

M O N O G R A F Í A S

URBANISMO
Y DERECHO
DE PROPIEDAD
EN ESTADOS UNIDOS

Marta
Lora-Tamayo
Vallvé



FUNDACIÓN
ALFONSO MARTÍN ESCUDERO



iustel

URBANISMO Y DERECHO DE PROPIEDAD
EN ESTADOS UNIDOS

MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ

URBANISMO Y DERECHO
DE PROPIEDAD
EN ESTADOS UNIDOS



FUNDACIÓN
ALFONSO MARTÍN ESCUDERO



iustel

1.ª edición, 2013

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2013, by Marta Lora-Tamayo Vallvé

Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-240-2

Depósito legal: M. 29.533-2013

Printed in Spain - Impreso en España

Producción gráfica: Closas-Orcoyen, S. L.

Paracuellos de Jarama (Madrid)

*A Antonio y nuestra
familia numerosa «especial»
Juancho, Ignacio, Marta,
Almudena y Rafa: un
regalo de Dios.*

Índice

Agradecimientos	13
Capítulo 1. Introducción. Estado de la cuestión	19
Capítulo 2. El dilema y principal debate del urbanismo estadounidense. Libertad y propiedad frente a intervención pública. Público y privado en el urbanismo estadounidense	27
2.1. ORÍGENES REMOTOS: EL CONCEPTO DE PROPIEDAD Y USO DEL SUELO EN LA AMÉRICA NATIVA. PREDOMINIO DEL USO Y DESTINO DEL SUELO.....	30
2.2. REGULACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO Y PROPIEDAD EN EL PERÍODO COLONIAL. APROXIMACIÓN A LA CONS-TRUCCIÓN DEL MITO DEL <i>POLICE POWER</i> , QUE PERMITIÓ LA CONQUISTA, COLONIZACIÓN Y URBANIZACIÓN DE LAS COLONIAS	33
2.3. REGULACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO Y PROPIEDAD EN LA INCIPIENTE REPÚBLICA. MOMENTOS PREVIOS A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA <i>TAKINGS CLAUSE</i> DE LA QUINTA ENMIENDA.....	42
2.3.1. <i>La concepción hamiltoniana sobre la función social de la propiedad y su influencia en la legislación y jurisprudencia estadounidenses</i>	43
2.3.2. <i>Los momentos previos a la constitucionalización de la Takings Clause. Su significado primigenio</i>	47
2.3.3. <i>Bases constitucionales y jurisprudenciales de la normativa reguladora de los usos de suelo contemporánea a la aprobación de la Constitución</i>	49
2.4. REGULACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO Y DE LA PROPIEDAD EN EL SIGLO XIX. LA SUCESIVA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN EN LA EXPROPIACIÓN. HACIA LA BÚSQUEDA DE UN EQUILIBRIO	65

Capítulo 3. Marco institucional del urbanismo estadounidense en el siglo XX	79
3.1. REFLEXIÓN PREVIA SOBRE EL SISTEMA DE FUENTES Y COMPETENCIAS SOBRE LOS USOS DEL SUELO. INEXISTENCIA FORMAL DE UN DERECHO URBANÍSTICO NACIONAL, EXISTENCIA IMPLÍCITA DE CONDICIONANTES UNIFICADORES Y UNIFORMADORES	79
3.2. LA ZONIFICACIÓN Y EL SUEÑO AMERICANO	86
3.2.1. <i>Orígenes de la zonificación en Estados Unidos</i>	86
3.2.2. <i>Constitucionalización de la zonificación. La zonificación euclidiana</i>	97
3.2.3. <i>Consecuencias a corto, medio y largo plazo de la implantación de la zonificación como técnica de control de los usos del suelo en Estados Unidos</i>	111
3.2.4. <i>Control del mercado del suelo. Zonificación; derecho de propiedad y derecho a urbanizar</i>	118
3.2.5. <i>De las ordenanzas de zonificación a los Plan Unit Development y los Formed Based Codes. La preeminencia obsesiva por la fijación de usos</i>	124
3.2.6. <i>Zonificación y derecho a urbanizar. ¿Quién hace ciudad en Estados Unidos?</i>	136
3.3. EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y SUS DEBILIDADES	151
3.3.1. <i>Zonificación frente a planeamiento. Antecedentes históricos</i>	151
3.3.2. <i>Clases de planes</i>	154
3.4. EL URBANISMO, ¿UN ASUNTO LOCAL? LA REVOLUCIÓN SILENCIOSA	164
3.5. EL URBANISMO ¿UN ASUNTO PERSONAL? LA SOCIEDAD CIVIL ESTADOUNIDENSE Y SUS MÁS RECIENTES REACCIONES HACIA LA INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS USOS DEL SUELO. LOS PROPERTY RIGHTS MOVEMENTS	170
 Capítulo 4. Marco constitucional: Urbanismo y propiedad en la jurisprudencia del siglo XX. Vuelta a la cuestión de las takings	189
4.1. INTRODUCCIÓN. UNA VISIÓN LINEAL Y DE CONJUNTO ...	191

4.2. LA QUINTA ENMIENDA	199
4.2.1. <i>Due Process Clause</i>	200
4.2.2. Regulatory takings. Del «demasiado lejos» a los «avances sustanciales».....	211
4.2.2.1. <i>Per se takings</i> . Expropiaciones regu- latorias de carácter propio.....	215
a. Invasión u ocupación física indefinida de la propiedad	215
b. Apropiación completa del bien. Privación o vaciamiento de la utilidad económica del bien ...	216
c. Cesiones obligatorias (<i>forced entry exactions</i>): control del nexo causal y principio de proporcionalidad	219
4.2.2.2. <i>Non per se takings</i> y su valoración. <i>The balancing test</i>	222
4.2.2.3. Principales aportaciones de Lingle..	224
4.2.3. <i>La expropiación propia o directa; eminent do- main y la delimitación de lo que haya de ser uso público, public use</i>	229
4.2.3.1. Evolución jurisprudencial del con- cepto de uso público	229
4.2.3.2. La aparente indiferencia de Kelo en la delimitación del uso público en la potestad expropiatoria. Una interpretación madurada de Kelo...	242
4.2.3.3. Consecuencias o efectos de Kelo en las legislaciones de los estados. Hacia una delimitación del uso público	245
Capítulo 5. Urbanismo y propiedad en los comienzos del siglo XXI	247
5.1. MARCO CONSTITUCIONAL	247
5.1.1. <i>Kelo y Lingle como paradigmas de un nuevo co- mienzo</i>	247

5.1.2.	<i>El debate sobre las regulatory takings visto desde una perspectiva comparada. Conclusiones</i>	250
5.1.3.	<i>Measure 37 y Measure 39 del estado de Oregón. Reacciones desmedidas a una legislación clasificatoria del suelo</i>	254
5.2.	MARCO INSTITUCIONAL	262
5.2.1.	<i>Las nuevas tendencias: Smart Growth, New Urbanism</i>	262
5.2.1.1.	Smart Growth	262
	a. Técnicas e instrumentos para el desarrollo del Smart Growth ..	266
	b. Reacciones estatales y locales al <i>urban sprawl</i>	270
5.2.1.2.	New Urbanism. El Nuevo Urbanismo ¿un nuevo sueño americano? ...	274
5.2.2.	<i>Crisis económica y urbanismo en Estados Unidos</i> ...	282
	Reflexión final	285
	Bibliografía	287
	Sentencias	297
	Anexo A. Textos	301
	Anexo B. Esquema de la legislación estatal y propuestas legislativas	311

Agradecimientos

La publicación de este libro se produce un sexenio después de que la Fundación Alfonso Martín Escudero me encargara esta obra. Gracias deben ser dadas en primer lugar a su presidente, mi maestro, Don Ramón Parada por su apoyo y su paciencia.

Han sido seis años muy intensos y este libro ha sido escrito, pensado, dialogado, estructurado, barruntado y hasta rumiado en momentos muy diferentes e intensos de mi vida; dos embarazos, la enfermedad y fallecimiento de mi padre, la realización de un Máster en Humanidades y varios viajes a Estados Unidos.

De todas estas experiencias vitales se ha ido impregnando esta obra aunque su texto quizá no lo muestre explícitamente.

La euforia y la energía que me dan los embarazos, y ya vamos por cinco, y la serenidad posterior que me aportó la experiencia del dolor y el sufrimiento causados por la enfermedad y muerte de mi padre han marcado la realización de este libro.

Recuerdo los primeros meses de duelo como momentos absolutamente estériles, sentada frente al ordenador leía y releía la fatídica página cuarenta de la que me parecía imposible pasar. Nunca había sufrido un estancamiento de este tipo y salir con lucidez me parecía absolutamente imposible.

Nada me resultaba ya relevante, ni trascendente. La pasión que me caracteriza tanto en el hablar como en el escribir parecía que se había desvanecido y que nada ni nadie podrían devolver mi inquietud intelectual, mis deseos de viajar a otras realidades físicas, mis amadas ciudades, y a los ordenamientos que las sustentan, que en cierta medida las hacen ser como son.

Pero el tiempo y las buenas compañías todo lo curan.

La posibilidad de dialogar este libro en nuestro particular seminario-café de la UNED con Juanjo Montero, su realismo, su picardía jurídica, su sentido común, y sobre todo su interés por lo que estaba escribiendo me fueron devolviendo poco a poco la ilusión y las ganas de continuar y profundizar en todo lo que ya llevaba trabajado. Igualmente mis desahogos con Juan Cruz Alli con quien he compartido la angustia de estar en deuda y el deseo de terminar, y ese sano pique que desde nuestra primera oposición nos traemos y que, contrariamente a lo habitual en nuestros pasillos universitarios, ha transformado la rivalidad inicial en una profunda amistad, qué belleza.

Y cómo no la profesora Carmen Fernández, en quien he encontrado no un alma gemela, porque gracias a Dios no nos parecemos en nada, sino alguien con quien caminar y crecer y «ensanchar los horizontes de la razón» que diría Benedicto XVI, y del corazón, eso lo digo yo.

Y a Jesús Angel Fuentetaja que tras la primera versión del libro, escrita con un exceso de carga y prisa intercedió ante la Fundación para que centrara la obra en el Urbanismo estadounidense y pudiera darle un nuevo hervor, como ha así ha sido.

Mis viajes a Estados Unidos me han permitido desde el contacto personal con profesores como Sonia Hirt, Rachelle Altermann, Jerold Kayden o Ed Sullyvan y en los congresos de la asociación PLPR (Planning Law and Property Rights) y AESOP confrontar y contrastar todo aquello que «desde fuera» había ido aprehendiendo y que gracias a sus aportaciones he podido calibrar, dar los matices y el peso real que determinadas instituciones jurídicas como el *zoning* tienen en los Estados Unidos. Entrar a formar parte de esta asociación está siendo una experiencia de enriquecimiento intelectual que todavía puede seguir dando muchos frutos, sobre todo con esta tendencia mía a huir al derecho comparado y que, si bien, parte de un interés innato en ensanchar y extender, ascender y salir para enriquecer o al menos aportar algo de luz a nuestra dislocada realidad, no es menos cierto —he de reconocerlo— que también nace del deseo de escapar unos días y vivir intensamente mi vocación universitaria sin el peso de mis cinco adorados hijos.

Tengo también que agradecer muy especialmente el trabajo hecho por la editora Noemí Martínez quien ha revisado este libro con una profesionalidad y cuidado extremos y han permitido que mis extensos párrafos y frases subjuntivas se hayan aclarado.

Es pues un libro cuya autoría intelectual me pertenece pero que siento muy compartido con todos los que me rodean. En el Departamento de derecho administrativo, con el Club de Humanistas nacido del Máster en Humanidades de la Universidad Francisco de Vitoria a los que he ido relatando mis viajes y mis hallazgos estadounidenses y también con mi familia y en especial mi madre Nuria y Antonio que se quedan en la retaguardia al cuidado de nuestra numerosa familia, poniendo orden y dándome tranquilidad y cariño.

A todos muchos gracias.

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ

URBANISMO Y DERECHO DE PROPIEDAD
EN ESTADOS UNIDOS

Capítulo 1

Introducción. Estado de la cuestión

La idea de iniciar una investigación sobre el derecho urbanístico estadounidense partió de mi maestro, el profesor Parada, quien, de la mano de la Fundación Alfonso Martín Escudero, me propuso estudiar la evolución de la intervención pública urbana en Estados Unidos. La propuesta, cómo no, me pareció muy sugerente. Me permitiría, entre otras cosas, analizar si la influencia de la llamada *macdonalización* de las grandes urbes que estamos experimentando en este tercer milenio se ve respaldada también por una importación de las técnicas jurídicas que permitan implantar sucesivamente estas infinitas megalópolis, que la Europa unida ha erigido en las últimas décadas y que solo la globalización del descalabro económico mundial está comenzando a detener. Nada más radical que la falta de financiación para parar esta nueva oleada de ensanches que hemos experimentado en la Europa occidental en el último tercio del siglo xx y que ninguna softlama medioambiental ha podido frenar con tanta contundencia.

En una obra anterior¹ llevé a cabo un estudio histórico en el que —de la mano de dos personajes clave para la evolución de los modelos urbanísticos francés y español, Haussmann y Cerdá— comparaba los sistemas y los modos de ejecución del planeamiento urbanístico. *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar* partía de dos preocupaciones básicas: por un lado y en primer lugar, la pregunta clave —que de forma histórica comparada quería responder y que mi maestro me incitó a investigar— era desentrañar si el derecho a urbanizar forma parte del derecho de

¹ Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

propiedad, es decir, si el propietario del suelo, por el hecho de ser propietario, tiene derecho a urbanizar, a hacer ciudad. La segunda preocupación era consecuencia de la primera: si el propietario tiene derecho a urbanizar, si tiene derecho a tomar cierta iniciativa urbanística y no solo a edificar en su terreno, ¿cuál es el valor que debe darse a su terreno, propiedad, finca o parcela cuando se le priva de ese derecho?, ¿el valor de lo que hay?, ¿el valor de lo que pueda haber?, ¿el valor de lo que el propietario pueda hacer?, ¿el valor de lo que la Administración o los poderes públicos estimen que debe haber?

De la respuesta a estas preguntas se pueden derivar las claves para entender cualquier modelo urbanístico. Por eso, al comenzar un estudio sobre el derecho urbanístico estadounidense me surgía la duda y la inquietud lógica de si debía superar estas preguntas —que habían resultado válidas en un momento inicial de mi carrera universitaria y que pedagógicamente eran muy plásticas— o si debía intentar adentrarme en cuestiones técnicas, procedimentales y organizativas de los modelos urbanísticos, que me aportarían quizás una visión estructural y más tecnicada de la intervención pública en la ciudad norteamericana.

Tras un período de lecturas y reflexión, sin tener aún claro el esquema del cual iba a partir, me topé —gracias a la valiosa recomendación que me hizo el profesor colombiano Juan Felipe Pinilla Pineda— con un artículo² en el que el profesor Donald Krueckeberg cuenta que el profesor Israel Stollman, en la larga espera de un aeropuerto, le preguntó sobre cuál creía que era el concepto central, la idea clave del planeamiento urbanístico. La respuesta que Krueckeberg dio en un principio fue «el uso del suelo» (*land use*), no solo porque el suelo y su ubicación son esenciales para responder a otra pregunta clave proveniente de una concepción utilitarista de la propiedad —¿qué lugar les corresponde a las cosas?—, sino porque además el término uso deriva del concepto de utilidad, que es la clave de las teorías económicas

² Donald A. KRUECKEBERG, «The Difficult Character of Property. To Whom Things Belong?», en *Journal of the American Planners Association*, 1995, vol. 61, n.º 3, pp. 301-309.

sobre el comportamiento individual, empresarial y de mercado, que son el auténtico paradigma de la teoría del planeamiento.

Krueckeberg continuaba afirmando que en la actualidad, sin embargo, su respuesta sería desde luego bien diferente. La respuesta que daría es que la propiedad es la clave del urbanismo.

Sus argumentos me fascinaron, no por nuevos, sino porque me devolvían a las mismas preguntas que me había formulado al inicio de mi tesis doctoral. Si bien Krueckeberg llegó a ellas —quizá no tuvo un maestro Parada tan intuitivo— desechando las tesis que centran el problema principal del urbanismo y del planeamiento en el *land use* por ser poco claras y engañosas.

El problema del *land use*, argumentaba, es su presunción de neutralidad y su apariencia de objetividad, pues, en principio —desde una perspectiva operativa el uso del suelo—, sería lo que los planeadores determinan y lo que los controladores regulan, es decir, lo que nuestro Tribunal Constitucional consideraría como una técnica urbanística (STC 61/97). De estas definiciones, que han variado históricamente, se derivan otras preguntas clave que deben plantearse previamente: ¿Qué propiedad hemos de regular y planificar? ¿Cuál es el límite entre la intervención pública y la propiedad privada? La cuestión entonces ya no es tan técnica, sino que hunde sus raíces en la concepción misma que del derecho de propiedad exista en cada ordenamiento jurídico y en la evolución que del mismo se haya ido derivando.

El punto de partida en el estudio del urbanismo había sido, por tanto, inicialmente erróneo para Krueckeberg, o al menos, si no erróneo, sí ha podido provocar con el tiempo una distorsión conceptual y metodológica. Como bien entiende la tradición, el planeamiento urbanístico estadounidense comienza con una asunción implícita de lo que es privado y lo que es público, y a quién le corresponde cada espacio. Esta asunción parece estar más o menos clara, pero en realidad no es así; se parte de una falsa evidencia y a partir de ella se construye todo un modelo.

Ahí radica el error, partiendo de la presunción de que se conoce la diferencia entre lo público y lo privado —y de qué es público y qué es privado— se presume también el verdadero sig-

nificado de la propiedad. Y, basándose en ello, se responden preguntas sobre derecho de propiedad y justicia distributiva que la mayor parte del mundo está discutiendo en la actualidad, sin resolver o al menos aclarar cuál es el punto de partida.

Asumiendo la tesis de Krueckeberg —porque, como he explicado antes, me siento absolutamente identificada con ella y porque, gracias al movimiento a favor de la propiedad (*Property Rights Movement*) del que tanto se habla en la actualidad, el urbanismo estadounidense se mira desde otro prisma, el del derecho de propiedad—, he decidido volver a las mismas preguntas porque resulta que ahora son temas candentes y porque son las mismas que se hacía Cerdá y con las que comencé a escribir mi tesis doctoral. Y porque espero que sirvan para entender la evolución de la intervención pública en la ciudad en Estados Unidos.

Sin embargo, si bien el análisis de la principal tensión jurídica y económica es una primera forma de entender el urbanismo —fundamental para su aprehensión más o menos cabal—, es evidente que se hacen necesarios también otros elementos para aproximarse a los ordenamientos urbanísticos en conjunto.

Tratar el *land use*, limitándonos exclusivamente a la tensión entre lo público y lo privado de la materia prima del proceso —a la propiedad como mercancía (*commodity*)— solo permitiría una aproximación binaria a una realidad compleja y multifacética que el derecho intenta regular. En este sentido, Jane Jacobs, en uno de sus magistrales ensayos acerca de la ciudad, «The kind of problem a city is»³, lleva a cabo una crítica muy singular al sistema de planeamiento vigente en Estados Unidos y también en el resto del mundo —cada uno con sus peculiaridades— como forma abstracta de diseñar el futuro de la ciudad sin acercarse a la verdadera realidad urbana y humana, una realidad más compleja o más sencilla de lo que muchas veces el planeador estima. Le sirve de ejemplo el caso de Boston y la obsesión con que la

³ Jane JACOBS, *The Death and Life of Great American Cities*, Modern Library Edition, Nueva York, 1993, p. 558.

zona norte fuera una barriada (*slum*) cuando los indicadores así lo entendían.

Jacobs sostiene que el planeamiento urbanístico (*planning*) está estancado porque no se opera con métodos realmente científicos y porque la aproximación de aquellos que pretenden ordenar la ciudad —juristas, economistas y planeadores— se realiza de forma unilateral, como si la ciudad fuera una realidad plana o un problema de complejidad organizada (*organized complexity*) y no de complejidad desorganizada.

Jacobs entiende asimismo que el urbanismo solo podrá avanzar en la medida en que las ciudades se estudien al modo de una investigación científica, en tres fases consecutivas. En un primer momento habrá que pensar en los procesos, en el segundo habrá que realizar un trabajo inductivo, de lo particular a lo general, y en un tercer momento habrá que buscar las especificidades del modelo a escala muy pequeña, para después aumentar la escala o trasladar esas peculiaridades a medidas más reales.

Aquí —siguiendo los consejos de Jacobs— tras el estudio de la tensión jurídico-económica entre lo público y lo privado en el urbanismo, examinaré el urbanismo estadounidense para entender quién hace las ciudades allí y de qué manera se hacen. A continuación analizaré si la aculturización norteamericana que hemos vivido desde la Segunda Guerra Mundial se ha producido también en el ámbito urbanístico, desde sus formas, hasta sus técnicas legislativa y financiera.

