1993).
- DECRETO LEGISLATIVO n.º 144, Ley del Instituto Nacional de Desarrollo Urbano, Presidencia de la República (1981-06-15).
- DECRETO LEGISLATIVO n.º 613, Código de Medio Ambiente, Presidencia del Consejo de Ministros (1990-09-08).
- DECRETO LEY n.º 14220, Decreto Ley que Da Inicio a la Creación del Sistema Nacional de Planificación del Desarrollo Económico y Social del País, Junta de Gobierno (1962-10-30).

- DECRETO LEY n.º 17271, Decreto Ley de Acuerdo al Estatuto del Gobierno Revolucionario como Uno de los Objetivos Básicos de su Acción se Determina el Número de Ministerios, sus Denominaciones y Funciones, Presidencia de la República (1968-12-7).
- DECRETO LEY n.º 20711, Decreto Ley Ministerio de Vivienda Cambiará Denominación desde el 1-1-1975, Presidencia de la República (1974-09-04).
- DECRETO SUPREMO n.º 006-2017-VIVIENDA, Texto Único Ordenado de la Ley 29090, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2017-02-28).
- DECRETO SUPREMO n.º 007-85-VC, Reglamento sobre Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente, Ministerio de Vivienda y Construcción (1985-02-15).
- DECRETO SUPREMO n.º 008-2005-PCM, Reglamento de la Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, Presidencia del Consejo de Ministros (2005-01-25).
- DECRETO SUPREMO n.º 011-2006-VIVIENDA, Reglamento Nacional de Edificaciones, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006-05-08).
- DECRETO SUPREMO n.º 012-2009-MINAM, Política Nacional del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2009-05-22).
- DECRETO SUPREMO n.º 012-2021-VIVIENDA, Política Nacional de Vivienda y Urbanismo con Horizonte Temporal al 2030, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2021-07-15).
- DECRETO SUPREMO n.º 012-2022-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Planificación Urbana del Desarrollo Sostenible, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2022-10-05).
- DECRETO SUPREMO n.º 018-2006-VIVIENDA, Plan Nacional de Desarrollo Urbano “Perú: Territorio para todos”, Lineamientos de Política 2006-2015, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006-07-25).
- DECRETO SUPREMO n.º 022-2016-VIVIENDA, Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2016-12-24).
- DECRETO SUPREMO n.º 022-2017-PCM, Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, Presidencia de la República (2017-02-28).

- DECRETO SUPREMO n.º 023-2021-MINAM, Política Nacional del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2021-07-25).
- DECRETO SUPREMO n.º 027-2003-VIVIENDA, Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de Acondicionamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento Presidencia de la República, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2023-10-06).
- DECRETO SUPREMO n.º 038-2021-PCM, Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres al 2050, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-03-01).
- DECRETO SUPREMO n.º 054-2011-PCM, Plan Bicentenario: el Perú hacia el 2021, Presidencia del Consejo de Ministros (2011-06-22).
- DECRETO SUPREMO n.º 056-2018-PCM, Política General de Gobierno al 2021, Presidencia del Consejo de Ministros (2018-05-24).
- DECRETO SUPREMO n.º 115-2013-PCM, Reglamento de la Ley de Reasentamiento Poblacional para Zonas de Muy Alto Riesgo No Mitigable, Presidencia del Consejo de Ministros (2013-10-24).
- DECRETO SUPREMO n.º 142-2021-PCM, Reglamento de la Ley de Reasentamiento Poblacional para Zonas de Muy Alto Riesgo No Mitigable, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-07-23).
- DECRETO SUPREMO n.º 164-2021-PCM, Política General de Gobierno 2021-2026, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-10-16).
- DECRETO SUPREMO n.º 237-2019-EF, Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030, Ministerio de Economía y Finanzas (2019-07-28).
- DECRETO SUPREMO n.º 345-2018-EF, Política Nacional de Competitividad y Productividad, Ministerio de Economía y Finanzas (2018, 12, 31).
- DECRETO SUPREMO n.º 45-2001-PCM, Decreto Supremo que Constituye la Comisión Nacional para el Ordenamiento Territorial, Presidencia del Consejo de Ministros (2001-04-27).
- DECRETO SUPREMO n.º 87-2004-PCM, Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica, Presidencia del Consejo de Ministros (2004-12-23).
- FERNÁNDEZ, L. (2013). *Desarrollo territorial en Madre de Dios. Los impactos socioambientales de la carretera Interoceánica Sur*, Lima: Realidades.
- GLAVE, M. (2012). “Ordenamiento territorial y desarrollo en el Perú: Notas conceptuales y balance de logros y limitaciones”. En

- ESCOBAL, J. *et al.*, *Desarrollo rural y recursos naturales*, Lima: Grade, 123-165.
- GÓMEZ, D. (2013), *Ordenación territorial*, Madrid: Mundi-Prensa.
- GRANADOS, A. (2011). *Derecho urbanístico comparado*, Huancayo: Imprenta Ríos.
- HUAPAYA, J. (2014). *Fernando Belaúnde Terry y el ideario moderno. Arquitectura y urbanismo en el Perú entre 1936 y 1968*, Lima: Universidad Nacional de Ingeniería.
- INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática) (2019). *Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2019*.
- INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática) (2020). *Perú: Indicadores de Gestión Municipal 2020*.
- LEY n.º 10723, Ley que Crea la Oficina Nacional de Planeamiento y Urbanismo y el Consejo Nacional de Urbanismo, Congreso de la República del Perú (1946-12-30).
- LEY n.º 13517, Ley Orgánica de Barrios Marginales y Aumento del Capital de la Corporación Nacional de la Vivienda, Congreso de la República del Perú (1961-02-14).
- LEY n.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Congreso de la República del Perú (1997-06-26).
- LEY n.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, Congreso de la República del Perú (2002-07-20).
- LEY n.º 27795, Ley de Demarcación y Organización Territorial, Congreso de la República del Perú, (2002-07-25).
- LEY n.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Congreso de la República del Perú (2002-11-18).
- LEY n.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, Congreso de la República del Perú (2003-05-27).
- LEY n.º 28294, Ley que Crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su Vinculación con el Registro de Predios, Congreso de la República del Perú (2004-07-21).
- LEY n.º 28611, Ley General del Ambiente, Congreso de la República del Perú (2005-10-15).
- LEY n.º 29090, Ley de Habilitaciones Urbanas y Edificaciones, Congreso de la República del Perú (2007-09-25).
- LEY n.º 29415, Ley de Saneamiento Físico Legal de Predios Tugurizados con Fines de Renovación Urbana, Congreso de la República del Perú (2009-10-02).

- LEY n.º 30230, Ley que Establece Medidas Tributarias, Simplificación de Procedimientos y Permisos para la Promoción y Dinamización de la Inversión del País, Congreso de la República del Perú (2014-07-11).
- LEY n.º 31313, Ley de Desarrollo Urbano Sostenible, Congreso de la República del Perú (2021-07-25).
- MACEDO, O. (1997). *Derecho urbanístico*, Lima: Molsan.
- MEMORANDO n.º D000871-2021-PCM-DVGT, Sobre Solicitud de Acceso a la Información Pública Realizada en el Marco de la Ley n.º 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Viceministerio de Gobernanza Territorial (2021-11-12).
- NOVOA, Z., (2008). *El ordenamiento del territorio en el Perú. Fundamentos para la política y planificación territorial*, Lima: Sociedad Geográfica de Lima.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, 2015.
- ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Objetivos de desarrollo sostenible* [online], Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, 2015, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>>.
- ORDENANZA n.º 2499-2022, Ordenanza que aprueba el Plan de Desarrollo Metropolitano de Lima 2021-2040-PLANMET 2040, Municipalidad Metropolitana de Lima (2022-09-16).
- ORDENANZA n.º 310, Ordenanza de Ordenamiento Territorial y Gestión Ambiental de la Cuenca Baja de Lurín, Municipalidad Metropolitana de Lima (2001-03-12).
- ORDENANZA MUNICIPAL n.º 875, Municipalidad Provincial de Arequipa (2014-07-03).
- ORDENANZA REGIONAL n.º 28-2021-CR/GOB.REG.TACNA, Plan de Ordenamiento Territorial, Gobierno Regional de Tacna (2021).
- ORTIZ, I. (2020). “El derecho urbanístico y la evolución del marco normativo en el Perú”. En ORTIZ, I. / ORTIZ, J. / PUERTAS, G., coords., *Propiedad. Enfoque urbanístico y registral*, Lima: Themis, 18-35.
- PÉREZ, M. (2012). *Los planes de ordenación territorial y urbanismo como norma jurídica*, Londres: Académica Española.
- PLAN NACIONAL DE VIVIENDA 2006-2015, Vivienda para todos, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2006).
- PROYECTO DE LEY, Ley General de Ordenamiento Territorial, Presidencia del Consejo de Ministros (2021).