Esta evolución a la que haré referencia ha sido tratada en España, hasta el momento, por Ángel Manuel Moreno Molina⁴ e Inés Sánchez de Madariaga⁵. Sin embargo, sus magníficos estudios sobre el urbanismo norteamericano concluyen en 1998 y 2001, respectivamente, y en esta última década han ocurrido

⁴ Ángel Manuel MORENO MOLINA, «Estados Unidos de América: líneas básicas de su legislación urbanística», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, 2001, vol. 33, n.º 129, pp. 517-558.

⁵ Inés SÁNCHEZ DE MADARIAGA, «Las aportaciones urbanísticas en la práctica norteamericana. Referencia a los casos británico y francés», en *Cuadernos de Investigación Urbanística*, 1997, n.º 17.

hechos y acontecimientos de enorme envergadura que suponen una importante vuelta de tuerca y un giro muy interesante. Estos cambios son los que ocuparán una parte central de este trabajo.

Partiendo, pues, del estado de la cuestión que describiré lo más sintética y claramente posible, intentando destacar las principales líneas de fuerza que sostienen la tensión jurídica y el debate jurisprudencial y académico, me detendré en las principales novedades que han enriquecido y reavivado la polémica en esta última década y, además, han devuelto a la primera línea del combate académico y social algunos aspectos del derecho de propiedad inmobiliaria en Estados Unidos que parecían muy consolidados y asentados.

Como se verá en profundidad, la sentencia *Kelo v. City of New London*⁶ (en adelante, *Kelo*) —y toda una corriente jurisprudencial afín a la misma—, ha sido, si no el detonante, sí el acicate de una batalla jurídica, legislativa y social que pretende retomar las riendas del derecho de propiedad perdidas con las sucesivas interpretaciones laxas de lo que deba entenderse por interés general, uso público o bien común.

Este es el tema crucial de este libro que, partiendo del urbanismo como argumento, intentará mostrar cómo, en el siglo XXI, las claves de la intervención pública que justifiquen la existencia de una serie de privilegios y un régimen especial de las Administraciones públicas que permitan expropiar un terreno para cedérselo a un tercero, por ejemplo, van a estribar ya no tanto en una nueva concepción o delimitación del derecho de propiedad y su función social reconocida constitucional o legalmente, sino más bien en una redelimitación de cuál haya de ser el interés común o el interés general.

Los exorbitantes poderes de las Administraciones públicas, independientemente del ordenamiento jurídico en el que operen, están siendo replanteados e incluso cuestionados desde el origen, basándose en una necesaria, exhaustiva y demostrada justificación de lo que haya de ser de interés público o de interés general, que

⁶ *Kelo v. City of New London*, 545 U. S. 469 (2005).

no vacíe de contenido económico y jurídico los derechos de los particulares, en nuestro caso, de los propietarios de suelo.

En este sentido, los nuevos modelos urbanísticos y las legislaciones que implementan este tipo de corrientes desde una perspectiva operativa han reincorporado, reintegrado y aprehendido —dependiendo del modelo— la política ambiental como una parte integrante del mismo o como el nuevo interés, único, general y común que debe ser protegido de forma prioritaria y casi exclusiva en muchos casos. Pero han conducido también a cierto constreñimiento y casi vaciamiento de los tradicionales derechos económicos que latían tras el derecho de propiedad. La protección jurídica del paisaje es buena muestra de estos nuevos elementos.

En el último capítulo profundizaré en el modo en que la ordenación del territorio y del medioambiente está siendo integrada en las políticas de diseño y de proyección de ciudades de laboratorio. El New Urbanism es el nombre con el que se conoce en Norteamérica a este movimiento de diseño urbanístico. La política medioambiental es en la actualidad algo así como un tinte verde que todo lo colorea, si bien es cierto que de la aprehensión global y coherente de un urbanismo sostenible a su realización fáctica hay una enorme distancia.

Lo que sí es evidente es que —independientemente de la eficacia de la normativa urbanística ambiental— el cientifismo, el debate técnico al que hace referencia Jacobs, se ha renovado en el ámbito del planeamiento urbanístico y la ordenación del territorio. Y lo ha hecho por la vía de la preocupación ambiental que ha conducido poco a poco, a lo largo de los últimos treinta años, a una nueva orientación sobre el equilibrio entre lo público y lo privado —como decíamos— con un enfoque siempre verde⁷, que ha tomado forma de concepto jurídico.

⁷ Vid. Jesús DEL OLMO ALONSO, «Urbanismo y medio ambiente: dos realidades jurídicas inseparables», en *El derecho urbanístico del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Reus, Madrid, 2008, pp. 429 y ss.

Se estudiará aquí si este concepto, en Estados Unidos, ha estado condicionado por la implementación legislativa de la necesidad de consecución del desarrollo urbano sostenible y por esa nueva idea del crecimiento inteligente o *smart growth* —que siempre suena mejor en inglés—. En ese nuevo contexto la tensión se tiñe de verde, pero sigue latente el mismo debate: la existencia o no de un derecho originario y primigenio a usar (y abusar) de la propiedad individual —independientemente de las tensiones intergeneracionales que pueda ocasionar— que es la raíz de los principales problemas ambientales. O si los derechos individuales que emanan del derecho de propiedad del suelo, el cual abarca un amplio abanico —desde el propietario de la granja, humedales, espacios protegidos, lugares históricos e incluso la tan novedosa protección jurídica del paisaje—, deben guardar siempre un equilibrio razonable entre las decisiones individuales y el bien común, el interés general, el interés público.

Harvey M. Jacobs, en su interesante ensayo *The «Taking» of Europe: Globalizing the American ideal of Private Property?*⁸, plantea como cuestión crucial —no solo desde un punto de vista teórico, técnico-científico, sino para la propia supervivencia del modelo económico europeo— la necesidad de un replanteamiento y de una nueva discusión sobre los límites del derecho de propiedad y, asimismo, sobre los límites de la intervención pública sobre este.

Pero, para poder entrar en el debate que propone —que la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense ha traído tan recientemente a la palestra— es necesario desarrollar brevemente una primera visión del modo en que se ha producido la *intervención* de la Administración sobre el suelo en el derecho estadounidense y, sobre todo, de su evolución jurisprudencial, lo que constituye el objetivo principal de esta obra.

⁸ Harvey M. JACOBS, *The «Taking» of Europe: Globalizing the American Ideal of Private Property?*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (Mass.), 2006.

Capítulo 2

El dilema y principal debate del urbanismo estadounidense. Libertad y propiedad frente a intervención pública. Público y privado en el urbanismo estadounidense

En este capítulo se presentará el marco histórico, institucional y sociológico en el que se desenvuelve un debate que no es solo jurídico y se examina el grado de influencia e incidencia de este debate en la realidad para poder apreciarlo y discutirlo en su justa dimensión. Con este objetivo se realiza una primera aproximación histórica sobre los orígenes remotos y sobre las limitaciones a los usos del suelo en la Norteamérica colonial y su recepción en el siglo XIX. Se analizará el lugar del sistema de fuentes en los ordenamientos urbanísticos estadounidenses —el planeamiento urbanístico, la zonificación y el papel que desempeñan las autoridades locales y federales—, así como la influencia que el debate jurídico-constitucional mantenido históricamente en el Tribunal Supremo ha ejercido en su configuración y evolución. Finalmente, se estudiará cómo la función social de la propiedad entendida al modo de Duguit y de Hamilton, condicionada a la creación de riqueza, está mucho más presente en la tradición norteamericana de lo que, en principio, cabría presumir.

La tensión jurídica que muestra la jurisprudencia estadounidense, desde la ya temprana sentencia *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*⁹ (en adelante, *Penn Coal*) de 1922, es el reflejo del

⁹ *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393 (1922).

esfuerzo y del intento de control de la actividad administrativa, del *police power* o potestad reglamentaria, asimilándola a la potestad expropiatoria, de forma que la garantía de la intervención reguladora o normativa no sea tanto el posible beneficio público y la consecución del bien común, del interés general, sino la concreta indemnización por privación del derecho de propiedad.

Una vez descrita secuencialmente esta evolución dispondré de suficientes herramientas y parámetros para llevar a cabo una recapitulación de la evolución y construcción jurisprudencial de la materia marcada por una constante: la aparición de la doctrina de las *regulatory takings*. Y la calificación de la normativa urbanística o de control de los usos de suelo como *taking* o una expropiación normativa me conducirá al núcleo duro de la cuestión central en los denominados sectores regulados, que en Estados Unidos afectan también al urbanismo.

En efecto, la pugna y el debate sobre el control de la discrecionalidad de la acción pública, sus técnicas y sus límites, así como el necesario encuentro de una fijación de lo que haya de ser el interés general, a través de las cuestiones que la Quinta Enmienda desvelará cómo la tensión jurídica latente pivotará en torno a tres temas fundamentales.

En primer lugar, se analizarán los límites constitucionales y legales, si existen, que permiten un control del ejercicio de la actividad urbanística¹⁰ y que han pivotado en torno al principio de legalidad como forma de control de la actividad administrativa en cuestiones de planeamiento urbanístico y en torno a la zonificación en relación con el derecho de propiedad y su determinación a través de la Due Process Clause de la Quinta Enmienda, la cual ha cobrado especial relevancia a partir de la sentencia Lingle del año 2005¹¹.

¹⁰ Me refiero aquí de forma genérica a la actividad urbanística, equiparándola a lo que en la terminología jurídica norteamericana se califica como *regulatory action*, en el que se pueden encasillar tanto la potestad reglamentaria, como la potestad expropiatoria, como incluso la legislación propiamente dicha.

¹¹ Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., 04-163, 544 U. S. 528 (2005).

Otra forma de control se ha orientado tradicionalmente hacia la determinación de lo que se considere una expropiación impropia o virtual, basándose en la normativa administrativa de planeamiento urbanístico y en el desarrollo casuístico de la doctrina jurisprudencial mediante las *regulatory takings* como punto central y de convergencia hacia el que conflúan todas las cuestiones litigiosas en esta materia, hasta 2005, año de la sentencia Lingle.

Y finalmente, trataré la expropiación propiamente dicha como forma de privación de la propiedad por razones urbanísticas y el modo en que se lleva a cabo la determinación del *public use* o interés general, por razón de la expropiación forzosa (*eminent domain*), es decir, la persecución de un supuesto verdadero interés público, y el contenido económico del derecho de propiedad y la indemnización por su privación, a través, especialmente de la doctrina jurisprudencial establecida desde la sentencia Kelo, también del año 2005.

Desde una perspectiva sociológica y política esta evolución jurisprudencial, se verá influida por la sociedad civil y en especial por el nacimiento del movimiento a favor de la propiedad privada (*Private Property Rights Movement*) que comienza a ejercer un papel importante —más adelante se verá cuán determinante¹²—, en la tensión jurídica entre la propiedad privada y la intervención pública en los usos del suelo.

Los tres puntos anteriores confluyen, son caras de una misma moneda que reflejan el intento de búsqueda de un equilibrio entre poderes y control de la actividad administrativa reguladora del urbanismo como forma de acotar los límites legales y la prefiguración del interés general o el bien común como forma de defender el derecho de propiedad de lo que se consideran ataques a la misma.

El año 2005 supuso un hito en este sentido, tanto por la sentencia Lingle —que vuelve sobre la denominada Due Process Clause de la Quinta Enmienda y sus repercusiones en la legislación urbanística—, como en el tratamiento jurisprudencial de las

¹² Vid. *infra* § 3.5.

regulatory takings, a través de la sentencia *Kelo*. Lingle ha revolucionado la interpretación clásica del derecho de propiedad y la de su privación por razones urbanísticas y ha reavivado un debate, aparentemente inocuo, que hasta el momento estaba muy aceptado y consolidado social y jurídicamente.

2.1. Orígenes remotos: el concepto de propiedad y uso del suelo en la América nativa. Predominio del uso y destino del suelo

Remontarse a la Norteamérica precolonial para comenzar a tratar el modelo urbanístico estadounidense puede parecer una retrosección innecesaria y excesiva. Sin embargo, quizás resulte conveniente destacar ciertos puntos de interés en este ámbito. El interés no radica tanto en la influencia que el derecho consuetudinario de las tribus indias pudiera tener en relación con la propiedad y los usos de la tierra en la Norteamérica colonial, sino más bien por los razonamientos y las técnicas jurídicas utilizadas por la legislación y, sobre todo, por la jurisprudencia colonial y colonizadora para justificar los actos de conquista y encapsular a las tribus indias, imponiendo su propia concepción del derecho de propiedad y de los usos de la propiedad, así como un nuevo modelo de intervención administrativa sobre el territorio.

El *iter* jurídico seguido para poder desposeer a los nativos norteamericanos de sus propiedades ha sido estudiado por la doctrina estadounidense en profundidad¹³ desde distintas perspecti-

¹³ Vid. Joseph William SINGER, «Lone Wolf, or How to Take Property by Calling it a "Mere Change of Investment"», en *Tulsa Law Review*, n.º 33, 2002, pp. 37 y 48; *idem*, «Well Settled?: the Increasing Weight of History in American Indian Land Claims», en *Georgia Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 481-532; Nell Jessup NEWTON, «The Judicial Role in Fifth Amendment Takings of Indian Land: An Analysis of the Sioux Nation Rule», en *Oregon Law Review*, vol. 61, n.º 2, pp. 245-265; *idem*, «Compensation, Reparation and Restitution: Indian Property Claims in the United States», en *Georgia Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 453-531; *idem*, «Indian Claims in the Courts of the Conqueror», en *American University Law Review*, 1992, vol. 41, pp. 753-854.

vas —comparada, sintética, analítica y sociológica— y de ella se pueden destacar, los siguientes aspectos:

La calificación jurídica de las tribus nativas como «naciones domésticas dependientes» es el punto de partida que permite justificar los actos políticos sin control jurisdiccional: la denominada doctrina del *plenary power* sobre las tribus indias.

De esta forma, desde la sentencia *Kagama* de 1886¹⁴, esta calificación jurídica, distinta de la de los estados federales, permitirá añadir un plus, una matización esencial entre los estados y el régimen jurídico de las tribus. La diferencia fundamental no estribará, por lo tanto, en la incapacidad de establecer relaciones internacionales, puesto que son «naciones domésticas», sino al hecho de que las tribus estén sujetas al control decisivo y primordial de sus asuntos internos por definición, justificando de esta forma la doctrina del *plenary power*, legitimada en la cláusula de comercio con los indios.

El siguiente paso se dio en la sentencia *Lone Wolf*¹⁵, calificada por Joseph Singer como la sentencia *Dredd Scott*¹⁶ de las tribus indias¹⁷, ya que a partir de la calificación jurídica de las mismas como naciones domésticas dependientes (*domestic dependent nations*)¹⁸, permitió dos intervenciones de enorme calado al margen de la regulación constitucional.

Por una parte, la sentencia *Lone Wolf* equipara cualquier cuestión concerniente a las tribus indias a una cuestión política, a un acto político o del Gobierno, y por lo tanto, no revisable jurí-

¹⁴ *United States v. Kagama*, 118 U. S. 375 (1886).

¹⁵ *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 U. S. 553 (1903).

¹⁶ La conocida sentencia *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393 (1857) estableció que los afroamericanos no estaban amparados por los derechos constitucionales.

¹⁷ Joseph SINGER, art. cit., 2002, p. 37.

¹⁸ A pesar del carácter crítico con el que la doctrina trata esta calificación jurídica, desde una perspectiva comparada, esta adquiere un enorme interés, a la vista de la concepción amplia y estricta que del término nación y nacionalidad se recoge en nuestra Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

diccionalmente. De esta forma, la doctrina del *plenary power* se transmuta, por interpretación del Tribunal Supremo, en doctrina del poder absoluto —si bien es cierto que sería modulada con el paso de los años—, de forma que desplaza fuera del margen de la protección constitucional cualquier cuestión que atañe a las naciones indias.

Esta idea —radical y chocante en el país de las libertades— es muestra también de algunas de sus profundas incongruencias y suponen la negación total de los derechos constitucionales de los negros en la sentencia Dred Scott y de los indios en la Lone Wolf —la cual será matizada, como se acaba de mencionar, en pronunciamientos posteriores—.

Por otra parte, la sentencia Lone Wolf, lleva a cabo una redefinición unilateral de los tratados con los indios, estableciendo la posibilidad, no solo de modificarlos unilateralmente, sino de interferir en las cuestiones domésticas e internas de los mismos. Esta legitimación debe ser calificada, como lo hace la doctrina, como un acto de conquista.

Lone Wolf permitió la transformación unilateral de la concepción del derecho de propiedad en las tribus indias y con ella, su parcelación y su expoliación o su venta. Esta transformación se llevó a cabo en tres fases:

En primer lugar, se permitió la parcelación de los terrenos comunales pertenecientes hasta el momento a las tribus, de forma que la propiedad comunal o tribal pasó a ser propiedad individual. Esto fue posible gracias a la creación de una ficción jurídica —que no tenía cabida en las formas de organización tribales— y que consistía en sustituir el todo por las partes, de forma que los cambios de titularidad se articularan desde distintas propiedades individuales, cuando anteriormente existía una única propietaria comunal, la tribu.

En segundo lugar, se derogó unilateralmente el requisito necesario que impedía la venta de las tierras sin el consentimiento de las tres cuartas partes de los miembros barones de las tribus.

Y por último, se permitió la transferencia masiva de los denominados *surplus lands*, es decir, de los excedentes. La existencia de

estas propiedades constituyó, además, causa legitimante de expropiación —cuestión esta muy interesante— pues rompía absolutamente con la idea constitucional de la propiedad, ya que la *causa expropriandi* era que el propietario no necesitara la tierra.

Se ha tratado aquí esta cuestión como muestra de que —ya desde el origen mismo de la Norteamérica colonial— se plantearon, atisbaron y dibujaron las bases de un modelo constitucional del derecho de propiedad en el que la constitucionalización de la función social de la misma no se da expresamente, pero en el que la jurisprudencia —ya desde tempranas sentencias como la *Lone Wolf*— ha ido configurando y delimitando una forma de concebir el derecho de propiedad y la expropiación, de tal manera que se legitima incluso la expropiación con beneficiarios privados. Esta legitimación se justifica por diferentes razones, que incluyen un abanico tan amplio como el mero cambio en la forma de inversión, la creación de un mercado vigoroso de vivienda, la promoción de la renovación urbana o la lucha contra la pobreza.

Son todos estos modos de implementar y construir una concepción del derecho de propiedad urbana y de sus usos concreta, aunque variante, basada en la calificación jurisprudencial de lo que haya de ser el interés general en cada momento. En el caso originario de las tribus indias, sirvió para desplazar y transformar un modelo de propiedad tribal y comunal y para justificar jurídicamente un acto de conquista, disfrazándolo, casi travistiéndolo, de venta forzosa, por «*a mere change in the form of investment*» —un mero cambio en la forma de inversión—¹⁹.

2.2. Regulación de los usos del suelo y propiedad en el período colonial. Aproximación a la construcción del mito del *police power*, que permitió la conquista, colonización y urbanización de las colonias

Como afirma Krueckeberg, la construcción de la doctrina y de la jurisprudencia estadounidense en torno a la regulación y a

¹⁹ Vid. Joseph W. SINGER, art. cit., 2002.

los usos del suelo parte de la presunción de que existe una distinción entre lo público y lo privado, y de que se reconoce claramente qué es público y qué es privado. Se presupone también el verdadero significado de propiedad y en función de ello se responden preguntas y se resuelven conflictos sobre el derecho de propiedad y la justicia distributiva, sin resolver anteriormente o al menos sin aclarar cuál era el punto de partida.

Uno de los autores que más luz ha arrojado para facilitar el desterramiento de algunos mitos y poder comprender el actual estado de la cuestión ha sido Joseph F. Hart, quien, con gran valentía, no duda en afirmar que el moderno debate sobre la regulación urbanística en Estados Unidos descansa sobre el error histórico de creer que una temprana tradición sobre los derechos de propiedad permitía a los propietarios norteamericanos usar su tierra como desearan si no hacían daño a otros²⁰.

De hecho, en los momentos fundacionales de la nación norteamericana se decía, en esta misma línea, que la normativa sobre los usos del suelo (*land use regulation*) se enmarcaba en la legislación de las actividades molestas (*nuisance common law*), junto a las relaciones de vecindad, la protección de la salubridad y la seguridad.

Esta interpretación histórica tan arraigada²¹ conduce a la consideración de que las modernas ordenanzas de zonificación y la legislación ambiental impongan restricciones de una magnitud sin precedentes en la historia de Estados Unidos.

Es más, la premisa histórica de que en la tradición norteamericana se produce una intervención mínima en torno a los usos del suelo no solo apuntala el argumento jurídico de que la moderna normativa urbanística —entendiendo por ella el planeamiento y la zonificación— han invadido derechos tradicionales de los propietarios, sino que, además, se utiliza simbólicamente y estratégicamente para situarla desfavorablemente en el debate actual,

²⁰ John F. HART, «Colonial Land Use Law and Its Significance for Modern Takings Doctrine», en *Harvard Law Review*, 1996, vol. 109, pp. 1252-1300.

²¹ Como se verá más adelante en este capítulo, esta es una apreciación que no se basa en la realidad.

más amplio, sobre la legitimación y los límites del *police power*, del poder de policía de la Administración.