- RENDÓN CUSI, S. F. (2019). *Ordenamiento y planificación territorial en Perú. Una aproximación crítica a los instrumentos de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE)*, Tesis doctoral, Universitat de Barcelona, Barcelona, España.
- RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 005-2011-DVMDERN/MINAM, Resolución Ministerial que declaró viable el proceso de Macro Zonificación Económico Ecológica – ZEE del Departamento de Cajamarca de la Dirección General de Ordenamiento Territorial del Ministerio del Ambiente, Ministerio del Ambiente (2011-11-04).
- RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 026-2010-MINAM, Lineamientos de Política para el Ordenamiento Territorial, Ministerio del Ambiente (2010-02-26).
- RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 098-2016-MINAM, Lineamientos estratégicos y disposiciones complementarias para la conducción del proceso de ordenación territorial, Ministerio del Ambiente (2016).
- RESOLUCIÓN MINISTERIAL n.º 156-2021-PCM, Resolución Ministerial que Aprueba el Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, Presidencia del Consejo de Ministros (2021-07-17).
- RODRÍGUEZ, C. / REYES, S. (2008). “Propuesta metodológica para la elaboración de un plan de ordenación territorial sustentable”, *Proyección* 4, 1-37.
- Secretaría Ejecutiva del Acuerdo Nacional, Acuerdo Nacional 2011-2019, [recuperado 6 de enero 2023]. Recuperado de <<https://acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2020/07/Libro-Acuerdo-Nacional-2011-2019.pdf>>.
- VERGARA, A. (1991), “Marco jurídico de la descentralización administrativa”, *Revista Chilena de Derecho*, 18/3, 411-449.
- ZEGARRA, D. (2018). “Ordenación del territorio: introducción a su estudio en el Derecho Administrativo peruano”. En PANDO VÍLCHEZ, J. et al., *El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo*, Lima: Palestra, 377-406.
- ZEGARRA, D. (2019). “Hacia una redefinición del enfoque actual de la ordenación del territorio en el Perú”. En D. ZEGARRA, coord., *La proyección del Derecho Administrativo peruano. Estudios por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Lima: Palestra, 361-383.

GOBIERNO DEL TERRITORIO Y VALORIZACIÓN DE LOS PUEBLOS HISTÓRICOS EN ITALIA

(<https://doi.org/10.47907/territoriointegradoesustentavel/11>)

GABRIELE TORELLI¹

Resumen: Aunque no existe una definición específica de pueblo histórico en la legislación italiana, la noción es de gran importancia porque los pueblos históricos son bienes paisajísticos; de hecho, constituyen patrimonio cultural según el código del patrimonio natural y paisajístico, lo que significa que se les aplican las normas de protección y valorización del código. La consecuencia es que los instrumentos de gobierno territorial deben prestar atención a esta normativa cuando regulen las políticas de repoblación de los pueblos históricos y/o de desarrollo turístico.

Palabras clave: pueblos históricos, valorización, repoblación, gobierno del territorio

Abstract: Although there is no specific definition of historic village in the Italian legislation, the notion is of great importance because historic villages are landscape assets; in fact, they constitute cultural heritage according to the code of natural and landscape heritage, which means that the protection and valorisation rules of the code apply to them. The consequence is that the instruments of territorial governance must pay attention to these regulations when regulating policies for the repopulation of historic villages and/or tourism development.

¹ orcid.org/0000-0001-7048-0212, IUAV Venezia

Keywords: historical villages, evaluation, repopulation, territorial government,

1. ¿Existe una definición de pueblo histórico en Italia?

¿Qué es el pueblo histórico en Italia?

La pregunta es fundamental para el jurista para individuar el régimen jurídico de esta categoría de bienes públicos; sin embargo, es difícil delinear un específico marco jurídico porque falta una definición legislativa estatal. De hecho, el código de turismo (decreto legislativo n. 79/2011) y la ley sobre los “pequeños municipios” (ley n. 158/2017) hacen breves referencias al tema, pero no dan una definición precisa de “pueblo histórico”. Al mismo tiempo, ni siquiera el Código de los bienes culturales y del Paisaje (decreto legislativo 42/2004) ofrece una definición específica².