La legislación urbanística actual (*land use regulation*) se percibe —por gran parte de la doctrina— como contraria a la voluntad de los Padres Fundadores de los Estados Unidos²² y a los valores fundamentales y tradicionales estadounidenses. El derecho de los propietarios americanos a usar la tierra libremente, en la medida en que no dañen a otros se concibe —siguiendo la línea marcada por Locke²³— como fundacional y prepolítico, previo a la formación del Estado y de los gobiernos federales.

La presunta ausencia de raíces históricas de una regulación que sobrepase las relaciones de vecindad permite que esta se asocie únicamente con los símbolos de la modernidad: con la utilización y el uso expansivo del *police power* en el último tercio del siglo XIX, con la severa y brusca reducción de la protección judicial sobre los derechos de propiedad a la que condujo la política del New Deal o, entre otros, con ideologías totalitarias.

Estas asociaciones simbólicas han socavado la legitimidad de la moderna legislación urbanística en el discurso político actual y han logrado condicionar, en gran medida, la interpretación judicial de la intervención administrativa. También han servido de base a los movimientos ultraconservadores de la sociedad civil —como el *Private Property Rights Movement* o los llamados NIMBY²⁴— que intentan anclarse fuertemente en estas creencias para defender sus postulados.

Sin embargo, del análisis pormenorizado y detenido de las restricciones en los usos del suelo establecidos en la Norteamérica colonial —como bien muestra Hart²⁵— se desprenden con-

²² *Vid.*, entre otros, Richard A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.

²³ JOHN LOCKE, *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Tecnos, Madrid, 2006

²⁴ Acrónimo de la frase «Not In My Back Yard» (no en mi patio trasero) con el que se identifica a los vecinos que se oponen a la construcción de determinadas infraestructuras cerca de sus casas o en sus barrios.

²⁵ JOHN HART, art. cit., 1996.

clusiones muy diferentes a las sostenidas hasta el momento con carácter simbólico y programático.

Contrariamente a la imagen convencional de una intervención mínima en los usos del suelo, los gobiernos en la Norteamérica colonial ejercieron y extendieron su autoridad sobre la propiedad privada con finalidades mucho más amplias que las estrictas relaciones de vecindad. La autoridad colonial intervino, a menudo, en asuntos diferentes a la regulación exclusiva de las relaciones de vecindad y de las actividades molestas. La autoridad colonial reguló el uso del suelo en muchas ocasiones para asegurar beneficios públicos y no se limitó a un control preventivo de los daños causados en la salud y la seguridad. De hecho —esto puede que parezca incluso más llamativo y paradójico aún—, muchos de los beneficios públicos que regulaban incluían beneficios de carácter equidistributivo para otros propietarios privados.

La intervención de las autoridades coloniales en los usos del suelo se extendió —como muestran Hart y la normativa de la época²⁶— a un gran número de actividades cuya finalidad era incidir y controlar el desarrollo del suelo para intereses productivos concretos en aras del bien común. Otro ámbito de intervención desarrollado de forma muy intensa en el período colonial fue el establecimiento de obligaciones a los propietarios de terrenos para desarrollarlos conforme a lo establecido en las concesiones originales de los mismos²⁷ o la obligatoriedad de

²⁶ Al respecto, entre otros documentos, John F. HART cita en *ibidem*: William HENING (ed.), *The Statutes at large; being a collection of all the laws of Virginia*, 2.^a ed., Virginia, 1823; Walter CLARK (ed.), *The State Record of North Carolina*, Estado de Carolina del Norte, Winston-Goldsboro, 16 vols., 1895-1907; James B. LYON (ed.), *Laws and Ordinances of the New Netherlands. The Colonial Laws of New York*, 5 vols., Albany (Nueva York), 1896.

²⁷ *Ibidem*, pp. 1259-1261, Hart pone de manifiesto que los sistemas de tenencia en las tierras conquistadas estaban sujetos a condiciones muy estrictas que limitaban fuertemente las concesiones sobre esas tierras. No eran condicionamientos o limitaciones basadas en las relaciones de vecindad, sino obligaciones que debían cumplirse bajo amenaza de expropiación o rescate de la concesión. Así, las leyes de Nueva York aprobadas por el Duque de York en 1665 establecían que si los propietarios de suelo no se establecían o habitaban en las tierras concedidas en el plazo de tres años decaerían en su derecho, título e interés: «[...] if landowners

la desecación de humedales y la financiación de las obras de canalización e irrigación²⁸. Se aprobaron, asimismo, medidas administrativas que obligaban a los concesionarios de minas a explotarlas con la debida diligencia, so pena de pérdida de la misma²⁹, o en el ámbito que nos ocupa, el de la ciudad, se obligaba a los propietarios a promocionar y desarrollar ciertas clases

did not plant Seat or Inhabit prior purchases within three years, they would "forfeit their Right, Title and Interest therein". En este mismo sentido un estatuto de Virginia de 1645 exponía el enorme perjuicio que se derivaba del abandono por parte de los arrendatarios (*tenants*) de las tierras ya concedidas, por lo que si estos las abandonaban supondría la resolución de la concesión y la posibilidad de entregárselas a un tercero. La idea de la preeminencia del uso activo de la propiedad es clara en toda esta serie de disposiciones que orientan las concesiones hacia un interés o bien común productivo.

²⁸ «Las normas coloniales sobre drenaje y canalización de aguas descansaban sobre la premisa de que era conveniente que el legislador obligara a los propietarios a participar en estos proyectos que transformarían la naturaleza de sus propiedades y a compartir el coste de los mismos, puesto que permitiría —cuanto mayor fuera la participación— un menor coste final por unidad, con la finalidad última de la obtención de un beneficio público derivado indirectamente de un beneficio privado. De hecho, Hart destaca, en este sentido, cómo eran los mismos propietarios del suelo los que instaron a la autoridad a establecer normas que persiguieran la obligatoriedad de las normas y actos de canalización». Citado en *ibidem*, vid. Joyce E. CHAPLIN, *An Anxious Pursuit: Agricultural Innovation and Modernity in the Lower South, 1730-1815*, Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, Virginia, 1993. La normativa del momento obligó a los propietarios de los estados de Massachusetts, Connecticut, Nueva York, Pensilvania, Carolina del Sur y Nueva Jersey a aceptar la transformación física de sus terrenos y a adaptar su uso a esta transformación y, lo más importante —pues se encuentra un gran paralelismo con las obligaciones derivadas de la urbanización—, a financiar las tareas de desecación y canalización e incluso a pagar por los posibles daños ocasionados a las propiedades colindantes.

²⁹ La legislación sobre las minas de cobre en Connecticut permitía la expropiación de la propiedad privada sobre la que se había establecido una concesión minera si esta no estaba siendo utilizada al ritmo y con la velocidad requerida por la Asamblea, vid. «The Act of May 20, 1709» en *The Public Records of the Colony of Connecticut*, Charles HOADLEY (ed.), Case, Lockwood and Brainard Co., Hartford (Conn.), 1876. La mayor parte de las previsiones normativas en este estado, independientemente de la actividad a la que se hiciera referencia estaban basadas en el mismo patrón: se autorizaba al interés mayoritario para tomar decisiones para el grupo en relación con las instalaciones comunes y se obligaba a todos los propietarios a contribuir en el coste, las mejoras y las reparaciones de las mismas.

de suelo³⁰ y a cumplir determinados cánones estéticos³¹ como medidas destinadas a transformar el modelo espacial de desarrollo urbano³² para optimizar la densidad de los alojamientos³³.

³⁰ Con la finalidad de dar forma a la configuración espacial de las incipientes localidades coloniales y para facilitar el control social de las mismas, las autoridades establecieron ordenanzas que determinaban qué propiedades podían ser usadas y edificadas como residencias y cuáles no —norma zonificadora en toda regla y precedente remoto de la clasificación del suelo o del zoning norteamericano— estableciendo también límites físicos a la edificación, como es el caso de Massachusetts (Act of Sept. 8, 1636), donde se prohibía la construcción de viviendas en media milla alrededor del *meeting house* (el templo de los cuáqueros) sin permiso de la autoridad judicial. En el mismo sentido, la colonia de Plymouth (Act of 1663, Plymouth Records) prohibía a los concesionarios de nuevas tierras vivir en las mismas si estas estaban tan alejadas que no permitieran frecuentar ningún lugar de culto.

³¹ Las limitaciones estéticas establecidas en un principio como medidas de seguridad para evitar incendios en New Amsterdam (actual Nueva York) fueron evolucionando hacia otras medidas garantizadoras de cierta uniformidad estética que era vigilada por los *surveyors*, encargados de condenar y paralizar cualquier edificio, tapia, empalizada, poste o vía que no resultara agradable a la vista (Ordinance of July 25, 1647), estableciendo con posterioridad la posibilidad de dictar normas que garantizaran la uniformidad y la gracia, el estilo de los nuevos edificios que se levantarán.

³² Una temprana ordenanza de la colonia de Virginia (Act of Mar. 19, 1642) señalaba el problema de los propietarios que no edificaban en sus solares y que tampoco permitían edificar a otros y autorizaba la posibilidad de desapropiación de los mismos sin que los propietarios anteriores pudieran impedirlo: «take it up from themselves without hindrance». En el mismo sentido se articularon en Nueva York medidas de fomento de la edificación de los solares baldíos, reproducimos el texto de la ordenanza, citado por John F. Hart, art. cit., 1996, por su enorme interés: «Many spacious and large Lots, even in the best part of this City, lie and remain without Buildings, and are kept by the owners either for greater profit, or for pleasure, and others are thereby prevented to build for the promotion of population and increase of trade and consumption, as well as for the embellishment of this City, whereunto many new comers would be encouraged in case they could procure a Lot at a reasonable price on a suitable location». (Muchas parcelas grandes y espaciales, incluso en las mejores zonas de la ciudad, permanecen sin edificios y están en manos de sus propietarios para sacarles mejor provecho o por placer, y otras no se edifican para evitar que aumente la población y por razones estéticas, si bien muchos nuevos propietarios edificarían si tuvieran una parcela en el lugar adecuado y a un precio razonable). *Vid.* también «Ordinance of Jan. 15, 1658. For Appraising and Assessing vacant Lots in New Amsterdam», en *Law and Ordinances of New Netherland (1638-1674)*, Edmund B. O'CALLAGHAN (ed.), Office of the Secretary of State, Albany, N. Y., 1868.

³³ Las ordenanzas de Connecticut, Nueva Jersey o Nueva York muestran las restricciones a la edificación que presuponían la necesidad previa de solicitar el

Todos estos ejemplos muestran, pues, la existencia anterior, no casual, de una concepción de la propiedad y de la intervención de la autoridad sobre ella que sobrepasa, en gran medida, esa idea preconcebida del viejo oeste americano y tienen un efecto conceptual de enorme interés, puesto que permiten reconstruir la consideración del modo en que las colonias norteamericanas entendían la relación entre la autoridad pública y la propiedad privada.

Toda esta normativa —a la que hace referencia Hart en su estudio por su volumen y extensión geográfica— pone de manifiesto una dimensión mucho más social y estatutaria del concepto convencional y asumido del derecho de propiedad, en función del cual el derecho de los propietarios para utilizar y controlar sus tierras permanecía sujeto a intereses colectivos superiores. La competencia legítima de la autoridad pública incorporaba materias que iban más allá de la intervención en la seguridad y salubridad, extendiéndose a ámbitos tan amplios como la uniformidad estética en los edificios urbanos de nueva planta.

Existen, en este sentido, dos condicionantes histórico-sociológicos fundamentales —de los que me he ocupado en otros lugares y momentos³⁴— que permiten entender la inexisten-

consentimiento o bien de la denominada mayoría de los ciudadanos o de la autoridad colonial, the Overseers; en el caso de Nueva York, el denominado Director General and Council of New Netherland estableció: «no accommodations shall be sold by piece-meales, but Entire, without the consent of the town Overseers and Constable» (Ninguna propiedad podrá ser vendida por partes, sino que tendrá que estar completa, sin el consentimiento de los supervisores de la ciudad). *Ibidem*. Además, estas restricciones determinaban pormenorizadamente el orden en que debían ser edificados los terrenos, así como sus características estéticas: «in order to promote the population settlement, beauty, strength and prosperity of the city of New Amsterdam no Dwelling-houses shall be built near or under the Walls or Gates of this City until the lots in certain other areas designated for development had been properly built on». *Ibidem*. La pregunta surge inmediatamente: ¿Qué les falta a estas ordenanzas para constituir el germen del planeamiento urbanístico y la zonificación? La respuesta es nada, absolutamente nada.

³⁴ *Vid.* Marta LORA-TAMAYO, ob. cit., 2002, donde se hace referencia al interesantísimo estudio de Halbswasch sobre las expropiaciones en el París de Haussmann que muestra cómo la coincidencia personal entre los jueces y los pro-

cia de una oposición a todo este tipo de medidas condicionantes y limitadoras de las facultades propias, que es la que se esperaría de una concepción lockeana en sentido estricto del derecho de propiedad.

Por una parte, el contexto histórico y singular —propio de las tierras de conquista³⁵— favorece que se apruebe una incipiente regulación sobre los usos del suelo en sentido amplio —no solo de legislación urbanística—, en la que se incluyen las concesiones mineras, la desecación de marismas y la distribución de las mismas —una vez desposeídos y encapsulados los indios—. Por otra parte, y simultáneamente, las autoridades públicas del momento —que, en muchas ocasiones, eran también propietarios— representaban los intereses de los propietarios, poniendo así de relieve la legitimidad que este tipo de intervenciones ostentaba para los contemporáneos.

Otro factor a tener en cuenta es el hecho de que la Corona mostraba su conformidad frente a la normativa colonial sobre los usos del suelo e incluso animaba e instigaba a una mayor intervención sobre los mismos.

Esta relectura de la legislación colonial, del derecho de propiedad y del condicionamiento de los usos de suelo a través de la normativa —de la realidad y no del mito— nos invita a reconsiderar, con una perspectiva más amplia, la tradicional relevancia dada a las innovaciones de la temprana legislación urbanística de principios del siglo xx —la zonificación— y la señala históricamente como la continuación, asunción y aprehensión a gran escala de las prácticas e intervenciones realizadas siguiendo normativas aprobadas ya con anterioridad en la Norteamérica colonial.

Aún así —como se apuntaba previamente— la predisposición y mentalidad críticas hacia la intervención administrativa sobre los usos de suelo serán predominantes y condicionarán las interpre-

pietarios permitió elevar consecutivamente los justiprecios de las expropiaciones masivas que se realizaron y, de esta forma, agilizar el proceso de reconstrucción masiva de la ciudad.

³⁵ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *La ciudad ordenada*, Aranzadi, Pamplona, 2008.

taciones constitucionales de la Quinta Enmienda que la jurisprudencia ha realizado en estos ámbitos. A partir de 2005, es importante recordar esta fecha, esta actitud empezará a ajustarse, al retomarse implícitamente el espíritu de la normativa colonial.

Las consecuencias doctrinales de esta predisposición negativa hacia la intervención administrativa en los usos del suelo para la interpretación de la normativa urbanística es que sirve de puente entre la Takings Clause de la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense —que no se pronuncia sobre la intervención normativa, sino que se limita a hacer referencia a la necesidad de ser expropiado con las garantías necesarias³⁶— y una creciente y, a veces, agresiva doctrina jurisprudencial que tiende a equiparar la acción reguladora de la autoridad pública, la potestad normativa de la Administración —el *police power*— con la potestad expropiatoria, que exige, en la mayor parte de los casos, una indemnización como consecuencia de un exceso en la intervención de la Administración y que ha sido el punto de partida de la larga y complicada construcción doctrinal de las *regulatory takings*.

Las consecuencias de esta aproximación histórica son de gran calado. Por una parte, estas conclusiones en torno a la falsa construcción de una noción preexistente del derecho de propiedad en el período colonial basada exclusivamente en las relaciones de vecindad (*nuisance law*) permiten mitigar algunos de los fundamentos utilizados para aplicar la Takings Clause, es decir, para asimilar la legislación urbanística (*land use regulation*) a la regulación expropiatoria o expropiación virtual. Se pone de manifiesto —como muestra Hart— que la regulación positiva sobre los usos de suelo es previa a la aprobación de la Quinta Enmienda y que, en el momento de aprobación de la Constitución, el tratamiento que se daba a esta regulación era, muy comúnmente, amplio y no como mero *nuisance*.

³⁶ «[...] nor shall private property be taken without just compensation» ([...] ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa compensación). Extracto de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (1787).

Por esta razón, es lógico que los Framers o padres de la Constitución no se refirieran al control de los usos del suelo como parte de una posible forma de regulación expropiatoria (*regulatory taking*) susceptible de ser indemnizable, sino que se admitían como parte ínsita al *police power*.

Por otra parte, la normativa colonial sobre los usos del suelo ofrece una muy interesante continuidad histórica, en tanto que el poder público se ejerce sobre la propiedad privada y los objetivos o la finalidad perseguidos con esta. Incluso medidas más recientes y tan controvertidas como la zonificación estética o la regulación sobre humedales tienen ya cabida y precedentes en las ordenanzas coloniales.

La legislación sobre los usos del suelo —fundamental en la búsqueda del bien común— antecede a la Declaración de Derechos y merece su reconocimiento como parte de la tradición legal y constitucional estadounidense.

2.3. Regulación de los usos del suelo y propiedad en la incipiente república. Momentos previos a la constitucionalización de la Takings Clause de la Quinta Enmienda

En este apartado se analizarán el significado originario de la denominada Takings Clause, y la continuación y la preexistencia de una finalidad y un destino público —el bien común— en los usos de suelo.

Al igual que en el período anterior, las creencias sobre el derecho de propiedad pueden ser desmitificadas partiendo de tres perspectivas: desde las aportaciones doctrinales que los padres de la Constitución realizaron; desde la implementación normativa de la regulación de los usos del suelo; y desde la interpretación jurisprudencial —tan importante en el modelo estadounidense— que se lleva a cabo sobre el derecho de propiedad y su función social.

2.3.1. *La concepción hamiltoniana sobre la función social de la propiedad y su influencia en la legislación y jurisprudencia estadounidenses*

Partiendo de la aproximación que lleva a cabo Nestor Davidson³⁷, la consideración de la función social de la propiedad de los Padres Fundadores de la Constitución estadounidense dista de ser unívoca y monolítica. Las aportaciones de Alexander Hamilton³⁸ suponen una aproximación muy similar a la de Leon Duguit³⁹ acerca del derecho de propiedad y de su función social, con matices de enorme interés que ofrecen una tercera vía cuya exploración desde una perspectiva histórica será muy provechosa. Las aportaciones de Hamilton tendrán, además, una importante influencia en la jurisprudencia y serán retomadas en las recientes sentencias del Tribunal Supremo, especialmente en *Kelo* en 2005.

El acercamiento de la doctrina estadounidense a la función social de la propiedad en la línea planteada por Duguit, es decir, entendida como una «obligación productiva» no ha recibido suficiente atención, a pesar de que, curiosamente, uno de los más tempranos acercamientos de la propiedad en los Estados Unidos reflejaba este tipo de desarrollo normativo. Esta línea de aproximación al derecho de propiedad, concebido desde la solidaridad social —el *common law* según el cual los derechos de propiedad deben fomentar y promover el bien común, el bienestar—, tuvo una poderosa influencia en la normativa sobre la propiedad en el período que comprende desde la Revolución estadounidense hasta la Guerra Civil (1776-1865).

La máxima «*salus populi suprema lex*» lleva implícita una concepción social y activa de la propiedad al tiempo que exige un

³⁷ Nestor M. DAVIDSON, «Sketches for a Hamiltonian Vernacular as a Social Function of Property», en *Fordham Law Review*, 2011, vol. 80, n.º 101, pp. 1053-1070.

³⁸ *Vid.* Alexander HAMILTON; John JAY; James MADISON, *The Federalist Papers*, Signet Classic, 2003.

³⁹ Léon DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé: depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, París, 1912.

papel también activo del Estado, de forma que fije los términos de este desarrollo imperativo.

Esta concepción de la función productivo-social de la propiedad contrasta fuertemente con otras dos visiones que continúan enmarcando el discurso moderno en los Estados Unidos y con las que se ha relacionado a dos de los Padres Fundadores.

Así, la concepción individualista de la propiedad —centrada en el mercado y reflejo de las clásicas teorías liberales contra las que Duguit reaccionaba— se ha identificado tradicionalmente con el pensamiento de James Madison⁴⁰, a pesar de que sus aportaciones —como las de casi todos sus contemporáneos— no fueran tan absolutamente liberales como la doctrina ha ido caricaturizando al definir e identificar la defensa de un modelo de propiedad.

Por otra parte, la concepción identificada con los postulados de Thomas Jefferson⁴¹ destaca el papel de la propiedad en el fomento de la conciencia cívica. Esta segunda corriente se asimila con la visión del pequeño terrateniente (*yeoman vision*), la cual dista mucho de tener un carácter monolítico. Y existe una tercera tradición de carácter economicista (*entrepreneurial*), que se basa en las fuerzas del mercado, pero que no otorga a los derechos adquiridos un poder de veto que desvertebre las estructuras de mercado existentes⁴².

⁴⁰ Alexander HAMILTON; John JAY y James MADISON, ob. cit., 2003. «Entre 1787 y 1788 Madison escribió junto con Alexander Hamilton y John Jay una serie de ensayos publicados en distintos periódicos del estado de Nueva York llamados *The Federalists Papers* que ayudaron a la ratificación de la Ley Fundamental y están considerados, a día de hoy, entre los escritos más importantes para la interpretación constitucional. De hecho, Madison fue el autor más prolífico de los tres y escribió los dos capítulos más importantes de la serie, El Federalista n.º 10 y El Federalista n.º 51». Fuente: Wikipedia.

⁴¹ Sobre Thomas JEFFERSON, *vid.*, entre otros: Stanley ELKINS y Eric MCKITRICK, *The Age of Federalism: The Early American Republic, 1788-1800*, Oxford University Press, 1995.

⁴² «Has not venerated vested rights as an overarching bar to disrupting existing market structures» (No ha generado derechos adquiridos como límite de ruptura del mercado existente). Ron CHERNOW, *Alexander Hamilton*, Penguin, Nueva York, 2004.

Esta idea, que se podría conectar, *salvata distantia*, con los elementos que definen la clásica «*salus populi suprema lex*», se puede identificar con las aportaciones llevadas a cabo por Hamilton, quien —desde su puesto en la Secretaría del Tesoro— fomentó la fundación de un Estado activo, creador de las condiciones que garantizaran una moderna sociedad de economía industrial. Hamilton abordó esta tarea con medidas que subordinaban la iniciativa individual al bien de una incipiente comunidad nacional. A pesar de que tradicionalmente se le ha asociado con la visión individualista del *commodity*, en su pensamiento estaba presente un esfuerzo por implementar y contribuir al orden social. Así pues, se puede afirmar que existe una tercera línea o tradición cultural y política que persigue aprovechar la iniciativa individual en beneficio del bien común.

La aplicación correspondiente de esta importante línea de pensamiento en el ámbito del derecho de propiedad busca situarlo en su mejor uso y rendimiento en beneficio de la comunidad. A este esfuerzo se unen las aportaciones doctrinales que intentarán resolver las disputas a favor de los derechos adquiridos desde una perspectiva que favorezca el desarrollo. La visión de corte empresarial de Hamilton se corresponde con un Estado vigoroso, que desencadene y aproveche la iniciativa individual en beneficio del bien común.

Esta aproximación convierte a Hamilton —como cita Chernow en su reciente biografía⁴³— en algo así como un «profeta de la revolución capitalista», en tanto que su concepción dinámica reflejaba al mismo tiempo una profunda asimilación de la obligación y del deber social, que buscaba aprovechar activamente la propiedad forzando el orden, cuando fuera necesario, siempre a favor del fomento de la propiedad productiva frente a la improductividad y el atrincheramiento.

En este sentido, afirmó que el dinero y la propiedad se consideran los principios vitales del cuerpo político, en la medida en que sostienen su vida y su movimiento y le permiten desarrollar

⁴³ *Ibidem*.

sus funciones más esenciales⁴⁴. Hamilton amparó la confluencia del bien común y de los incentivos al mercado, en un contexto histórico en el que se debatía a favor de un Estado fuerte que utilizara estos incentivos para forjar una nueva nación.

La visión hamiltoniana del derecho de propiedad se desarrollará de forma más plástica en su trabajo como secretario de Estado del Tesoro y, especialmente, en una serie de informes escritos entre 1790 y 1791. Esta aproximación tendrá, como se verá a continuación, importantes consecuencias en la construcción de la legislación que afecta al derecho de propiedad en Estados Unidos.

Además de una extensión del objeto del derecho de propiedad, que muestra el dinamismo de las fuentes de riqueza en su amplio programa de desarrollo económico a través de la financiación y las inversiones en infraestructuras, se plasmó un reconocimiento del entrelazamiento de la iniciativa individual y el fomento del Estado. Instrumentalmente, por tanto, la propiedad no es sacrosanta en la visión de Hamilton, requiere su uso activo y una Administración que lo apoye. A pesar de la fuerza de la retórica jeffersoniana en el discurso público norteamericano, es necesario destacar cómo la visión de Hamilton es, de entre aquellas de los Padres Fundadores, la que mejor prefiguró el Estado moderno en el que se convirtieron los Estados Unidos y la que entendió mejor el fomento de la iniciativa individual, por parte de los poderes públicos, como un distintivo nuevo frente a otras concepciones del momento.

El dinamismo hamiltoniano se manifestó en su exposición teórica y doctrinal y, sobre todo, en medidas concretas que afectaban a amplios sectores productivos. Sirva como muestra la forma en la que el Gobierno estadounidense emprendió una activa política pública de suelo, al aceptar las tierras del oeste pertenecientes con anterioridad a Virginia o Luisiana y que convirtieron al Gobierno federal en propietario de grandes superficies de terreno.

⁴⁴ «[...] money is, with propriety, considered as the vital principle of the body politic, as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions». (El dinero junto con la propiedad son considerados el principio vital del cuerpo político pues sostiene su vida y movimiento y le permite desarrollar sus funciones más esenciales). *Ibidem*.

Este tipo de medidas de compra de suelo por la Administración fueron entendidas, desde una perspectiva jeffersoniana, como un modo de aumentar el número de propietarios de suelo o una forma de privatizar el dominio público. Hamilton, sin embargo, abordó la política de compra de suelo no solo como una vía para aumentar los ingresos públicos, sino también como un medio para el desarrollo de una comunidad nacional específica y como una forma de asegurar el uso más ventajoso de los recursos colectivos de la comunidad. El dinamismo de esta política de adquisición pública de terrenos se extendería en las primeras décadas del siglo diecinueve, en la medida en que los suelos públicos federales fueron utilizados no solo para el desarrollo directo, sino también para la creación necesaria de las infraestructuras que permitieran fomentar la iniciativa individual.

La normativa sobre bien común y el principio *salus populi* se entendían, por lo tanto, como aspectos inherentes de la propiedad y no como imposiciones externas en la, por otra parte, bien delimitada esfera privada.

2.3.2. *Los momentos previos a la constitucionalización de la Takings Clause. Su significado primigenio*

Siguiendo la línea marcada por las aportaciones realizadas previamente en torno a una concepción —excesivamente mitificada— del derecho de propiedad basada en la ausencia de intervención de la Administración sobre los usos del suelo y en torno a su asimilación y aprehensión prácticas —tanto política como jurídico-normativa—, una importante y muy sólida corriente doctrinal⁴⁵ nos muestra cómo la interpretación

⁴⁵ Vid. al respecto: John F. HART, «Land Use Law in the Early Republic and the Original Meaning of the Takings Clause», en *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 4, pp. 1099-1156; Fred BOSSELMAN *et al.*, *The Taking Issue: A Study of the Constitutional Limits of Governmental Authority to Regulate the Use of Privately-owned Land Without Paying Compensation to the Owner*, U. S. Government Printing Office, 1973; William M. TRANOR, «The Original Understanding of The Takings Clause and the Political Process», en *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95,

extensiva de la Quinta Enmienda no se encontraba en el espíritu de los fundadores ni tampoco en el de los redactores de la Quinta Enmienda. Esta interpretación amplia supone el paso de la necesidad de indemnización cuando exista una expropiación por causa de utilidad pública, —que es a lo que se refiere la Quinta Enmienda con la Just Compensation Clause— a la consideración de la regulación sobre los usos de suelo como indemnizables, entendiendo la enmienda entonces como Regulatory Takings Clause.

El entendimiento y la aprehensión limitada del sentido dado en su origen a la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense son esenciales para que los tribunales tiendan a interpretarla en su justa medida.

En este sentido, al igual que en el período anterior, se comprueba que una parte de las normas del período fundacional imponía severas restricciones a la propiedad sin que cupiera indemnización alguna por su causa, si bien es cierto que era habitual el pago de una indemnización cuando el legislador se hacía físicamente con la propiedad para un uso público o legitimaba a terceros a hacerse con ella para que se destinara a un uso público.

La distinción entre la potestad expropiatoria o ablatoria de la Administración (*compensated appropriation*) y la regulación o potestad normativa no indemnizable (*uncompensated regulation*) es la pieza crítica del contexto histórico en el que se redactó la Quinta Enmienda —la llamada Just Compensation Clause en sentido estricto o Takings Clause en un sentido amplio— para incluir una acepción que diera una respuesta indemnizatoria.

pp. 782-887; *idem*, «The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment», en *Yale Law Journal*, 1985, vol. 94, pp. 694-716; Stephen A. SIEGEL, «Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: the Role of the Property-Privilege Distinction and "Takings" Jurisprudence», en *Southern California Law Review*, 1986, vol. 60, pp. 76-77; Kris W. KOBACH, «The Origins of Regulatory Takings: Setting the Record Straight», en *Utah Law Review*, 1996, vol. 1211, pp. 1265-1285.

Como decía antes⁴⁶, el primer sentido de la enmienda es la identificación de una *taking* como expropiación, es decir, como ejercicio de la potestad ablatoria de la Administración. Este es el sentido al que se referían los redactores de la Constitución —en concreto, Madison— y por ello el Congreso consideró que el único significado que debía ser constitucionalizado era aquel en el que se hacía referencia a la expropiación de la propiedad por razones de uso público y no a la legislación en cuanto limitadora de los usos del suelo (*land use regulation*) en general, ni en abstracto como elemento capaz de generar indemnización.

Fue, por lo tanto, la extensión metafórica realizada por la jurisprudencia a lo largo de todo el siglo xx la que se encargó de impregnar la Quinta Enmienda con esta acepción, de tal forma que se violaba o superaba —depende de cómo se interprete— su significación original.

2.3.3. *Bases constitucionales y jurisprudenciales de la normativa reguladora de los usos de suelo contemporánea a la aprobación de la Constitución*

De nuevo, Hart muestra, de forma extensiva y ampliada, cómo el núcleo de la regulación urbanística (*land use law*) aprobada entre 1776 y 1789 —fecha, esta última, de la aprobación de la Constitución y de la Declaración de Derechos del Hombre— y que inspiró la redacción de la Quinta Enmienda ampara una intervención pública sobre la propiedad que parece integrar deberes positivos y asimilar inherentemente su función social y que responde, por tanto, a la concepción hamiltoniana anteriormente expuesta.

Es interesante observar, además, que Madison, como legislador, conocía perfectamente este tipo de normativa urbanística reguladora de los usos del suelo. Él mismo había aprobado, como miembro del Congreso, gran número de disposiciones referentes al control de los usos del suelo en los territorios coloniales.

⁴⁶ *Vid. supra* p. 26.

Un sector doctrinal y jurisprudencial postula que, en los momentos de redacción de la Constitución, los propietarios norteamericanos tenían total libertad para usar sus tierras de cualquier forma (*for any purpose*), siempre que su uso no fuera perjudicial para la salud, la seguridad o la propiedad de otros.

La defensa de esta postura fue la premisa inicial para la construcción por parte de los tribunales de la doctrina de las *regulatory takings*, cuyo origen se basó en una supuesta tradición y un mayor peso de la doctrina de relaciones de vecindad (*nuisance law*), en comparación con la intervención administrativa sobre los usos de suelo (*salus populi*).

Sin embargo, siguiendo la interpretación hamiltoniana descrita anteriormente, cierto sector doctrinal ha sido muy crítico a la hora de valorar este tipo de afirmaciones, puesto que en este salto o extensión metafórica no existía una verdadera razón cultural ni un fundamento jurídico de peso. La jurisprudencia, desde la temprana sentencia Penn Coal de 1922, no ha explicado nunca de forma adecuada cuál es el mecanismo jurídico que permite a un juez partir de la Quinta Enmienda para revisar la normativa urbanística.

Lo más cerca que ha estado de hacerlo ha sido en momentos ya muy posteriores, como certeramente estima Hart, en la sentencia *Lucas v. South Carolina Coastal Council*⁴⁷ (en adelante, *Lucas*), en la que se afirma que la denominada Takings Clause de la Quinta Enmienda puede ser leída de forma que comprenda tanto la regulación como las privaciones físicas.

La crítica realizada en torno a esta construcción jurisprudencial se basa en la apropiación y calificación de lo que denomina «cultura constitucional», basada en el hecho de que cualquier regulación que limite el derecho de propiedad solo puede provenir de las relaciones de vecindad (*nuisance law*) y no puede venir impuesta por razones de interés público o de protección del bien común.

⁴⁷ *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 112 S. Ct. 2886 (1992).

Las discrepancias⁴⁸ surgieron debido a que las principales sentencias generadoras de la doctrina de las *regulatory takings* estaban fundamentadas en la opinión personal de los jueces ponentes de cada caso, especialmente en Penn Coal y en Mugler v. Kansas⁴⁹ (en adelante, Mugler). Estas sentencias se apoyaban igualmente en la consideración de la tradición histórica, pero interpretaban que esta mostraba una evolución en cuanto a la transformación de la regulación incidente en el derecho de propiedad, preexistente de forma coetánea al *nuisance law*.

Tal y como se indica en Mugler, el principio fundamental de que cada uno deba usar su propiedad de forma que no dañe a los demás llevaba implícito el *police power* que los Estados recibieron cuando la Constitución federal fue adoptada: «the fundamental principle that everyone shall so use his property as not wrong another embodied the regulatory power that belonged to the States when the Federal Constitution was adopted». Es decir, tan tradicional era la concepción del derecho de propiedad como la existencia de una regulación administrativa que incidiera sobre ella.

Así lo entiende también Hart, entre otros, al interpretar el contenido de estas sentencias. Puesto que Mugler estableció que esta regulación —orientada a «evitar el daño» (*harm-avoidance*)— definía o prefiguraba el poder regulador que los estados (*regulatory power*) intentaron retener cuando ratificaron la Enmienda XIV, y que, de hecho, retuvieron en 1887, fecha de la sentencia Mugler.

En Penn Coal (1922) esta tensión está en el trasfondo de la cuestión planteada. Así, el juez Holmes asumió este caso considerándolo de mayor alcance que los vistos hasta el momento: «[...] y consideramos que este caso va más allá de los que hasta el momento ha tratado este Tribunal. El incremento gradual en las restricciones de los aparentemente absolutos derechos de pro-

⁴⁸ *Vid.* al respecto, Robert BRAUNEIS, «The Foundation of Our «Regulatory Takings Jurisprudence»: The Myth and Meaning of Justice Holmes' Opinion in Pennsylvania Coal Co. v. Mahon», en *Yale Law Journal*, 1996, vol. 106, pp. 613, 666-70, 680-8.

⁴⁹ Mugler v. Kansas, 123 U. S. 623 (1887).

piedad en nombre del poder policial [de la Administración] han ido demasiado lejos»⁵⁰. Y este es el principio de la historia cuya evolución se revisa a continuación.

La posición doctrinal que defiende que hubo una transformación en la regulación —y no que no existiera previamente— ha sido confirmada por otras fuentes, no partidarias precisamente de la misma —lo cual es más meritorio—, sino más bien muy cercanas a las doctrinas favorecedoras de las *regulatory takings*. En este sentido, reconocidos autores, citados incluso por la jurisprudencia, no han dudado en invocar el argumento histórico vagamente demostrado para suplir la falta de fundamentación constitucional real.

La doctrina principal⁵¹ apoya esta supuesta transformación en la actividad administrativa (*government activity*): su paso de agente exclusivamente regulador de las relaciones de vecindad o de las actividades molestas (*nuisance law*) a la asunción de papeles en la regulación e implementación de otros usos del suelo.

Joseph Sax argumenta que la ampliación en la perspectiva de la regulación administrativa (*government regulation*) a partir de finales del siglo XIX propició que la distinción primigenia entre apropiación —*appropriation*, que es la dicción utilizada en la Takings Clause— y la regulación deviniera obsoleta.

En el mismo sentido entiende que entre la sentencia *Mugler* de 1887 y la *Penn Coal* de 1922 se percibe una importante transformación material en la Administración, la cual pasó de tener funciones que califica como de rudimentarias, estándares o de mera regulación —más que de apropiación— de los usos nocivos, inocentes o habituales de la propiedad a ejercer otro tipo de actividades mucho más intrusivas, como el *zoning* —el establecimiento de usos en las ciudades— o a dictar normas de con-

⁵⁰ «[...] we regard this case as going beyond any of the cases decided by this Court. The incremental qualification of seemingly absolute property rights in the name of police power had finally gone too far». *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, sentencia cit., 1978.

⁵¹ *Vid.* al respecto: Richard A. EPSTEIN, ob. cit., 1985; Joseph SAX, «Takings and the Police Power», en *Yale Law Journal*, 1965, vol. 74, pp. 36-76.

servación y otros tipos de normas reguladoras de la actividad económica. Esta transformación traería como consecuencia el menoscabo en la racionalidad de las distinciones conceptuales entre *seizure* y *regulation* —incautación y regulación—.

Sax mantiene que el impacto del *police power* —de la potestad normativa de la Administración—, definido, sin embargo, como cualitativamente distinto a la regulación tradicional de la propiedad privada, no podía, ni mucho menos, ser ignorado. Entiende que, en un determinado momento a finales del siglo XIX, la regulación de los usos de la propiedad se extendiera no solo a los usos prohibidos (*nuisance law*), sino también a los usos permitidos, lo que coincide con la interpretación histórica sostenida por la jurisprudencia desde las sentencias *Mugler* y *Penn Coal*.

La calificación jurídica que se pretende dar se apoya —como entiende en este mismo sentido Epstein— en que en los momentos en los que se redactó la denominada Takings Clause no existía un ámbito de intervención pública —con carácter regulador— tan fuerte como el que empezó a desarrollarse en el último tercio del siglo XIX y, por ello, la extensión de la garantía indemnizatoria ofrecida por la Takings Clause para casos de apropiación física de la propiedad —ergo, expropiación por razón de uso público— debería ser extendida implícitamente a la normativa que tuviera los mismos efectos. Es decir, se llama a una interpretación dinámica, extensiva y amplia del precepto constitucional, de la Quinta Enmienda.

El problema que se plantea a partir de este momento es que, implícitamente, se están identificando acciones de diferente naturaleza: la potestad normativa de la Administración (*police power*) frente a la potestad expropiatoria, cuyos fines y garantías, consecuentemente, deberían ser diferentes. Es evidente que la primera garantía de la potestad expropiatoria es la legitimación y la determinación clara de cuál haya de ser el uso público y la segunda la indemnización que se reciba por esa privación. Sin embargo, en el caso de la potestad normativa, la garantía deberá asirse al principio de legalidad que se enraíza en otro principio y en otra cláusula constitucional, la Due Process Clause.

En esta interpretación histórica hay una ampliación de lo que debe considerarse la legislación que afecta al derecho de propiedad, se parte de los usos *prohibidos* (*nuisance law*) para llegar a los usos permitidos, con los que identifica el *regulatory power*. No es indiferente la calificación jurídica que reciban. Lo importante serán las garantías y los límites que existan en el ejercicio de ese poder y la no desvirtuación de su naturaleza jurídica, la regulación es regulación, la expropiación es expropiación.

En estos momentos previos de descripción de las causas o las formas de este modelo de intervención sobre los usos del suelo, es muy importante analizar, no solo las formas que adopta —en cuanto a los pasos que legislativa y jurisprudencialmente se van dando—, sino a qué problemas o circunstancias concretas responde la normativa y la jurisprudencia, lo cual es más importante en el derecho estadounidense. Esta es la clave que distinguirá el funcionamiento y la lógica del sistema. De hecho, a quienes comparten esta perspectiva hablar de sistema les provoca un rechazo, incluso, físico.

El derecho estadounidense —el *rule of law*— avanza y responde a situaciones concretas. No existe un imperio de la ley absolutizador de la misma, la norma está más pegada a la realidad porque resuelve —o intenta resolver— situaciones, problemas jurídicos y económicos que impidan la construcción dinámica y operativa del Estado.

Se verá claramente más adelante con el estudio de la zonificación⁵², técnica que intenta dar respuesta —no sé si por la vía equivocada— a un problema también real: el de la indefensión ante el aumento, quizás desordenado, de la intervención administrativa normativa y ante su incapacidad de control sobre esta intervención.

Como muestra la copiosa legislación aprobada durante el período entre 1776 y 1789 —en la que se implicaban restricciones al uso de la propiedad—, la propiedad no estaba imbuida, ni mucho menos, por el paradigma del *public welfare* —que ins-

⁵² *Vid. infra* § 3.2.

pira la regulación impositiva actual—, sino que más bien muestra la lógica sociológica y jurídica de la construcción de los Estados Unidos, que no es exclusivamente una construcción individual. Es fundamental no perder de vista este aspecto, que determinará muchas veces el grado de aceptación de la normativa y que pierda o no su sentido de construcción comunitaria de algo mayor a ellos mismos.

El legislador perseguía una gran variedad de fines y objetivos públicos, pero lo que toda esta normativa tenía en común era que incitaba a los propietarios a contribuir a favor de la comunidad en forma de externalidades positivas, derivadas del uso de su propiedad —la idea hamiltoniana antes apuntada⁵³—. La normativa coercitiva promovía usos de la propiedad privada que la comunidad asumía como propicios para el logro del bienestar.

Dentro del amplio abanico de medidas que ofrece la normativa aprobada en este período, destacan, entre otras, las siguientes:

Normativas de carácter estético

Además de las condiciones y cláusulas de orden estético impuestas en aquellos terrenos aún conquistables o edificables que fueron cayendo en desuso por entenderse que restringían el libre comercio y la posibilidad de venta o transmisión de las mismas, las ordenanzas estatales muestran un amplio elenco de medidas restrictivas del derecho de propiedad por razones estéticas.