Por tanto, es natural preguntarse si sea posible (y eventualmente cómo) reconstruir la noción de pueblos históricos.

En realidad, algunas leyes regionales dan una definición de “centro histórico”, que puede ampliarse a “pueblo histórico”.

Por ejemplo, la Ley Regional de Sardeña n. 29/1998 define el centro histórico como «una aglomeración urbana que conserva en su organización territorial, en su trazado urbano o en las estructuras de sus edificios los signos de una formación remota y de sus propias funciones residenciales originales», por lo que la definición de centro histórico se centra en la importante conexión con la historia local. La ley regional de Abruzzo n. 13/2004 y Ley Regional del Véneto n. 11/2004 ofrecen una definición casi idéntica de centro histórico.

Diversamente, la ley regional de Marche n. 29/2021 define los pueblos históricos como «aglomeraciones de asentamientos que conservan en su organización territorial, urbanismo o estructuras de construcción los signos de una formación remota y de sus funciones económicas, políticas, sociales y culturales originales vinculadas a las características del territorio y que también pueden tener un carácter artístico o ser de particular valor medioambiental y paisajístico», por lo que el enfoque

² GUARNIERI, ENRICO (2006). «Ripresa e resilienza tra le vie dei borghi storici», *Aedon* 3, 1-8.

se centra en la significativa conexión con la historia local; así también la Ley Regional de la Toscana n. 86/2016.

El resultado es que comparando algunas leyes regionales, los pueblos históricos y los centros históricos parecen nociones asimilables/superponibles porque ambas hacen referencia a un patrimonio local significativo por la historia y la identidad.

Por consiguiente, es natural preguntarse cuál es el carácter indefectible/necesario del pueblo histórico?

Examinando las leyes regionales, el componente artístico-cultural no siempre es exigible para el pueblo histórico (de hecho, a menudo no lo es) mientras que sólo en algunos casos se exige expresamente (Ley Regional de la Toscana n. 86/2016). A continuación, el elemento indefectible de la noción es el carácter “histórico” del municipio, que evoca la identidad, y por tanto una matriz histórica como formación antigua. En resumen, se puede decir que el pueblo histórico sea una categoría jurídica autónoma:

- a) debe considerarse una aglomeración urbana separada/independiente con respecto a otro centro habitado;
- b) debe ser de formación antigua.
Además... el pueblo histórico:
- c) puede estar poblado o despoblado;
- d) puede coincidir enteramente con el territorio de un pequeño municipio: el municipio es enteramente un pueblo histórico si es de formación antigua.

2. Pueblos históricos como patrimonio cultural

La siguiente pregunta es: ¿pueden considerarse patrimonio cultural los pueblos históricos?

La cuestión es decisiva porque si los pueblos históricos pueden considerarse patrimonio cultural, entonces se aplican los instrumentos/disciplina de gobierno del territorio establecidos por el legislador para la valorización del patrimonio cultural (*infra*). Cabe señalar que la “valorización” se entiende en su significado más reciente: no sólo fruición/conocimiento del bien, sino también valorización económica, entendida como capacidad de crear riqueza del bien. De hecho, la valorización económica es un medio (también) para conseguir más recursos para la protección del bien.

Para contestare la precedente pregunta – ¿pueden considerarse patrimonio cultural los pueblos históricos? – es necesario examinar el art. 2 del Código del Patrimonio Cultural y del Paisaje, por lo que «el patrimonio cultural está formado por los bienes culturales y paisajísticos», y el art. 136 subsección 1, lett. c), del mismo Código: «Los bienes paisajísticos son [...] los conjuntos de bienes inmuebles que conforman un aspecto característico con valor estético y tradicional, incluidos los centros y núcleos históricos». Según las dos normas, el pueblo histórico puede entrar dentro de la definición de patrimonio paisajístico del art. 136³.

Sin embargo, tenemos que especificar que el bien paisajístico es un concepto distinto del bien cultural. El bien cultural consiste generalmente en un único edificio, mientras que el bien paisajístico se compone de un complejo de edificios que forman un territorio o un área de “conjunto” que merece protección y valorización como un todo. Los criterios de belleza global, basados en necesidades histórico-identitarias-sociales, legitiman el reconocimiento de un interés paisajístico notable y, por tanto, la imposición de una limitación paisajística mediante un acto administrativo o un plan paisajístico. De consecuencia, el plan paisajístico – aprobado por la región junto con el Ministerio de Cultura – debe incorporar las limitaciones del mapa o puede crear otras nuevas, por ejemplo, ampliándolas a las zonas que rodean el pueblo histórico⁴.

Una vez comprobado que el pueblo histórico puede considerarse un bien paisajístico, es necesario evaluar cuáles son los planes y programas del gobierno territorial para valorizar esta categoría de bienes.

3. Programas y planes de valorización de los pueblos históricos

Por primera cosa, debe informarse que existe una estrategia nacional de lucha contra la despoblación de las zonas interiores, que se basa su la promoción de proyectos de desarrollo que valoricen el patrimonio natural y cultural de estas zonas. En referencia a los pueblos histórico,

³ PIPERATA, Giuseppe (2017). «Il paesaggio» in C. BARBATI, *et al.*, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna: il Mulino, 249-293.

⁴ SCIULLO, Girolamo (2008). «Il paesaggio tra la convenzione e il codice», *Aedon* 3, 2-9.

esta estrategia se puede implementar a través de la l. n. 158/2017, que contempla en primer lugar un plan de financiación de proyectos de apoyo a pequeños municipios⁵.

Para evitar confusiones, debe especificarse que la Ley 158/2017 se dirige principalmente a los pequeños municipios, y que la única disposición de la ley que afecta directamente a los pueblos históricos es el art. 4, subsección 4, en la que, con el fin de recuperar y re-urbanizar «pueblos antiguos o centros históricos abandonados o parcialmente despoblados», se da a los municipios la posibilidad de promover la construcción de hoteles/apartamentos.

Sin embargo, a la vista de lo que ya se ha escrito antes, parece que la ley n. 158/2017 se aplica (también) a los pueblos históricos si existe correspondencia entre el pequeño municipio y el pueblo histórico: es decir, si el pequeño municipio es al mismo tiempo un histórico.

Según el art. 2, el fin último de la ley es garantizar el desarrollo sostenible y equilibrado del territorio a través de dos acciones principales:

- a) la lucha contra la “despoblación” (componente negativo)
- b) el fomento del “asentamiento”/residencia (componente positivo);

en la concienciación de que el asentamiento en pequeños municipios constituye un recurso para proteger el territorio «Con el fin de garantizar un desarrollo sostenible y un gobierno equilibrado del territorio, el Estado, las regiones, las ciudades metropolitanas, las provincias o vastas áreas, los municipios, [...] podrán promover la eficacia y la calidad de los servicios esenciales en los pequeños municipios, con especial referencia al medio ambiente, la protección civil, la educación, la sanidad, los servicios sociales y asistenciales, los transportes, la red viaria, los servicios postales, así como la repoblación de estos municipios también a través de proyectos experimentales de fomento de la residencia».

Para alcanzar los resultados mencionados, el art. 3, ley n. 158/2017, establece un fondo estructural para los municipios, que ha atribuido una asignación de 10 millones de euros para el año 2017 y 15 millones de euros para cada uno de los años 2018 a 2023.

A este respecto, dos preguntas son fundamentales.

⁵ SAU, Antonella (2018). «La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne», *Federalismi.it* 3, 1-20.

La primera: ¿a qué obras se destinan los recursos del fondo? Se destinan a financiar inversiones destinadas a proteger el medio ambiente y el patrimonio cultural, mitigar el riesgo hidrogeológico, salvaguardar y re-urbanizar los centros históricos, hacer seguras las infraestructuras viarias y los centros educativos, así como promover el desarrollo económico y social y el establecimiento de nuevas actividades productivas.

La segunda pregunta: ¿qué pequeños municipios se benefician de la financiación? Existen dos criterios para direccionar los recursos e individualizar los municipios que pueden beneficiarse:

- a) Cuantitativo: municipios con población inferior a 5.000 habitantes (art. 1, l. 158/2017);
- b) Cualitativos: el decreto del Ministerio del Interior de 2020 establece otros criterios, por ejemplo, la ubicación en zonas de inestabilidad hidrogeológica, retraso económico, disminución significativa de la población, incomodidad de los asentamientos, insuficiencia de servicios sociales esenciales, falta de infraestructuras, etc.