Así, la ciudad de Nueva York⁵⁴ —absolutamente significativa, pues será en ella donde surja la técnica de la zonificación desde una época muy temprana— estableció que los edificios debían regularse con uniformidad y autorizó al Consejo municipal a aprobar ordenanzas, reglas y órdenes para disponer de una mejor regulación y una organización uniforme de los nuevos edificios.

⁵³ *Vid. supra* § 2.3.a.

⁵⁴ Citada por John F. HART, «Act of April 16, 1787», en *Laws and Ordinances of the City of New York*, Hugh GAINÉ (ed.), Nueva York, 1793.

Asimismo, creó la figura del *surveyor* para garantizar que este tipo de normativas estéticas fueran cumplidas.

Sobre este tema, Thomas Jefferson, refiriéndose a Washington D. C., escribió:

Dudo bastante de que la obligación de construir casas a una distancia determinada de la calle contribuya a su belleza. Produce una monotonía desagradable [...] La práctica contraria varía la apariencia y es mucho más conveniente para sus habitantes⁵⁵.

Penalización por la retención de solares

En ocasiones, los legisladores persiguieron políticas más amplias de promoción e incentivación del uso proactivo de la propiedad privada, penalizando de forma genérica su posesión pasiva. Este objetivo se vinculaba directamente con la idea lockeana de propiedad, según la cual es propietario quien la usa.

El fundamento de este tipo de medidas residía en la idea de que la posesión de terrenos pasivos o baldíos no era razonable si frustraba o impedía el desarrollo económico. Tras la independencia, los legisladores norteamericanos emplearon una gran variedad de medidas regulatorias con el fin de penalizar la posesión inactiva del suelo y así estimular el desarrollo. El estado de Baltimore, entre otros, articuló la posibilidad de confiscar las tierras concedidas (*forfeiture*) en caso de que estas no fueran ocupadas o mejoradas, incluso cuando en la concesión original no se establecieran medidas de este tipo.

Esta es una versión muy primigenia de la llamada expropiación-sanción que en España articulaba la ley de expropiación forzosa de 1879, en caso de que los solares no fueran edificados dentro del plazo señalado. En Estados Unidos, esta ley respondía a una concepción estatutaria que también estaba implícita en

⁵⁵ Thomas JEFFERSON, *The Papers of Thomas Jefferson*, Julian P. BOYD (ed.), vol. 17, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1965.

España en aquel momento y que se había dado en otros momentos históricos en las tierras de conquista.

Igualmente, las ordenanzas de la ciudad de James City en Virginia —por aquel entonces colonia de Plymouth— y las de New Amsterdam —la antigua Nueva York— establecían la vinculación de la necesidad de que las tierras fueran usadas y ocupadas —amortizadas—, es decir, destinadas más a un incipiente interés general, clasificado como el mantenimiento y la fortaleza de la sociedad (*the maintenance and strenght of society*), que al desarrollo económico en exclusiva.

Quizás los ejemplos más significativos de este tipo de medidas confiscatorias o ablatorias de la propiedad —en caso de que esta no fuera debidamente explotada, utilizada y ocupada— sean las establecidas en el estado de Virginia para la ciudad de Kentucky. Aunque el contenido no difería en gran medida de las anteriormente mencionadas, se refieren a la posibilidad de desocupar o revertir las tierras en caso de que estas no fueran utilizadas, usadas y explotadas debidamente en un plazo de tiempo y siempre que existiera un tercero interesado en su desarrollo. El interés de estas medidas radica en que fue James Madison —redactor de la Quinta Enmienda y miembro del Parlamento de Virginia al aprobarse el decreto de separación de Kentucky— quien las presentó en el Parlamento federal. El mismo Madison redactó la Takings Clause, a sabiendas de la existencia de este tipo de medidas legales no expropiatorias, no indemnizables, provenientes de la Constitución del estado de Kentucky entre otras. Por lo tanto, Madison —autor de la Takings Clause— aceptó implícitamente, sin mediar protesta alguna, la validez de una norma extremadamente intervencionista sobre política de suelo (*land use policy*).

En definitiva, la legislación estadounidense que abarca el período entre 1776 y 1789 supone una continuidad a la legislación previa, en cuanto a la intervención pública sobre los usos de suelo. Y a pesar de que en algunos casos se establecían medidas muy severas —como la reversión de los terrenos concedidos en caso de infrautilización o ausencia de explotación económica—,

no fue —como se ha visto⁵⁶— una legislación especialmente controvertida.

Esta regulación no chocaba con la Quinta Enmienda, sino que ambas convivían pacíficamente —como también lo hacían con la filosofía política tradicional—, manteniendo que la propiedad de los bienes no era un derecho absoluto que eximía al propietario individual del control público (*corporate oversight*), sino que era más bien un derecho de administración (*stewardship right*) que se confiaba a la comunidad (*entrusted to the public*)⁵⁷.

Como irónicamente concluye Hart⁵⁸, el supuesto derecho original de hacer cualquier cosa —o de no hacer nada— en la propiedad no había sido «inventado» todavía. Es más, las Cortes estadounidenses estaban constituidas enteramente por propietarios de suelo, por lo que podemos presumir que la legislación sobre los usos de suelo servía a los objetivos de muchos de sus componentes.

La existencia de esta serie de antecedentes normativos —muy abundantes, aunque estuvieran dispersos— y el silencio de los Framers o Padres Fundadores y redactores de la Constitución hacen que la extensa serie de medidas contemporáneas relativas al uso del suelo sean fundamentales para el entendimiento y la interpretación del sentido original de la Takings Clause.

Estas medidas mostraban una asunción del *statu quo* de las incipientes políticas de suelo en Estados Unidos (*land use policy*), en el que la regulación de los usos de suelo no había sido nunca objeto de indemnización —justa o no «just compensation»—, salvo en los casos en los que se daba una apropiación o privación física y real del terreno. Se aprecia, por lo tanto —en contra de la construcción de mitos parciales—, una distinción clara entre la denominada *compensated appropriation* y la *uncompensated regulation*.

⁵⁶ *Vid. supra* § 2.3.

⁵⁷ *Vid.*, Barry Alan SHAIN, *The Myth of American Individualism: The Protestant Origins of American Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994.

⁵⁸ John F. HART, art. cit., 1996.

De la superposición e identificación analógica —«como si de una expropiación se tratara»— de ambas categorías es de donde surgirá la doctrina de las *regulatory takings*, que se entendieron como expropiaciones o apropiaciones legislativas, como *compensated regulations*, es decir, susceptibles de ser indemnizadas.

Por lo tanto, teniendo en cuenta esta distinción originaria, la clave —discutible o no— se encontraba en definir los casos en los que la propiedad privada podía destinarse a un uso público y no el hecho de que el propietario perdiera parte —o todo— del valor de su propiedad. En contra de una supuesta tradición legislativa y de un sentimiento a favor de la propiedad (*pro-property sentiment*), el Congreso escogió el verbo *take* para indicar que la expropiación tenía su sentido tradicional pleno y completo. No sería hasta décadas más tarde cuando este significado literal y pleno —que identificaba el *taken* con un acto expropiatorio o ablatorio— sería ampliado metafóricamente, incorporando cualquier regulación que pudiera suponer una disminución del valor de la propiedad privada.

Los autores que apoyan esta tesis continuista y defensora de una tradición de fuerte intervención pública sobre el derecho de propiedad mantienen en sus conclusiones que si el Congreso hubiera querido cambiar las fronteras entre el poder público (*public power*) y las prerrogativas privadas —de forma que tanto la expropiación como la regulación pudieran ser indemnizables y, por tanto, amparadas por la Takings Clause de la Quinta Enmienda—, esto hubiera supuesto una gran novedad y una ruptura importante. Una ruptura de este calibre no podría haber pasado desapercibida. De haberse producido el cambio debería poder desprenderse, con claridad, de la redacción de las cláusulas constitucionales y de los comentarios realizados por los contemporáneos de la época, pero no hubo debate alguno sobre este punto.

De este intento por resituar en su debido lugar y equilibrio los antecedentes históricos se desprenden varias conclusiones de interés en la actualidad. Tras casi un siglo de construcción jurisprudencial de una teoría sobre las *regulatory takings*, el juez Scalia recogió el guante lanzado por este amplio sector doctrinal en la reciente sentencia *Kelo*, que supuso un ¡hasta aquí hemos llegado!

y una llamada a la reconducción del debate en sus justos términos o al menos en los términos originarios.

En la dialéctica contemporánea, esta corriente —resonante de la que anteriormente calificamos como función social hamiltoniana—, su repercusión en la idea de propiedad —entendida como libertad negativa, traducción de lo que en España es un derecho-deber— y las obligaciones derivadas de la misma se erigen como distintivo de una noción de la propiedad y del aprovechamiento de la energía individual de la que se sirve un Estado activo e impulsor del bien de la comunidad.

En la práctica, la existencia en Estados Unidos de una propiedad que deba aprovecharse en beneficio del desarrollo colectivo no ha sido ajena al desarrollo normativo sobre la misma.

Estos ecos históricos son de especial interés porque proporcionan un modo de entender la envergadura de determinadas controversias acerca del uso de la expropiación forzosa (*eminent domain*), como consecuencia del desarrollo económico, confirmadas en *Kelo*, en la que los votos disidentes emitidos por la jueza O'Connor y el juez Thomas enfatizan y recalcan la violencia ejercida hacia las normas fundamentales del derecho de propiedad.

Para la jueza O'Connor, *Kelo* suponía que «la mayoría abandon[ase] la antigua limitación básica del poder del Gobierno que prohíbe la transferencia compensada de un particular a otro»⁵⁹ y que la usaría de forma que fuera lo más beneficioso para la comunidad.

El juez Thomas fue incluso más lejos en su opinión disidente, retomando las palabras de Blackstone, argumentó que «la ley de la tierra [...] pospone incluso la necesidad pública de derechos sagrados e inviolables de propiedad privada»⁶⁰. Sin embargo, el juez Kennedy, respaldado por la mayoría de los jueces, en su alo-

⁵⁹ «[...] the majority abandoned the long-held basic limitation on government power that bars a compensated transfer from one private to another». *Kelo v. City of New London*, sentencia cit., 2005.

⁶⁰ «[...] the law of the land [...] postpone[s] even public necessity to the sacred and inviolable rights of private property». *Ibidem*.

cución respondió a estas afirmaciones enfatizando la importancia del respeto a los tribunales y al proceso político apuntalado en la potestad discrecional de la Administración.

Otra forma de interpretar la sentencia Kelo y lo que esta representa en este debate puede encontrarse en la cita que el juez Stevens hace de algunos casos tempranos de principios del siglo XX, en los que se trataban disputas sobre la resistencia al apoyo público por parte del desarrollo privado. Para reforzar su lectura de la consolidada interpretación jurisprudencial sobre la amplitud (*breadth*) del concepto de uso público, el juez Stevens trae a colación algunos casos muy tempranos en los que se permitió a los propietarios de unos molinos inundar tierras colindantes⁶¹.

La importancia de estas sentencias deriva, al igual que la de la normativa a la que se hacía referencia anteriormente, no solo de que estas sentencias confirmen los postulados jurídicos mantenidos en Kelo —que doctrinalmente son impecables—, sino sobre todo, porque reiteran la continuidad de la corriente hamiltoniana, basada en la obligación de los propietarios de favorecer activamente el progreso del bien común. De nuevo, son muestras de cómo determinadas decisiones colectivas —que fuerzan el uso productivo de la propiedad y que obligan a los propietarios a extender los recursos comunes a favor de la comunidad— están, al menos, tan enraizadas en la cultura jurídica norteamericana como la concepción lockeana absolutista que retoman por su parte los jueces Thomas y O'Connor en sus votos disidentes, bastante cargados de buenas dosis de paroxismo interpretativo.

Este hecho no quita, sin embargo, que no debamos plantearnos qué puede justificar normativamente los sacrificios que los propietarios en Kelo fueron obligados a llevar a cabo. Pero la cuestión que se aborda aquí no estriba en la defensa de lo que consiguió New London⁶² —gracias a las medidas expropiatorias en beneficio de un tercer beneficiario privado—, sino que lo

⁶¹ Dayton Gold & Silver Mining Co. v. Seawell, 11 Nev. 394, 409-10 (1876).

⁶² Vid. *infra* § 4.2.3.1., p. 209.

importante es aceptar que ha existido un reconocimiento de las obligaciones de la propiedad en beneficio y priorización del uso productivo de la misma y que esto entronca con el linaje de la cultura del derecho de propiedad en Estados Unidos.

Enmarcados asimismo dentro de este conocimiento vernacular y tradicional de la propiedad en Estados Unidos desde una perspectiva hamiltoniana, Davidson⁶³ encuentra también ecos de esta percepción en otras materias afines al derecho de propiedad y al desarrollo económico local. Se han comparado las controversias en torno a la Federal Communication Commission (FCC) y la ubicación del espectro electromagnético con cuestiones similares respecto al equilibrio entre las fuerzas del mercado y los derechos privados en terrenos públicos.

Todo ello refleja un debate muy vivo, del que se hacen eco la prensa especializada y los analistas políticos y que, de forma muy plástica, se plantea en distintos medios: «En el país hay dos partidos, pero existen tres movimientos⁶⁴. Este es, sin duda, exactamente el mismo debate que se suscita en torno al derecho de propiedad y los usos del suelo que se han expuesto anteriormente aquí.

Por las poderosas y muy tangibles razones que se han ido desgranando hasta aquí, es posible afirmar que, aunque la función social de la propiedad en Estados Unidos no parece ser la primera que se nos ocurre cuando discutimos sobre ello, esta cuestión está cambiando. El cambio es sustantivo, pues la concepción social nacida de Duguit, según la cual la propiedad debe servir en beneficio del bien común, no es ajena a la cultura norteamericana.

Tomar en serio la naturaleza integrada de la función social de la propiedad implica abstenerse de emitir valoraciones universales excesivas y adentrarse en la multiplicidad de soluciones que la legislación y la jurisprudencia han ido desarrollando en este sen-

⁶³ Nestor M. DAVIDSON, art. cit., 2011.

⁶⁴ «We've got two parties in the country but we've got three movements».

tido para dar respuesta a determinados retos. En esta tradición, que se ha mostrado aquí someramente, el bien de la comunidad y el bien común (*the good of the community and the Commonwealth*) eran inherentes al significado mismo de la propiedad y no un hecho impuesto por un derecho prepolítico, lo que implica que el derecho de propiedad incluía obligaciones positivas de las que se desprendía cierto dinamismo que favoreciera la productividad.

La identificación de esta aproximación empresarial con el dinamismo de la propiedad en los Estados Unidos como parte del contenido esencial de la propiedad no es simplemente la defensa de un deseo normativo, sino que muestra que en la lucha por determinar el significado de lo que la función social de la propiedad ha tenido en el contexto estadounidense se encuentra la resonancia del legado de Duguit, lo cual es muy instructivo.

La construcción jurisprudencial de la doctrina sobre las *takings* —que, como ya se ha aclarado más arriba, no pretende otra cosa que identificar la intervención normativa pública con un acto expropiatorio de forma que sea indemnizable— no afirma que las *regulatory takings*, es decir, la regulación expropiatoria o ablatoria compensada, esté basada en su significado original o en su significado pleno y completo. De hecho parece improbable e incierto que el Alto Tribunal se considerara forzado a adoptar o dar ningún peso al sentido original de la Takings Clause. Sino que, fue construida independientemente de todo el trasfondo normativo y de los antecedentes que se han mostrado hasta aquí, que reflejan la existencia de una normativa pública muy vigorosa en cuanto al control de los usos del suelo.

A pesar de todo, en *Kelo*, el Tribunal se mostró inclinado a decidir las cuestiones relativas a la posible existencia de determinadas *regulatory takings* como un asunto *stare decisis*. Si bien se trataba de un *stare decisis* muy selectivo —que es la crítica que hacen determinados autores a esta postura—, en tanto que hizo que prevalecieran en la «tradición jurisprudencial» sentencias como *Penn Coal* frente a otro gran número de sentencias con-

temporáneas y contrarias a esta construcción jurídica⁶⁵, es decir, a la consideración de que si la legislación va demasiado lejos puede entenderse como una expropiación y por tanto ser indemnizable.

La casi burlona afirmación del juez Holmes en *Penn Coal*, en la que aparece la propiedad como «seemingly absolute» bajo el paraguas constitucional, no es cierta. Asimismo su caracterización del *police power* bajo la expresión «petty larceny» —un pequeño hurto— es inapropiada, por lo que la doctrina sobre las *regulatory takings*, construida en su nombre, requiere una profunda revisión.

La Takings Clause no supuso una transformación en los límites del *police power* y esos aparentes derechos durmientes no se evaporan con el paso del tiempo. No ha habido por tanto, a partir de la introducción de la Quinta Enmienda, una renuncia —ni expresa ni tácita— a la intervención no indemnizatoria sobre los usos del suelo. Tampoco la hubo en el siglo XIX, con el nacimiento de las modernas y masivas técnicas normativas de intervención en los usos de suelo adaptadas a las nuevas circunstancias históricas, como la zonificación.

Pero la ampliación del ámbito de intervención de la normativa —fundamentada en el cambio o en la variación de la actividad económica y prevista en principio para la concesión de la explotación de la tierra y su conquista— a la necesidad de su puesta en producción y valor económico del *police power* en la expropiación para la construcción del ferrocarril muestra el cambio de escala de la capacidad de intervención pública, en este caso en los usos de suelo, y en cualquier otro ámbito⁶⁶ en la legislación que descansa sobre el derecho de propiedad en el período fundacional.

⁶⁵ Entre otras: *Penn. Central. Transp. Co v. New York City*, 438 U. S. 104 (1978); *Goldblatt et al. v. Town of Hempstead*, 369 U. S. 590 (1962); *Miller v. Schoene*, 276 US 272 (1928) y *Hadacheck v. Sebastian*, 239 U. S. 394 (115).

⁶⁶ *Vid.*, entre otros, Alberto RUIZ OJEDA, «La regulación económica y sus eslabones perdidos», en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ y J. F. VILLAR ROJAS (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 1188 y ss.

La regulación profusa sobre los usos de suelo era pues parte del poder perteneciente a los estados cuando se aprobó la Constitución federal y no parece que en aquel momento se produjera ninguna cesión del mismo.

La introducción de la denominada Due Process Clause de la Quinta Enmienda, es decir, el sometimiento al principio de legalidad y la exigencia de procedimientos concretos en la aprobación de la normativa, en el caso del derecho de propiedad no supuso una limitación del *police power* en cuanto a la materia misma, sino más bien un aumento de las garantías procedimentales necesarias para la aprobación de normas restrictivas de los derechos de propiedad.

Como ya dije en la introducción, a partir de esa metáfora consuetudinaria, la jurisprudencia construye una teoría en torno a la existencia de una normativa de indemnización aplicable en determinados casos, dejando de lado una tradición normativa más importante, que legitimaba la intervención de la Administración en determinados ámbitos.

El control judicial en este sentido debería haberse centrado, no tanto en la exigencia de una indemnización o no, sino en la exigencia de los procedimientos legales que garantizaran la legitimidad de esa norma y su adecuación al ordenamiento constitucional.

2.4. Regulación de los usos del suelo y de la propiedad en el siglo XIX. La sucesiva ampliación del concepto de indemnización en la expropiación. Hacia la búsqueda de un equilibrio

Durante el siglo XIX se mantiene y permanece la tensión normativa y jurisprudencial en torno a los usos del suelo y a la propiedad. Durante la primera mitad del siglo XIX la legislación urbanística se limitó al ámbito de la expropiación (*eminent domain and indirect injuries*). Mientras que la jurisprudencia era poco proclive a las indemnizaciones, debido a ciertas consideraciones que existían sobre la propiedad y sobre el bien común. Para algu-

nos, el derecho de propiedad tenía un carácter eminentemente físico, que apelaba exclusivamente al derecho a poseer suelo, tierra. Por otro lado, existía una apreciación positiva, incluso por parte del expropiado, respecto a los beneficios públicos que se obtenían con las expropiaciones.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX, las circunstancias económicas fueron forzando e imponiendo nuevas pautas de actuación y demandaban otras necesidades jurídicas y económicas, que se reflejaron en un cambio de actitud jurisprudencial.

El desarrollo y la evolución de las doctrinas acerca de la regulación urbanística (*land use regulation*), junto con la concomitante y paralela evolución del concepto de *compensable takings*⁶⁷ o derechos indemnizables continuarán en el siglo XIX en unas circunstancias históricas cruciales para el desarrollo urbanístico. No en vano el segundo tercio del siglo XIX es el de la creación y la explosión de las ciudades modernas.

Al tiempo que Estados Unidos se movía hacia un período de rápida expansión económica y urbanizadora, se produjo de forma paulatina una reconceptualización y reorientación social e institucional a propósito de la intervención pública en la ciudad, que tendrá su reflejo también en el ámbito urbanístico.