Además, el Decreto del primer ministro de 23 de julio de 2021 identifica a 5.518 pequeños municipios como beneficiarios del fondo.

Los municipios identificados por el Decreto del primer ministro de 2021 pueden beneficiarse de los recursos a través de la adopción del Plan Nacional para la reurbanización de pequeños municipios (art. 3, subsección 2, l. n. 158/2017), que fue adoptado por el Decreto del primer ministro de 16 de mayo de 2022, que especifica las modalidades de presentación y los criterios de evaluación de los proyectos.

Este plan define las modalidades de presentación de proyectos por parte de las administraciones municipales, así como las de selección de los propios proyectos, mediante licitaciones públicas áreas de intervención. Los proyectos tienen que explicar el objetivo de cualificación y mantenimiento del territorio, aseguramiento y reurbanización de infraestructuras viarias, aumento de la eficiencia energética de los bienes públicos, recuperación de bienes culturales, reurbanización de terrenos y edificios en desuso/abandonados. Por lo tanto, el Ministerio publica el anuncio por las solicitudes de financiación y los municipios tienen que presentar proyectos.

4. ¿Cómo afecta el gobierno del territorio a la valorización de los pueblos históricos?

Llegados a este punto, es posible evaluar cual es la relación entre el gobierno del territorio y la valorización de los pueblos históricos. Especificamos que hay dos posibles formas de acondicionamiento:

- 1) el refuerzo de las infraestructuras, de los servicios públicos y del parque inmobiliario para los pueblos históricos y en los pueblos históricos debe realizarse en el marco de los instrumentos de regeneración urbana, regulados por las leyes regionales de ordenación del territorio. Todas las actuaciones mencionadas deben coordinarse con los instrumentos urbanísticos que limiten el consumo de suelo y fomenten la recuperación y la valorización del patrimonio edificatorio y de infraestructuras existente para favorecer el asentamiento de nuevas actividades de alojamiento turístico o nuevas viviendas para la población local. Las transformaciones urbanas para la reurbanización de los pueblos históricos deben desarrollarse sobre estos parámetros;
- 2) los instrumentos de gobierno del territorio afectan a la valorización de los pueblos históricos si estos están vinculados como bienes paisajísticos. De hecho, los programas/planes municipales deben ajustarse a las previsiones de ordenación del paisaje al regular las transformaciones urbanístico-edificatorias; si los planes o programas municipales promueven transformaciones urbanas para la valorización del pueblo histórico y el plan paisajístico ha indicado el pueblo histórico como bien paisajístico, se requiere la implicación y la relativa autorización por parte de los órganos competentes. Es decir, el uso de las zonas está condicionado por las prescripciones paisajísticas y, por tanto, para cualquier transformación urbanística es necesaria la autorización paisajística de la Región y la opinión de la superintendencia cultural. El Objetivo final es claramente la preservación de la identidad.

5. La valorización de los pueblos históricos entre estrategias de repoblación y desarrollo turístico

La valorización de los pueblos históricos mediante planes o programas e instrumentos de ordenación del territorio puede llevarse a cabo mediante una evaluación política alternativa:

- a) priorizar la repoblación del pueblo histórico para atraer residentes de forma permanente (objetivo de la ley 158/2017);
- b) dar prioridad a la atracción de turistas y residentes temporales, con vistas, por tanto, a garantizar la reactivación económica del lugar a través del turismo.

Estas dos direcciones alternativas también se desprenden del PNRR – plan nacional de recuperación y resiliencia – con financiación europea para contrarrestar los daños socioeconómicos causados por la pandemia.

Sobre el tema de la repoblación, la Inversión 2.1 «atractivo de los pueblos» de Misión M1C3.2 «regeneración de pequeños sitios culturales, patrimonio cultural, religioso y rural» establece que la «regeneración del patrimonio histórico», la «creación de pequeños servicios culturales también con fines turísticos» y la «creación y promoción de nuevos itinerarios» constituyen un parterre de medidas de valorización cultural destinadas a «contrarrestar la despoblación de los territorios» y a revitalizar «el tejido socioeconómico de los lugares» también mediante el apoyo a las actividades artesanales tradicionales. En otras palabras, a través de la valorización del patrimonio cultural, el sistema pretende, en última instancia, apoyar el desarrollo económico (implícito en el objetivo de aumento del empleo) y social (“premisa consustancial” al objetivo de repoblación) de los lugares deprimidos: en otras palabras, y resumiendo, a través de la valorización se produce la cohesión económica social y territorial.