En respuesta a la necesidad de promover el desarrollo económico y comercial creando las infraestructuras de transporte necesarias, los gobiernos estatales concedieron la capacidad de hacer beneficiarios de la expropiación a empresas privadas. Esta capacidad de ejercer la potestad expropiatoria se completaba con una estrecha y estricta definición del tipo de expropiación que podían llevar a cabo y la necesidad de indemnizar a cambio. Si bien estas primeras disposiciones legitimadoras de la expropiación concedidas a las empresas privadas no eran, en principio, de aplicación para la resolución de los problemas generados por el desarrollo urbanístico (*urban development*).

⁶⁷ Scott M. REZNICK, «Land Use Regulation and the Concept of Takings in Nineteenth Century America», en *University of Chicago Law Review*, 1973, vol. 40, n.º 4, pp. 854 y 872.

Cuando, a mediados del siglo XIX, los problemas urbanos se incrementaron, el ámbito de intervención del *police power* creció. Algunos entendieron este hecho como una ampliación, en positivo, de la normativa sobre actividades molestas (*nuisance law*), mientras que para otros —como expone Hart⁶⁸— suponía la continuación de la normativa pública limitadora de la propiedad. Según esta segunda interpretación, las intervenciones —amplias, aunque puntuales— que la propia realidad social y económica exigían se transformaron en una legislación general anente basada en el *police power*.

En estos primeros momentos del siglo XIX el concepto de *compensable takings* no se aplicaba al *police power* porque este se veía como el verdadero garante y protector de la sociedad en sí misma. No fue hasta bien entrado el siglo XIX, hacia finales de la década de los 70, cuando —desde la perspectiva de la potestad expropiatoria (*eminent domain doctrine*)— se comenzó a desarrollar una definición más amplia de las *compensable takings*.

También fue entonces cuando el ejercicio del *police power* se impuso con respecto al conjunto de los derechos afectados por la expropiación forzosa (*bundle of rights*). Como consecuencia, se introdujo un límite potencial al alcance y al ámbito de aplicación de las acciones administrativas.

El problema —a mi juicio— se encuentra en el modo en que se produjo este paso. La consideración de una norma como una expropiación solo puede ser fruto de la ruptura del concepto físico de propiedad, de otro modo la expropiación siempre exige que haya una *trahitio*. En el fondo de esta nueva tendencia, que equipara la normativa a una expropiación, hay algo de fraude —o, si suena excesivo, una ficción— porque la titularidad sobre los terrenos se mantiene. Entonces, ¿qué ocurriría si después la normativa volviera a cambiar y otorgara privilegios al *bundle of rights*? Resultaría que el propietario saldría beneficiado doblemente: en una primera ocasión por la regulación calificada como expropiatoria y en una segunda por el cambio en la norma que pudiera

⁶⁸ John F. HART, art. cit., 1996.

beneficiarle. Ni la legislación ni la jurisprudencia han solventado este aspecto hasta ahora.

Desde una perspectiva jurídico-constitucional, la primera mitad del siglo XIX supuso la sucesiva implementación, por parte de los estados federales, de la cláusula de obligación de compensación en caso de expropiación. Si bien los tribunales fueron delimitando paralelamente qué tipo de acciones gubernamentales —propias o autorizadas por la Administración— suponían una interferencia tal en la propiedad que pudiera constituir una acción indemnizable (*compensable taking*).

Estas decisiones eran un claro reflejo de la tensión existente a lo largo de todo el siglo XIX como consecuencia de las diferencias que había en torno al concepto de derecho de propiedad. En los casos en los que el derecho de propiedad era concebido como un bien tangible se rechazaba cualquier indemnización si no existía una apropiación física. Sin embargo, si la propiedad se consideraba como un conjunto de intereses legales emanados de la propiedad, entonces su fragmentación permitía indemnizar el derecho, el valor privado, y mantener la titularidad, en este caso, del suelo.

La potestad expropiatoria devino, durante este período, en una herramienta muy útil para la construcción del país. A partir de 1825, con la apertura del canal del Erie, se inició la rápida expansión hacia el continente y, con ella, la creación de nuevos mercados que fueron posibles gracias a la implantación de una potente red de transportes. La expropiación funcionó como una herramienta fundamental, puesto que hacía que las inversiones fueran más seguras y deseables y proporcionaba capital transformando tierras en dinero, de forma que los estados garantizaban lo que calificaban como «valiosos derechos y concesiones para los franquiciados» (*valuable rights and concessions to the franchise holders*).

El problema de fondo es, por lo tanto, la delimitación de la potestad expropiatoria, del uso público y de los beneficiarios de la misma. Esta cuestión se convertirá en uno de los problemas centrales que planteará la doctrina americana con posterioridad, si bien todo nace aquí, en términos aún sencillos y comprensibles.

Los beneficios derivados del ejercicio de la potestad expropiatoria se incrementaron gracias al desarrollo doctrinal que estrechaba el ámbito de los derechos indemnizables basándose en un concepto del derecho de propiedad como propiedad física. Estos beneficios se aplicaban tanto a proyectos estatales, como a las empresas privadas concesionarias más importantes. La expropiación funcionaba como un mecanismo jurídico que hacía posible el mercado, de ahí su éxito y la ausencia de rechazo.

En este sentido se manifestaron algunas sentencias de interés: en la temprana *Callender v. Marsh*⁶⁹ el tribunal sostuvo que un cambio drástico en una calle no era indemnizable, en tanto que el carácter indemnizable de una acción se había restringido a los casos en los que la propiedad era de hecho tomada por la Administración. Se detallaba, en este sentido, que los propietarios debían soportar ciertos riesgos contra las doctrinas sobre la justa compensación.

En este mismo sentido, en *Lansing v. Smith*⁷⁰, el tribunal aplicó de forma estricta la doctrina de los derechos indemnizables (*compensable takings*) para impulsar el desarrollo del transporte. Estableció que la limitación se debía soportar como parte del precio de las ventajas de vivir en sociedad, lo que se fundaba sobre el principio de que el bien general debe prevalecer sobre la conveniencia parcial individual⁷¹.

⁶⁹ *Callender v. Marsh*, 18 Mass. (1 Pick.) 418, 430-31 (1823), citada por REZNICK, art. cit., 1973. Desde la doctrina no siempre se ha destacado la importancia de esta jurisprudencia inicial sobre la expropiación forzosa, como se ha puesto de relieve anteriormente con respecto a la normativa de intervención pública en los siglos XVII y XVIII (*vid. supra* § 2.2.), y como lo manifiestan igualmente algunos autores, *vid.*: Morton J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1860 (Studies in Legal History)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977.

⁷⁰ *Lansing v. Smith*, 8 Cow. 146 N. Y. (1828), citada por REZNICK, art. cit., 1973.

⁷¹ «Where the injury sustained is remote and consequential, it is *damnum absque injuria*, and it is so to be borne as a part of the price to be paid for the advantages of social condition. This is founded upon the principle that the general good is to prevail over partial individual convenience». *Ibidem*.

Por tanto, la doctrina que partía de esta jurisprudencia temprana se basaba en que la propiedad podía ser expropiada en un sentido físico y la indemnización por esta privación solo cabía en caso de que la privación superara un determinado valor (*amount a fee interest*). Esta fue la doctrina prevalente desde 1825 hasta 1870.

A partir de 1870, la urbanización masiva y el crecimiento de las ciudades fueron, en Estados Unidos, factores dominantes y preocupantes, debido a la velocidad y el descontrol con que se produjeron. Eran los momentos previos al establecimiento del invento importado, si vale tal contradicción, de la técnica de zonificación.

Los problemas que la Administración debía encarar en aquellos momentos eran radicalmente diferentes a los del período anterior, la principal necesidad era la del desarrollo de los medios de transporte y las grandes infraestructuras. El fin público de la actividad administrativa expropiatoria sería ahora la necesidad de dirigir y controlar el proceso y las consecuencias del desarrollo urbano privado e introducir elementos de desarrollo público, tanto en el planeamiento como en el control del proceso de crecimiento y de expansión urbanas.

Fue en esos momentos cuando empezó a surgir una auténtica organización pública de los servicios comunes, pasando de una organización basada en la organización voluntaria privada a una distribución y organización pública del sistema, que partía de la autoridad pública (*governmental authority*).

Era necesaria la implantación de un sistema completo de intervención pública en la ciudad, que no fuera costoso y que reflejara la amplia variedad de intereses surgidos en una sociedad compleja y en crecimiento. Este sistema debía, además, generar seguridad en los usos permitidos en la ciudad, de forma que se garantizara la necesaria estabilidad jurídica que propiciara el crecimiento económico.

Pero, el cambio de escala ya no requería una actuación individual y concreta en un determinado caso, sino la ampliación de las prerrogativas públicas. El objetivo ya no era hacerse con

una propiedad y concederla a un tercero, sino establecer una clara delimitación de los usos a los que pudieran destinarse los terrenos en todo un ámbito o circunscripción local. No se trataba ya de un acto expropiatorio, sino de una normativa con una doble vocación: generalizada en el espacio y perpetuada en el tiempo.

Si bien, existen suficientes antecedentes como para mostrar que el poder de policía y la normativa limitadora y delimitadora de la propiedad se aplicaban habitualmente en Estados Unidos, no es menos cierto que hasta el momento nunca se habían dado a escala global, territorial.

En las ciudades, la intervención normativa, sin que mediara indemnización, se había dado en casos de extraordinaria y urgente necesidad (*overruling necessity*), sin que se exigiera nunca compensación en el ejercicio de esta potestad. La jurisprudencia, nacida de las regulaciones originadas por causa de esa *overruling necessity*, negaba sistemáticamente cualquier posibilidad de indemnización. En algunos casos se apelaba expresamente al concepto de interés general (*general welfare*) para justificar el ejercicio del poder de policía (*police power*).

Sin embargo, esta normativa limitadora de los usos de la propiedad comenzó a operar como un antecedente jurídico, lo que llevó a la jurisprudencia a interpretarla y a aplicarla en ámbitos —digamos— de no tanta urgencia. Poco a poco, dentro de esta interpretación, se llegó al cuestionamiento de que la nueva regulación limitadora de los usos de la propiedad pudiera tener cabida y no devengara derecho indemnizatorio alguno.

De hecho, en distintas sentencias, el juez Shaw enarboló y anunció ya de forma precoz e incipiente esta idea. En *Commonwealth v. Tewksbury*⁷² superó, en primer lugar, el esquema conceptual de la urgente necesidad y la legislación sobre actividades molestas para afirmar que la regulación sobre los usos de la propiedad no podía ser considerada como una expropiación, sino más bien una determinación legislativa legítima, encami-

⁷² *Commonwealth v. Tewksbury*, 52 Mass. (11 Met.) 55 (1846).

nada a restringir usos incompatibles o perjudiciales con los derechos del público⁷³.

El juez Shaw, en algún momento, llegó a establecer un cierto vínculo entre la regulación y la indemnización al afirmar la dificultad para distinguirlos o para crear una norma general que marcara la línea de separación entre ambas. Sin embargo, esta idea —que es la piedra angular de las posturas favorables a las *regulatory takings*— no fue más que intuita y atisbada por el juez Shaw. Fue el juez Holmes quien la recogió en su plenitud al establecer la posibilidad de identificación de la regulación sobre los usos de la propiedad con la expropiación y, por tanto, la necesidad de generar una compensación indemnizatoria por su privación.

Hasta la aparición del juez Holmes, Shaw había realizado una de las exposiciones más claras acerca de los límites y del contenido del —aunque preexistente, ahora redimensionado— *police power*. Sostuvo que este no debía ser considerado como una expropiación, ya que se interpretaba que la propiedad se adquiría y se mantenía bajo la condición tácita de que su uso no perjudicara a otros o —y esto es lo más sobresaliente— a los derechos públicos ni a los intereses de la comunidad.

Respondía a una marcadísima definición social de la propiedad al afirmar que toda propiedad en la confederación de estados se derivaba directa o indirectamente del Gobierno y estaba sujeta a las regulaciones generales que fueran necesarias para el bien común y el bienestar general.

El juez Shaw fue muy cuidadoso al distinguir entre el ejercicio indemnizable, proveniente de la potestad expropiatoria, y lo que calificó como «nuevas» regulaciones, no indemnizables, resultantes del ejercicio del poder de policía. La expropiación forzosa implicaba siempre una apropiación en aras del beneficio público, mientras que las restricciones derivadas del poder de policía no entraban dentro de esta lógica.

⁷³ «Shaw stated that regulation of uses was not a taking but rather a legitimate legislative determination to restrain uses inconsistent with or injurious to the rights of the public». *Ibidem*.

Este posicionamiento jurisprudencial se mantuvo y los tribunales dejaron claro, en distintos momentos, que no iban a permitir una equiparación sustitutiva de la regulación de policía, no indemnizable, con la potestad expropiatoria indemnizable⁷⁴. Sin embargo, paralelamente, a partir de 1870 se producen dos importantes ataques contra esta postura: por un lado, un número considerable de estados adoptaron y aprobaron preceptos constitucionales que modificaban la aproximación estrictamente física a las causas indemnizables y, por lo tanto, al derecho de propiedad. Se estableció así que sería indemnizable no solo la propiedad tomada, sino también la propiedad dañada. Por otra parte, el Tribunal Supremo comenzó a aceptar la indemnización en los supuestos en los que no se privara por completo de la propiedad, sino de alguno de los intereses o derechos legales que sobre ella reposaran⁷⁵. En este sentido se fue perfilando un concepto más complejo del derecho de propiedad que definía la propiedad como un agregado de privilegios cualificados y se interpretaba que se producía una expropiación cuando se privaba al propietario de alguno de esos privilegios.

Esta línea jurisprudencial, sin embargo, no fue la dominante hasta bien entrado el siglo XX. De hecho, algunas sentencias pos-

⁷⁴ *Vid.* entre otros: *Watertown v. Mayo*, 109 Mass., 315 (1872): «[...] the law will not allow rights of property to be invaded under the guise of police regulation for the preservation of health or protection against a threatened nuisance; and when it appears that such is not the real object and purpose of the regulation, courts will interfere to protect the right of the citizen». (La ley no permitirá que el derecho de propiedad sea invadido bajo el amparo de la regulación administrativa para la preservación de la salud o la protección de los usos molestos, y cuando resulta que este no es el objeto real de la norma, los tribunales deberán intervenir en defensa de la propiedad del ciudadano); *People v. Haines*, 49 N. Y. 587 (1872) *people ex rel. Cook v. Nearing* 27 N. Y. 30: «There never can be any necessity under the police power or the law of necessity to permanently appropriate land to the public use without compensation. It may be temporarily interfered with or appropriated; necessity may justify so much; but when the necessity passes away, the right ceases». (No puede existir necesidad alguna que legitime la apropiación continua y continuada del suelo sin compensación. Podrá interferir temporalmente si existe la necesidad adecuada, pero cuando la necesidad concluye, la legitimidad para la intervención también lo hace).

⁷⁵ *Vid.* *Pumpelly v. Green Bay Co.*, 80 U. S. (13 Wall.) 166 (1871); *Eaton v. Boston C. & M. R. R.*, 51 N. H. 504 (1872).

teriores calificaron esta noción amplia del derecho de propiedad —y las consecuencias que la regulación sobre la misma implicaban— como una apropiación virtual de un título. El derecho de propiedad se extendía hasta tal punto que conducía al reconocimiento de derechos intangibles, no físicos o virtuales, cuya privación debiera ser indemnizable.

El último tercio del siglo XIX se caracterizó por anunciar una tensión mantenida y retorcida —valga la expresión— durante todo el siglo XX y por intentar perfilar las diferencias esenciales entre el *police power*, la potestad reguladora de la Administración, y la potestad expropiatoria.

Mugler es el mejor ejemplo de este empeño por aclarar las diferencias que debían establecerse entre estas dos prerrogativas: «Una prohibición sobre el uso de la propiedad que haya sido declarada válidamente por la legislación como perjudicial para la moral y salud públicas no podría ser en ningún caso calificada como de una expropiación o una apropiación de la propiedad para un fin público [...] en el primer caso es sólo un uso molesto en el segundo la propiedad indefensa está privándose a su propietario»⁷⁶.

El Tribunal Supremo insistía en la sentencia Mugler en el hecho de que los ejercicios legítimos del poder de policía eran conceptualmente diferentes a los de la expropiación forzosa, por lo que la regulación aprobada como potestad reglamentaria no podía ser identificada con una expropiación susceptible de ser indemnizable.

La reacción al conflicto entre la extensión del concepto de propiedad en la expropiación forzosa y el estrechamiento de los derechos a intervenir sobre la propiedad —en los casos de intervención administrativa— condujo a determinar que las limitaciones deriva-

⁷⁶ «[...] a prohibition simply upon use of property for purposes that are declared, by valid legislation to be injurious to the health, morals, or safety of the community, cannot, in any just sense, be deemed a taking or an appropriation of property for the public benefit [...] In the one case a nuisance only is abated; in the other, unoffending property is taken away from an innocent owner». *Mugler v. Kansas*, sentencia cit., 1887.

das del poder de policía cuyo valor fuera menor al estipulado constituyeran expropiaciones que precisaran indemnización.

Las limitaciones jurisprudenciales al *police power* van apuntando y marcando las líneas y los frentes de ataque que la jurisprudencia del siglo XX construirá sólidamente y que responden a las tres cláusulas constitucionales: Due Process, Eminent Domain y Regulatory Takings.

La limitación del poder de policía se produjo apoyándose en el principio de legalidad (*due process principles*). De esta forma, como se establece en N. Y. 98 (1885)⁷⁷, la legislación que impedía la fabricación de puros en comunidades de propietarios fue anulada porque —atendiendo al principio de legalidad— suponía una privación injustificada del derecho de uso de la propiedad. El tribunal estableció que la capacidad de disfrute y la adaptabilidad a ciertos usos son características esenciales y atributos sin los que la propiedad no se entiende y, por lo tanto, ninguna ley que destruya o quite o se lleve alguno de sus atributos esenciales puede privar al propietario de la misma.

La limitación del poder de policía se da en la naturaleza de la apropiación que se lleve a cabo. Esto anuncia ya la doctrina del *going too far* que equiparará la regulación proveniente del poder de policía a una expropiación, basada en la doctrina del *continuum of appropriation*. Ya, tempranamente, el juez Holmes había estimado que la diferencia entre el poder de policía y la expropiación forzosa era una cuestión gradual, aunque se percibían muchas diferencias entre ellas cuando se analizaban en profundidad. De todos modos la diferencia de grado radicaba en el diferente origen de la naturaleza de la potestad ejercida⁷⁸.

El *police power* está basado en el principio de igualdad en el sentido de que establece que este tipo de regulaciones serán legales en la medida en que se comporten y soporten igual y equitativamente las mismas cargas entre los miembros de la misma clase. Así lo fijó la sentencia *Health Department v. Rector of Tri-*

⁷⁷ Jacobs, In Re 98 N.Y. 98 (1885).

⁷⁸ Rideout v. Knox. 148 Mass. 368 (1889).

nity Church⁷⁹ —sobre la revisión de la aprobación de una ordenanza que determinaba la necesidad de dotar de agua corriente a las casas de pisos— al interpretar que la regulación no debía ser irracional en relación a su naturaleza y a su coste.

Entrado ya el siglo xx, el Tribunal Supremo sostuvo una distinción similar en la sentencia de Chicago, B. & Q. Ry v. Illinois⁸⁰ al diferenciar entre una lesión incidental a los derechos de propiedad derivados del ejercicio de los poderes de la Administración y una expropiación propiamente dicha, ejercida bajo el amparo de la potestad expropriatoria en beneficio del bien común.

Estas distinciones partían de una concepción física de la propiedad y de la apropiación de la misma. Por tanto, en la medida en que el derecho de propiedad se limitaba a la propiedad física de la tierra, el poder de policía podía ser utilizado para privar a los propietarios de derechos sustanciales de propiedad, sin compensación alguna —basándose en la *overruling necessity* y de forma temporal—. No sería hasta 1922 cuando el juez Holmes en la renombrada sentencia Penn Coal 1922 enunciaría por vez primera la doctrina de la necesidad en la continuidad y permanencia en la apropiación.

En definitiva, lo que hasta aquí he querido mostrar —a través de las interpretaciones jurisprudenciales y la normativa implementadora de los nuevos usos que surgen en la ciudad— es que el poder público (*governmental power*), necesario para poder emprender estas nuevas tareas de urbanización en las grandes ciudades, requería una transformación propia. Esta conversión se produjo mediante la expansión del concepto de *police regulation* al más amplio de *police power*, que permitió a la Asamblea legislativa definir prospectivamente, *ad futurum*, el objeto de regulación. De este modo, se liberaron de los límites tradicionales —restringidos a las relaciones de vecindad entre propietarios— impuestos por el derecho común.

⁷⁹ Health Department of City of New York v. Rector, Church Wardens and Vestrymen of Trinity Church, 145 N.Y. 32 (1895).

⁸⁰ Chicago, B. & Q. Ry v. Illinois ex rel. Drainage Commissioners, 200 U. S. 561 (1906).

Cuando en 1870 el concepto de indemnización por expropiación forzosa se amplió, esta ampliación no tuvo un efecto sustancial en el ya extenso poder de policía. Sería al final de siglo, sin embargo, cuando el poder de policía comenzara a utilizarse para obtener beneficios para nuevos proyectos públicos muy similares —esta es la clave— a los beneficios previos, que se derivaban de la expropiación por causa de utilidad pública. Quizás por esta razón, afirma Reznick que los tribunales realizaron algunas tentativas para la aplicación al *police power* de las mismas doctrinas acerca de la justa indemnización que se aplicaban en la expropiación forzosa.