Como ya se ha mencionado, el PNRR, en el marco de la misión M1C3.2, especifica que las intervenciones por los pueblos históricos pueden referirse no sólo en términos de repoblación sino también de oferta turística. La conexión entre el PNRR y la regeneración de los pequeños sitios culturales se mueve precisamente a partir de la necesidad de atacar el “overtourism” (Misión M1C3.2 del PNRR), porque los principales flujos turísticos italianos son conocidos internacionalmente.

Las implicaciones de esta polarización son que el uso intensivo de los sitios culturales más conocidos corre el riesgo de consumarlos/empobrecerlos a largo plazo, poniendo en peligro su conservación y sostenibilidad en el tiempo. Por tanto, la línea de inversión del PNRR a favor de las zonas rurales, periféricas y pequeños pueblos históricos tiene el objetivo de ofrecer un turismo sostenible alternativo, fuera de los itinerarios “tradicionales”.

¿Cuál es el factor determinante para orientar los recursos del PNRR hacia la repoblación o la mejora de la oferta turística?

Los recursos del PNRR, que se aplicarán a través del Plan Nacional de los pueblos históricos, pueden utilizarse tanto para la repoblación como para el turismo; esto se confirma por el hecho de que el gobierno anterior ordenó que los recursos del PNRR para los municipios se dividieran en 2 líneas:

- a) línea destinada a la revitalización de pueblos históricos deshabitados o caracterizados por un avanzado proceso de decadencia y abandono (convocatorias centradas en proyectos con solicitud de establecimiento de nuevas funciones/infraestructuras/servicios);
- b) línea destinada a la regeneración cultural, integrando los objetivos de protección del patrimonio cultural con las exigencias de revitalización social y económica y de reactivación del empleo.

Estas dos líneas están interconectadas, pero tienen con objetivos primarios distintos:

- c) la lucha contra el declive y la repoblación;
- d) el relanzamiento del empleo/turismo.

¿De qué depende la elección de la línea de financiación?

Se trata de una valoración política de cada autoridad local, que elige participar en una convocatoria y no en otra en función de sus preferencias: impulsar la repoblación o la oferta turística. Un buen ejemplo en este sentido de cómo puede cambiar el proyecto presentado lo ofrecen las infraestructuras de movilidad.

La financiación de las infraestructuras para conectar los pueblos históricos con el resto de los principales nodos de comunicación (infraestructuras viarias y ferroviarias) es una medida para favorecer la repoblación; diversamente, la financiación de las infraestructuras para

itinerarios culturales, carriles bici y peatonales y movilidad lenta es una medida para favorecer la potenciación del turismo sostenible. Y la decisión en uno u otro sentido es claramente una opción de voluntad política, que es por tanto fundamental.

En realidad, la repoblación de los pueblos históricos parece un objetivo más difícil de perseguir.

Promover la repoblación implica una pregunta: ¿hasta qué punto son capaces estas nuevas “microciudades” de acoger a un mayor número de nuevos habitantes? Para repoblar habría que suplir las carencias acumuladas a lo largo de los años: falta de mantenimiento de los edificios, infraestructuras inadecuadas y digitalización subdesarrollada, imprescindible para que el trabajo a distancia convenza a los jóvenes de repoblar. Por estas razones, parece más fácil rehabilitar los pueblos históricos para potenciar el turismo sostenible porque – por ejemplo – los carriles/infraestructuras para bicicletas tienen un impacto menos invasivo en el territorio que las infraestructuras de movilidad como carreteras y ferrocarriles.

En definitiva, la construcción de un territorio sostenible con referencia a los pueblos históricos parece más plausible desde la perspectiva de la valorización turística y no de la repoblación, al menos a corto plazo.

Referencias

- GUARNIERI, Enrico (2006). «Ripresa e resilienza tra le vie dei borghi storici» *Aedon* 3, 1-8.
- PIPERATA, Giuseppe (2017). «Il paesaggio» in C. BARBATI, *et al.*, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna: il Mulino, 249-293.
- SAU, Antonella (2018). «La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne», *Federalismi.it* 3, 1-20.
- SAU, Antonella (2018). «La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne», *Federalismi.it* 3, 1-20.