Este desarrollo, como se verá en el siguiente capítulo, continuará y será el tema de mayor controversia en el ámbito del derecho administrativo y de la intervención de la Administración en la sociedad estadounidense.

Capítulo 3

Marco institucional del urbanismo estadounidense en el siglo XX

Hasta este momento se ha analizado el origen histórico, normativo y jurisprudencial que sustenta las bases de la intervención de la Administración estadounidense en los usos del suelo; se han señalado los tres pilares, anclados en la Quinta Enmienda de la Constitución, sobre los que evolucionó dicha intervención: la Due Process Clause o principio de legalidad, la Takings Clause y la Eminent Domain Clause. Esta última se deriva de las causas legitimadoras de la expropiación y la problemática en torno a quién pueda ser beneficiario de la misma.

Sin embargo, para no tomar las partes por el todo ni viceversa, antes de profundizar en este interesante debate, es necesario hacer un paréntesis para reubicar institucionalmente el debate constitucional que se describirá más tarde en el capítulo 4.

3.1. Reflexión previa sobre el sistema de fuentes y competencias sobre los usos del suelo. Inexistencia formal de un derecho urbanístico nacional, existencia implícita de condicionantes unificadores y uniformadores

De la existencia de diversas obras doctrinales, agrupadas bajo el título *Federal Land Use Law*⁸¹, podría desprenderse, como pri-

⁸¹ Brian W. BLAESSER y Alan C. WEINSTEIN, *Federal Land Use Law and Litigation*, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Illin.), 2012; Daniel R. MANDELKER, Jules B. GERARD y E. Thomas SULLIVAN, *Federal Land Use Law: Limitations, Procedures, Remedies*, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Illin.), 1986.

mera impresión, que existen —*de jure* y *de facto*— una legislación y una política legislativa urbanísticas federales. Sin embargo, a pesar de lo que con posterioridad se describirá como la revolución silenciosa (*the quiet revolution*) y a pesar de los pronunciamientos constitucionales que incitan a cierta unidad —al menos en el tratamiento del régimen jurídico del suelo y la expropiación—, no puede entenderse que en Estados Unidos exista un corpus urbanístico federal unificado. Paradójicamente, ello no implica que las regulaciones estatales sean muy dispares, sino que existen varios factores que condicionan fuertemente el contenido del derecho urbanístico estatal.

Como indica Kayden⁸², el papel federal se expresa mediante lo que él califica como *patchwork of laws*, en la medida en que existen instituciones y acciones que cubren principalmente cinco áreas: la regulación ambiental, la gestión de bienes públicos federales la política de transportes y su financiación, la política de vivienda y la denominada *anti-land-use planning regulation*. La conjunción de estos cinco bloques normativos ejerce un fuerte impacto —como les gusta calificar a los norteamericanos— en los usos del suelo y en el desarrollo urbanístico, aunque no aparezcan unificados en un corpus coherente bajo la etiqueta de *national land use planning*⁸³.

⁸² Jerold S. KAYDEN, «National Land-Use Planning in America: Something Whose Time Has Never Come», en RACHELLE ALTERMAN (ed.), *National-Level Planning in Democratic Countries: An International Comparison of City and Regional Policy-Making*, Liverpool University Press, Liverpool, 2000.

⁸³ En este sentido, es necesario precisar que se entiende *land-use planning* como el proceso dirigido por las Administraciones públicas (*public officials*) para analizar y recomendar —de forma comprensiva: desde las diferentes perspectivas, social, económica, ambiental o estética; sobre la capacidad y las infraestructuras— los aspectos más relevantes de los mejores usos —presente y futuros— que puedan darse del suelo. El producto habitual en el que se concreta esta política pública es un plan —*land use plan*—, si bien, y esto es una de las claves que diferencian el modelo estadounidense del europeo, el plan en sí mismo ni prefigura ni configura el uso del suelo —no lo clasifica directamente—, podrá controlarlo indirectamente, incidiendo o dirigiendo la regulación mediante la zonificación y las subdivisiones de suelo, que de forma expresa controlan el destino y uso del mismo. De hecho, en la actualidad el estatuto legal de los planes urbanísticos en Estados Unidos no es uniforme y varía de estado en estado.

No existe una ley de suelo federal o cualquier otra denominación que pudiera tener esta significación. De hecho, el único intento que hubo de aprobar una ley de suelo federal tuvo lugar en los años setenta. En enero de 1970, el senador Henry J. Jackson presentó ante el Senado un proyecto de ley que proponía el establecimiento de una política nacional para impulsar y asistir a los estados en el ejercicio más efectivo de sus responsabilidades constitucionales en el planeamiento, la gestión y la administración de los recursos nacionales, a través del desarrollo, implementación y administración de los denominados *Statewide Environmental, Recreational and Industrial Land Use Plans* y de los programas de gestión diseñados para promover un uso ecológico de los recursos de la nación⁸⁴. La propuesta no legitimaba al Estado federal para aprobar planes federales, sino que introducía mecanismos de consulta y colaboración entre los tres niveles territoriales.

El siglo XX se ha caracterizado por las intervenciones estatales y locales, legitimadas al amparo del *police power*⁸⁵, para actuar en cualquiera asunto que tuviera por finalidad proteger o promover la salud, la seguridad y el bienestar general de los ciudadanos.

Como se verá pormenorizadamente más adelante⁸⁶, de la Constitución estadounidense no emana una competencia federal directa en materia de urbanismo, de planeamiento urbanístico o de los usos del suelo. Solo se hace referencia a ello, y de forma indirecta, en la Quinta Enmienda, donde se establecen los dos pilares básicos de intervención sobre la propiedad inmobiliaria: la necesidad de una justa indemnización en caso de expropiación y el requerimiento de que esta sea llevada a cabo mediante un proceso legal. Sin embargo, adolece de una calificación o una concepción constitucional estatutaria del derecho de propiedad. Será

⁸⁴ U. S. CONGRESS. SENATE. COMMITTEE ON INTERIOR AND INSULAR AFFAIRS, *National Land Use Policy Act*, Senate Bill S. 3354, XCI Cong., 2.ª ses. (1970).

⁸⁵ No existe tampoco, en el constitucionalismo estadounidense, una atribución directa de este *police power*, si bien es evidente que hace referencia a la legitimidad concedida a las Administraciones, estatales y locales, para regular los usos del suelo, al menos en el ámbito urbanístico.

⁸⁶ *Vid. infra* cap. 4.

el Tribunal Supremo, a través de su jurisprudencia —como también se verá más adelante— el responsable de ir cincelándola.

Por otra parte, y a pesar de que no exista una habilitación expresa en materia urbanística, el artículo I de la sección 8 otorga la competencia de regulación sobre el comercio —la llamada Commerce Clause—. Indirectamente podría entenderse que los usos del suelo afectan directa e indirectamente a individuos y actividades económicas de todos los estados. De la misma forma podría considerarse al Gobierno federal con competencias para regularlos, en la medida en que afecta al comercio —se observa aquí una similitud con la Ley de suelo 8/2007 española, la cual justifica la intervención en el principio de libre empresa, y también con la incipiente intervención de la Unión Europea en el urbanismo⁸⁷— y legitimaría al Gobierno federal a entrar en la regulación sobre usos de suelo y sobre planeamiento urbanístico.

Parece que se trata de una renuncia implícita —más que de una delimitación competencial expresa— que, como ha establecido el Tribunal Supremo en el caso de las minas, no impediría la existencia de una ley nacional de usos de suelo. Por una parte, renuncia tácita y, por otra, asunción expresa de las competencias estatales y locales emanadas del *police power* y consolidadas en una larga tradición fuertemente afianzada en este siglo XX. Como ya se ha estudiado en el capítulo anterior, esta tradición tiene su origen en el siglo XIX y su génesis fue prefigurada y condicionada por los modelos legislativos federales establecidos a principios del siglo XX, en los que se optó decididamente por la zonificación frente al planeamiento, como se detallará extendidamente a continuación⁸⁸.

En el nivel estatal, los estados, si bien han regulado la estructura básica del planeamiento y los usos del suelo y el régimen de la propiedad, solo han ocupado un lugar discreto —a pesar de la existencia de *Land Use Acts* en la mayoría de los estados— frente

⁸⁷ Vid. Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, *La Europeización del territorio*, Dykinson, 2013.

⁸⁸ Vid. Stuart MECK, «Model Planning and Zoning Enabling Legislation: A Shott History», en *Modernizing State Planning Statutes: the Growing Smart Working Papers*, American Planning Association, Chicago, pp. 1-17, 1996.

a los gobiernos locales. A pesar de que la competencia legislativa resida en los estados y se delegue a los gobiernos locales, son estos los que ejercen, *de jure* y *de facto*, el control sobre el uso y régimen de suelo en los Estados Unidos. A través de sus normativas de planeamiento y de zonificación, los gobiernos locales poseen un control absoluto sobre las decisiones que se lleven a cabo en sus territorios.

En Estados Unidos, el urbanismo —entendido como el control de los usos del suelo— no es una excepción a la forma en que se entiende la intervención pública. Este tipo de intervenciones responde o, más bien, se corresponde y se adapta perfectamente a dos factores institucionales y, en consecuencia, constitucionales, conformadores e informadores de la esencia y de la naturaleza de la democracia estadounidense, del federalismo estadounidense. Es preciso entender este punto o al menos señalarlo, aunque no sea objeto concreto de este estudio, para poder calibrar en su justa medida y en el lugar que les corresponde las instituciones y las formas de intervención que se van a analizar.

Por un lado, se advierten una serie de elementos que se dan en la génesis del federalismo y en las propias condiciones físicas del mismo, que coadyuvan a la formación de una normativa de intervención adaptada a las realidades físicas y peculiaridades administrativas locales. En primer lugar, algo en apariencia tan obvio como las circunstancias históricas⁸⁹ en las que surge el Estado federal —la unión voluntaria de estados y naciones independientes, que previamente gestionaban su propio territorio— dificulta que se acepten la cesión o la devolución de competencias y poderes locales, muy engranados en las estructuras de poder. Y, en segundo lugar, la propia realidad geográfica norteamericana, tan amplia y tan variada, hace muy difícil que se puedan desarrollar una política y una legislación urbanísticas comunes en todo el territorio.

Por otro lado, desde una perspectiva constitucional específica en cuanto al sistema de fuentes, hay que destacar que desde

⁸⁹ Vid. al respecto, Lawrence M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, Simon and Schuster, Nueva York, 1985.

el origen y en la evolución posterior del federalismo estadounidense laten la idea y la tensión político-constitucionales de crear un Parlamento débil y un Poder Ejecutivo y una Administración fuertes. De ahí que las legislaciones urbanísticas, incluso las estatales, sean —generalmente— normas de delegación (*enabling acts*), que apoderan y legitiman a las autoridades locales para regular todos aquellos aspectos que tengan incidencia sobre el suelo.

Un tercer elemento unificador propio del sistema estadounidense, sin parangón en los modelos europeos, es la existencia en el ámbito urbanístico de importantes asociaciones, en especial, la *American Planning Association*. Desde el origen de la zonificación y del planeamiento urbanístico —más adelante se verá⁹⁰ que fueron las autoras intelectuales de las primigenias ordenanzas de zonificación—, estas asociaciones han ejercido un liderazgo no solo intelectual, sino también normativo, en la implementación de los instrumentos de planeamiento, de gestión, de ejecución y de control de los llamados usos del suelo, del urbanismo, en suma. Esta influencia no puede, ni debe ser despreciada, antes al contrario, se le debe otorgar un lugar privilegiado que permita entender la evolución del urbanismo estadounidense.

Por último, pero no menos importante, cabe destacar un factor sociológico, igualmente peculiar y original, que —a mi juicio— ha condicionado la política y la normativa pública de intervención de las Administraciones estadounidenses en los usos del suelo. Este elemento se va desvelando en puntos muy concretos de las normativas, en pequeñas opciones que van condicionando la opción fundamental por un modelo concreto de ciudad —o de no-ciudad— y de regulación de la misma, y que no es otro que la segregación racial.

Afirmar que todas las políticas urbanísticas estadounidenses tienen como fin último la segregación racial, quizá, sea excesivo, políticamente incorrecto, fascistoide incluso, pero es un hecho cierto que no podemos despreciar ni mucho menos, pues ha condicionado fuertemente la normativa de zonificación, las políticas

⁹⁰ *Vid. infra* § 3.2.

de vivienda y es una de las causas del calificado *urban sprawl*, de la dispersión, e incluso de la desaparición de la ciudad y la consolidación de los *suburbs* residenciales⁹¹.

Sin embargo, de la aproximación a las formas de intervención pública en la ciudad estadounidense se van desvelando mecanismos e instrumentos jurídicos, que han reflejado históricamente la importancia de este hecho histórico —calificarlo como *fenómeno* puede parecer excesivo— que diferencia y condiciona en gran medida el modelo urbanístico estadounidense de otros modelos basados en sistemas políticos y jurídicos similares, como puedan ser el caso alemán o el inglés.

Como poéticamente expresa Nunez: «En América, el crisol, y en otros lugares, las ciudades se dividen en los nítidos parches de un edredón elaborado. Los colores se van destiñendo desde el centro hacia fuera: el negro se convierte en distintos tonos de marrón, café con leche, y luego blanco, cuando los colores llegan a las afueras»⁹². En esas afueras blancas, la segregación de usos —la zonificación— responde en gran medida a una zonificación social enmascarada de usos urbanísticos. Con este objetivo es mucho más eficaz recurrir al *zoning* que el planeamiento propiamente dicho, por ello se prefiere esta opción.

En la actualidad, la intervención y las políticas públicas nacionales en torno al *housing* —la política de vivienda— tratan de luchar contra esta realidad consolidada de la diferenciación racial en la ciudad. Este verdadero problema ha conducido posteriormente a la lucha, entre otros, de Al Gore contra el *urban sprawl*⁹³, revestida de política ambiental y de desarrollo sostenible.

⁹¹ *Vid.*, en este sentido, Juli PONCE SOLÉ, «Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América (con algunas reflexiones sobre el derecho español)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, 1999, donde realiza una recensión al libro de Charles M. HAAR, *Suburbs under Siege: Space and Audacious Judges*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1996.

⁹² Elizabeth NUNEZ, *Lo que no supe decirte*, Viceversa, Barcelona, 2010, p. 141.

⁹³ Sobre la historia del *urban sprawl* y la denominada suburbanización de Estados Unidos, *vid.* Kenneth T. JACKSON, *Crabgrass Frontier. The Suburbanization of the United States*, Oxford University Press, Nueva York, 1985; Dolores HAYDEN, *Rede-*

3.2. La zonificación y el sueño americano

Los comienzos del siglo XX en Estados Unidos son cruciales para la determinación del sistema o modelo de intervención pública que empezó a establecerse en las metrópolis norteamericanas. La ciudad de Nueva York marcó la pauta a seguir y propició la aprobación de la Zoning Ordinance de 1916, seguida por la Zoning Enabling Act de 1924 que fue aprobada en la mayor parte de los estados. Estados Unidos zonifica y no planifica. El plan es, en principio, orientativo y no normativo, y puede tener origen público o privado.

3.2.1. Orígenes de la zonificación en Estados Unidos

Como anunciaba anteriormente, el planteamiento de la intervención de la Administración en los usos del suelo cambia radicalmente de escala a comienzos del siglo XX. El origen de la implementación masiva de técnicas de control de los usos del suelo en Estados Unidos se encuentra ligada físicamente al crecimiento y al desarrollo de la ciudad de Nueva York. Dos circunstancias cruciales impulsaron la transformación de la fisonomía de la Gran Manzana: la llegada de dos millones de inmigrantes⁹⁴ y el desarrollo de importantes avances técnicos, como la rápida expansión de la red metropolitana, cuyos tentáculos se extendieron desde el bajo Manhattan hasta los cuatro municipios del oeste, y el ascensor, que generó una concentración de rascacielos nunca vista hasta el momento en ningún otro lugar del mundo⁹⁵.

signing the American Dream. The Future of Housing, Work and Family Life, W. W. Norton & Company, Nueva York, 1984.

⁹⁴ En las tres décadas que van de 1890 a 1920 más de 18 millones de inmigrantes se extendieron por las ciudades norteamericanas. Vid. J. Barry CULLINGWORTH, *The Political Culture of Planning: American Land Use Planning in Comparative Perspective*, Routledge, Londres, 1993.

⁹⁵ Vid. John W. REPS, *The Making of Urban America. A History of Planning in the United States*, Princeton University Press, Princeton, 1.ª ed. 1965, 2.ª ed. 1992.

En efecto, la zonificación —entendida como técnica normativa de carácter reglamentario— surge en EEUU en la ciudad de Nueva York en 1916 como resultado del estudio de la Comisión encargada de poner fin a los problemas existentes en la Quinta Avenida neoyorquina. Basándose en las recomendaciones de la Comisión —que se inspiraba en la ley prusiana de 1875— en 1916 se aprobaron las primeras ordenanzas de edificación en Nueva York. La ciudad se dividiría en múltiples distritos o zonas con diferentes usos, de tal forma que se condicionaba así la finalidad del suelo, al margen de los intereses de sus propietarios.

La implantación de la zonificación no fue casual, sino que, durante los años previos a su establecimiento definitivo, se había creado un propicio caldo de cultivo intelectual y político. En este sentido, la Cuarta Conferencia Nacional de Planeamiento, celebrada en 1912, supuso uno de los principales bastiones doctrinales que alimentaron la aparición del *zoning*.

B. Antrim Haldeman⁹⁶, entre otros, se planteó allí la pregunta clave acerca de si la adopción de un sistema de zonificación podría entenderse como una invasión del derecho de propiedad, incompatible con la idea de libertad ínsita en la Constitución estadounidense.

Recordemos que estamos en el momento del nacimiento de las grandes urbes y —como se ha descrito anteriormente⁹⁷— la ciudad de Nueva York está iniciando un proceso que se extendería más tarde al resto de ciudades norteamericanas.

Haldeman, se planteó tempranamente cómo esta nueva técnica podría encontrarse con una enorme oposición entre los propietarios de suelo, entre los promotores y constructores y entre los representantes de otros intereses no relacionados directamente con el desarrollo del suelo. Las objeciones del primer grupo

⁹⁶ B. Antrim HALDEMAN, «The Control of Municipal Development by the "Zone System" and Its Application in the United States», en *Proceedings of the Fourth National Conference on City Planning* (Boston 27-29 de mayo de 1912), Boston, Mass., 1912, pp. 173-188. Disponible en línea: <<http://www.library.cornell.edu/Reps/DOCS/halde12.htm>>. [Consulta: 30/05/2013].

⁹⁷ *Vid. supra* § 2.3.c. y nota 54.

podrían estar basadas, sin duda —argumentaba el citado autor—, en la limitación de su derecho a hacer lo que quisieran en su propiedad; las del segundo grupo, en la posible reducción de beneficios económicos. Sin embargo, —como bien justificaba Hadelman— estas objeciones ya se habían planteado en Alemania, y todas tuvieron que rechazarse, en beneficio de la población.

En la conferencia se abordó igualmente la necesidad de romper con la vigencia de las cláusulas limitativas de los usos de la propiedad, de forma que el uso que debiera darse al suelo no apareciera limitado durante generaciones mediante cláusulas civiles, sino que pudieran ser las autoridades públicas las que —respondiendo al bien común— pudieran imponer limitaciones similares.

Estados Unidos se encontró en la encrucijada del nacimiento del planeamiento urbanístico y de la delimitación de usos en las ciudades —concebida como una técnica de policía, ejercida por la Administración, para que el futuro de los usos de suelo no estuviera subordinado únicamente al destino que del mismo quisieran hacer sus propietarios o sus antecesores—. A este respecto resultan muy interesantes las aportaciones de Veiller⁹⁸, quien apuntó la necesidad de intervención y que sería la jurisprudencia la que acotara y *constitucionalizara* esta intervención, mediante ordenanzas de control del destino del suelo, por razones de interés general, lo que superaba la concepción higienista decimonónica.

Cullingworth⁹⁹ fija el marco temporal que va de 1900 a 1916 como el período fundamental en el que las respuestas emergentes a los conflictos surgidos por el control del uso del suelo que se han descrito hasta aquí van tomando forma normativa. Los códigos de edificación, las ordenanzas sobre las manzanas (*block ordinances*), los planes urbanísticos y la regulación de usos permitidos

⁹⁸ Lawrence VEILLER, «Districting by Municipal Regulation», en *Proceedings of the Eighth National Conference on City Planning* (Cleveland, 5-7 de junio de 1916), National Conference on City Planning, Nueva York, 1916; pp. 147-158. Disponible en línea: <<http://www.library.cornell.edu/Reps/DOCS/veiller.htm>>. [Consulta: 30/05/2013].

⁹⁹ J. Barry CULLINGWORTH, ob. cit., 1993.

y prohibidos estaban a la orden del día, en una proporción no conocida hasta el momento.

Pero la expresión más poderosa y efectiva de esta proliferación de normas fue, sin duda alguna, la zonificación: el *zoning*. La zonificación cumplía requisitos propios de una época caracterizada por el cientifismo y la tecnificación de todos los aspectos de la vida del hombre, una era equilibrada, objetiva, eficiente y eficaz, aparentemente.

Zonificar implica la división por distritos o zonas a través de una ordenanza en los que se determina cuáles son los usos del suelo permitidos y prohibidos.

Pero, ¿por qué se apostó por la zonificación y no por el planeamiento? ¿Cuáles son las causas remotas que impulsaron esta técnica a la cima de la intervención de la Administración en la ciudad estadounidense mediante la designación de los usos del suelo por distritos? ¿Qué se entiende por *uso del suelo*?

Para dar respuesta a estas inquietantes preguntas es necesario remontarse a la evolución que el movimiento sobre el planeamiento urbanístico (*city planning movement*) tuvo en Estados Unidos paralela y simultáneamente a la propia evolución de la zonificación.

Al igual que en otros países del entorno la aparición del planeamiento urbanístico dependió de diversos factores y preocupaciones concurrentes propias de las ciudades del momento: la arquitectura, la salud pública, los parques y espacios abiertos, la prevención de incendios y la vivienda. A finales del xix y principios del siglo xx dos movimientos mostraron este tipo de preocupaciones, que anunciaban un espíritu de profunda reforma.

Por una parte, el City Beautiful, cuyo origen se encuentra en preocupaciones de tipo más bien estético en el campo y en la ciudad y en la reforma interior de las grandes capitales europeas liderado por la reforma de París de Haussmann¹⁰⁰. En Estados Unidos este movimiento tuvo su reflejo en la importante Feria

¹⁰⁰ *Vid.* en este sentido Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, ob. cit., 2002.

Mundial de Chicago de 1893¹⁰¹, en el Plan para la extensión de Washington de 1902, que fue una reforma del plan inicial de L'Enfant¹⁰², y el Plan de Chicago de 1909 de Burnham.

Como pormenorizadamente describe Johnson¹⁰³, en diciembre de 1903 la denominada Junta de Aldermen designó una comisión para la mejora de la ciudad de Nueva York (New York City Improvement Commission) cuyo mandato consistía en la preparación de un plan para el desarrollo de la ciudad consolidada. El plazo de presentación del mismo era de un año. En 1905 se presentó un informe preliminar en el que se enfatizaba la estética urbana y el embellecimiento de la ciudad. En 1907 se presentó un informe final en el que se abordaban las cuestiones fundamentales de la ciudad, parques, carreteras y localización de los edificios. El plan desarrollaba y completaba el famoso plan del arquitecto y paisajista Olmstead¹⁰⁴, quien había impulsado el nonato

¹⁰¹ Sobre el plan de la ciudad de Chicago de 1893 realizado por Burnham y la sociedad económica del Chicago *vid.*, entre otros: Carl S. SMITH, *The Plan of Chicago: Daniel Burnham and the Remaking of the American City*, University Chicago Press, Chicago, 2006; Charles MOORE, *Daniel H. Burnham, Architect, Planner of Cities* (2 vols.), 1.ª ed., Houghton Mifflin Company, Boston-Nueva York, 1921.

¹⁰² *Vid.*, entre otros, Glenn BROWN, *The Plan of L'Enfant for the City of Washington and Its Effect upon the Future of the Development of the City*, Records of the Columbia Historical Society, Washington, D. C., vol. 12, 1909, pp. 1-20.

¹⁰³ David A. JOHNSON, *Planning the Great Metropolis: The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs*, E. & F. N. SPON, Londres, 1996, pp. 30 y ss.

¹⁰⁴ *Vid. idem*, p. 27. Durante el último cuarto del siglo XIX el planeamiento no fue una herramienta importante para el surgimiento de la región metropolitana de Nueva York, el desarrollo de la ciudad se produjo más bien inspirado por la creciente pujanza del mercado inmobiliario y por acuerdos y decisiones políticas puntuales. El planeamiento para la concreción de los usos del suelo se limitó a la alineación de calles de forma mecánica que imitaban la malla (*gridiron*) introducida por la Comisión de planeamiento de 1811. La filosofía mercantil dominante del *laissez-faire* primó en la construcción de la ciudad durante este período, si bien, desde 1842, Nueva York mostró su capacidad para resolver los problemas colectivos a gran escala a través de grandes obras públicas, como la canalización completada por Croton y, sobre todo, mediante la primera visión omnicompreensiva y multidisciplinar de la ciudad llevada a cabo por el arquitecto y paisajista Frederick Law Olmsted, quien, junto a un pequeño grupo de reformistas, ofreció a la ciudad una visión más humana de lo que esta podría llegar a ser. La tradición de realizar reformas urbanas utilizando instrumentos como los planes urbanísticos —entendi-

plan de la ciudad de Nueva York de 1868. Este último plan se caracterizaba por el establecimiento de distintos ejes de comunicación que unieran los parques y jardines de la ciudad. Asimismo proponía la agrupación de los edificios públicos, en aras de la construcción de espacios cívicos concentrados en la ciudad y en los distintos barrios. El informe de 1907 tuvo una extraordinaria influencia, era una sabia mezcla de la visión regional de Olmsted y del formalismo del movimiento de la City Beautiful y permitió, por su profundidad y pormenorización, sentar las bases de subsiguientes planes y desarrollos urbanísticos.

Pero, a pesar de la necesidad de reforma y de embellecimiento de las ciudades, los esfuerzos se centraron, de nuevo, en la eficacia. La denominada ciudad eficiente o funcional, basada en el taylorismo, llevó al nombramiento de un gran número de comisiones en la ciudad para tratarla desde una perspectiva centrada en los negocios y la eficacia del funcionamiento ingenieril o fabril de las ciudades, la ciudad era, pues, un medio de producción más.

El liderazgo de la implantación del planeamiento urbanístico como técnica que resolviera los problemas de las ciudades norteamericanas provenía de una minoría y el peso y la fuerza política necesarias en torno a la necesidad de implantación e implementación del planeamiento no estaba equilibrada con el peso político de sus defensores¹⁰⁵.

dos como planes orientadores, como planos— nació con Olmsted, cuyas principales aportaciones fueron la incorporación de los parques, el diseño de un sistema interconectado de espacios públicos y abiertos y la creación de una red de calles que los conectara.

¹⁰⁵ Esta minoría ilustrada es la representada en los debates sobre el plan regional de Nueva York y sus alrededores que se establecieron en el famoso intercambio epistolar entre Lewis Mumford y Thomas Adams. En ellas se hace evidente el contraste entre la filosofía y los postulados de la Regional Planning Association of America (el grupo de Mumford) y la Regional Planning Association of New York (el grupo de Adams). La primera argumentaba a favor de la posibilidad de un modelo urbano descentralizado y en concierto con las zonas rurales. Defendía una vuelta a la ocupación de los pueblos rurales y una revitalización de la agricultura y los bosques. Implicaba un modo de justicia social territorial o de equidad espacial entre el campo y la ciudad, basados —y esto es lo importante en un plan de carácter fuertemente intervencionista— en la delimitación de los usos del

Por esta razón, el concepto mercantilista de la ciudad eficiente y zonificada sustituyó a la ciudad bella y planificada. El modelo era el de F.W. Taylor y su administración científica (*scientific management*)¹⁰⁶, pero las distintas comisiones de planeamiento (*city planning commissions*), que fueron nombradas para llenar de contenido la eficiencia en la ciudad y que se arroparon con un buen número de conferencias y de publicaciones acerca de los parabienes del planeamiento urbanístico, acabaron enormemente constreñidas por lo que realmente podía hacerse. La fuerza de la acción privada era demasiado potente como para contenerla.

Aunque los —en aquellos momentos— recientemente aparecidos *planeadores* hubieran tenido las herramientas para modificar el sistema urbano o la extensión del mismo, el problema era que carecían del suficiente respaldo político. La zonificación —a pesar de que esta se entendiera, en principio, como un simple instrumento del planeamiento, una parte del todo—, contenía un ingrediente, un atractivo superior. Su rasgo fundamental, antes y ahora, era su capacidad de excluir al vecindario no deseado en una determinada zona, su capacidad de segregación a través de la delimitación de usos y también su capacidad de asegurar el valor de las propiedades mediante la fijación de los mismos. La combinación de estos tres elementos aseguraba, por otra parte, el modelo del *single family home*, como modelo urbano y suburbano, de convivencia marcando el futuro del hábitat norteamericano.

En Estados Unidos, el planeamiento urbanístico se percibió, desde un principio, como un instrumento lejano que no resol-

suelo mediante una programación que respondiera a un planeamiento urbanístico preceptivo. Mumford establecía que la visión de Adams y de la Regional Planning Association of New York defendían, sin embargo, la continuidad de la preeminencia de grandes ciudades y la adecuación del campo a las necesidades de estas. Guiada por los intereses y por la demanda capitalistas, en esta alternativa el planeamiento y el control de los usos del suelo no serían más que una herramienta pasiva usada para respaldar o acomodar los intereses económicos del momento.

¹⁰⁶ Vid. John D. FAIRFIELD, «The Scientific Management of Urban Space. Professional City Planning and the Legacy of Progressive Reform», en *Journal of Urban History*, vol. 20, pp. 179-204; Frederick W. TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, Cossimo Classics, Nueva York, 2006.

vía los problemas concretos que las ciudades estadounidenses comenzaban a padecer de forma acuciante en aquellos momentos; el *zoning*, por el contrario, daba una respuesta inmediata a esos problemas.

Así, la aprobación de la ordenanza de zonificación de Nueva York en 1916 se entendió como la primera ordenanza omnicomprendiva en los Estados Unidos, aprobada gracias a la presión de los grupos políticos y, especialmente, de los poderosos comerciantes de la Quinta Avenida, quienes llevaron a cabo una fuerte campaña para evitar los cambios que se estaban realizando en la misma.

Por lo tanto, la zonificación se presentó, en el contexto del surgimiento del planeamiento urbanístico, como una solución intermedia, práctica y eficaz a los acuciantes problemas de las ciudades estadounidenses del momento.

Bassett¹⁰⁷ consideraba que el rasgo novedoso de la zonificación, lo que la distinguía de los códigos de edificación y de la normativa de derecho civil sobre regulación de las parcelas, era que se establecía una normativa *ad hoc* por distritos. En aquellos momentos —según Bassett— en Estados Unidos (a diferencia de en Europa, donde existía mayor variedad) estaban tan acostumbrados a ese tipo de regulación masiva, que les costaba entender que, en los momentos previos a su establecimiento, toda la normativa sobre regulación de los usos del suelo fuera uniforme en un único municipio.

Desde esta perspectiva, la imposición de diferentes regulaciones en distintas áreas parecía, para muchos, como mínimo discriminatoria, y por lo tanto, una invasión ilegítima sobre los

¹⁰⁷ *Vid.*, Seymour I. TOLL, *Zoned American*, Grossman Publishers, Nueva York, 1969, donde Toll habla de Edward M. Bassett, el padre de la zonificación estadounidense. Bassett era un abogado y político simpatizante de los demócratas de Nueva York. Fue uno de los mayores dinamizadores de la legislación zonificadora. Bassett, Whitten y Purdy fueron los responsables de diseñar un sistema de zonificación que convenciera a los urbanizadores y a los constructores de los parabiens del mismo y de sus efectos estabilizadores. *Vid.* Edward M. BASSETT, *Zoning*, 1.ª ed. 1922, Bibliolife, Charleston, 2009.

derechos de propiedad. Por esta razón y para contrarrestar esta percepción, la regulación por distritos para cada clase de edificios debía ser uniforme. Una provisión de este tipo figuraba en la ordenanza original de la ciudad de Nueva York de 1916. De hecho, como certeramente apunta Bassett, si las nuevas ordenanzas de zonificación hubieran previsto la posibilidad de una regulación diferenciada dentro de cada uno de los distritos, probablemente esta técnica no hubiera tenido ningún éxito.

Frente a las técnicas que se han estudiado en los epígrafes anteriores, que suponían igualmente la intervención del *police power* en el control de los edificios y fábricas, otra de las grandes diferencias que muestra la influencia del peso y relevancia históricos en la aparición de la zonificación es que —como indica Toll¹⁰⁸—, mientras que las anteriores pretendían solventar problemas existentes y promover la salud y la seguridad, el *zoning* hacía referencia a los nuevos desarrollos.

Para aquellos usos que no cumplieran con la nueva ordenación se estableció la categoría de *nonconforming*, lo que irónicamente suponía cierta paradoja en cuanto al problema que la zonificación pretendía solventar que era la coexistencia de usos residenciales y fabriles, especialmente, en la Quinta Avenida de Nueva York. Al mismo tiempo, esta congelación de usos permitió que los usos minoritarios —que quedaron como *nonconforming*— establecieran pequeños monopolios en los lugares donde quedaban enclavados.

La razón de esta incongruencia radicaba, de nuevo, en la búsqueda de una solución consensuada e intermedia que permitiera la extensión de esta nueva técnica, para lo que era necesario el apoyo de los propietarios de las zonas ya edificadas y consolidadas. La protección de las inversiones realizadas mediante la técnica de la zonificación funcionó como un mecanismo de apoyo y como uno de los objetivos principales de la zonificación.

El éxito de la ordenanza de zonificación de Nueva York de 1916 fue rotundo y el movimiento a favor de su extensión adqui-

¹⁰⁸ Seymour I. TOLL, ob. cit., 1969.

rió tintes de verdadera fiebre, casi epidemia zonificadora, que se extendió por todo el país.

Si Vieller pensaba en la zonificación como un bonito sueño, este se hizo realidad gracias, sobre todo, al apoyo que el secretario de Estado Herbert C. Hoover¹⁰⁹ brindó a esta medida con el nombramiento de la Advisory Committee on Building Codes and Zoning, encargada de preparar y redactar la Standard State Zoning Enabling Act, aprobada en 1922.

La Standard State Zoning Enabling Act confirió a los estados un procedimiento basado en un concepto aprehendido del derecho o de los derechos de propiedad. Las ordenanzas de zonificación no suponían limitaciones singulares de los derechos de propiedad, sino una manifestación de la potestad reglamentaria de la Administración. Esta potestad estaba basada, en parte, en un modelo universal que comprendía además los frutos de la experiencia y conceptualización del planeamiento urbanístico —aunque no fueran planes desde una perspectiva formal ni material— y que permitió la creación del marco legal de referencia necesario para permitir el apoyo de la comunidad a una técnica novedosa e invasiva, de forma generalizada, de los derechos de propiedad.

¹⁰⁹ La zonificación, para Hoover, entraba dentro del más amplio Scientific Management Movement dominante en los Estados Unidos del primer tercio del siglo xx. Hoover creó una nueva área de responsabilidad política calificada como *cooperative state*, basada en el cientifismo, en el estudio científico de los hechos para el establecimiento posterior de reformas económicas y sociales que se apoyaran en ellos. Hoover partía de que el papel del Estado era no interferir con las fuerzas del mercado más que para hacer que estas fueran los más eficientes posibles, facilitando, por ejemplo, una mejor información en las áreas urbanas, introduciendo elementos de estandarización que permitieran realizar mejor los cálculos de los costes que implicaban construir ciudad o ayudando a la implementación de un sistema que permitiera un desarrollo ordenado en la ciudad que garantizara de esta forma las inversiones, tanto a los propietarios como a los urbanizadores. La zonificación se concibió como el instrumento que dotaba de la seguridad necesaria contra los desarrollos no deseados y los cambios normativos y, sobre todo, separaba al vecindario no deseado que pudiera disminuir el montante de las inversiones realizadas y, por lo tanto, el valor de la propiedad. La insistencia en este punto —que en Europa no se produce con tanta energía— se observa a lo largo de toda la historia de la zonificación.

Pero, al mismo tiempo, este modelo era un mecanismo válido para acotar los tan difícilmente limitables poderes de la Administración, del *police power*, y de ahí su éxito rotundo.

La conocida familiarmente como Model Act fue enormemente popular —de hecho, la primera edición de 1924 alcanzó las 55 000 copias, todo un best seller para la época— y pronto estuvo muy extendida. En 1926, 48 estados —43 entonces— aprobaron leyes de habilitación y delegación de la zonificación (*zoning enabling legislation acts*). En 1929, 754 gobiernos locales habían aprobado ordenanzas de zonificación, lo que suponía alrededor de tres quintas partes de la población estadounidense¹¹⁰. Y al tiempo que la zonificación se extendía como la pólvora, el planeamiento caía en desuso.

Una vez descritos los condicionantes históricos, intelectuales y políticos que condujeron a la implantación de la zonificación en Estados Unidos hay que señalar, ahora ya desde una perspectiva jurídico-pública, el punto crucial y determinante en la zonificación que marcó la diferencia con la asimilación del planeamiento en Estados Unidos y que supuso la principal divergencia con la intervención urbanística Europea del momento.

La zonificación, el *zoning*, supone un ejercicio legítimo del *police power*, del poder ejercido por un gobierno soberano para legislar a favor de la salud, el bienestar y la seguridad de la comunidad. La Constitución estadounidense confiere este poder a los estados, los cuales, a su vez, pueden delegarlo a los gobiernos locales.

La mayoría de las leyes de delegación de los estados en los gobiernos locales, se basan —como advertía anteriormente¹¹¹— en la Standard State Zoning Enabling Act (SSZEA) aprobada por la Secretaría de Estado de Comercio a mediados de los años veinte. Es esta una ley de enorme interés histórico y documental, cuyo espíritu sigue siendo actual¹¹².

¹¹⁰ Vid. John REPS, ob. cit., 1992.

¹¹¹ Vid. *supra* § 3.2.

¹¹² Vid. los dos primeros artículos de esta ley en Anexo A, texto 1.

Por otra parte, y a pesar de lo dispuesto hasta ahora en cuanto a la relación o, más bien, a la ausencia de relación entre la zonificación y el planeamiento urbanístico, la SSZEA establecía la posibilidad de que las ordenanzas de edificación fueran acordes con un plan omnicompreensivo (*in accordance with a comprehensive plan*), concebido como herramienta de planeamiento, pero con carácter general y no normativo. La parte, es decir, la zonificación, devino el todo y, salvo contadas excepciones, la práctica no siguió el texto de la normativa en cuanto al establecimiento de planes de ordenación previos a las ordenanzas de zonificación.

La interpretación que con carácter general daban las leyes de delegación a la existencia de la zonificación —en concordancia con un plan omnicompreensivo— implica para Cullingworth¹¹³ que toda la zonificación de un municipio pudiera ser aprobada simultáneamente. Es en este momento en el que la parte se tomó por el todo. Y lo que es más interesante aún, incluso en algunos estados —como California, Oregón o Florida— en los que efectivamente es obligatoria la existencia de un plan, la ordenanza de zonificación es la que ostenta carácter reglamentario, la que tiene fuerza de obligar, mientras que los planes urbanísticos son meros planos orientativos que solamente representan un esquema básico, generalmente solo señalan y subrayan los objetivos de planeamiento y zonificación en un área extensa y están continuamente sometidos a modificación y por tanto sirven más como guía inicial que como un esquema cerrado, preconcebido e inamovible.

3.2.2. *Constitucionalización de la zonificación. La zonificación euclidiana*

El año 1926 es la fecha histórica que marca el nacimiento de la zonificación, no es que exista un desfase legislativo ni una *vacatio legis* de diez años entre la ordenanza de Nueva York de 1916 y la supuesta fecha del nacimiento de la zonificación, sino que se considera como la fecha de arranque de la denominada zonificación euclidiana, la validación por el Tribunal Supremo estadounidense de

¹¹³ J. Barry CULLINGWORTH, ob. cit., 1993, p. 31.

la ordenanza de la ciudad de Euclid. La intrahistoria de la sentencia *Village of Euclid v. Ambler Realty Company*¹¹⁴ (en adelante, *Euclid*) revela como esta resolución jurídica (*landmark*) fue fruto de una tensión judicial y doctrinal desconocida hasta el momento en el ámbito administrativo y revela, al mismo tiempo, la consciencia de sus actores de las profundas implicaciones que de esta novedosa técnica se derivarían para el futuro de las ciudades norteamericanas.

Antecedentes normativos y jurisprudencia análoga previa

Como se ha ido describiendo hasta ahora, el Scientific Management Movement, apoyado por Hoover, estuvo respaldado por protagonistas concretos que impulsaron la implantación de la zonificación en Estados Unidos y que mostraron su profundo significado en el modo de vida norteamericano, es decir, el *zoning* se erigió en herramienta esencial del sueño americano.

El triunvirato zonificador, los tres grandes personajes que influyeron en la implantación extensiva, expansiva y explosiva de la zonificación en Estados Unidos —Bassett, Prudy y Whitten¹¹⁵— tuvieron un papel importante, si bien de forma indirecta, en *Euclid*. Los parámetros zonificadores de esta sentencia recibieron una influencia directa de los trabajos previos de Whitten en zonas colindantes y en la validación, aunque por tribunales menores, de las ordenanzas de zonificación de, entre otros, East Cleveland, también ejercieron un peso importante.

Los escritos de Whitten¹¹⁶ y su forma de practicar la zonificación son las muestras más visibles de lo que con esta se preten-

¹¹⁴ *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, 272 U. S. 365, 391 (1926).

¹¹⁵ Sobre el perfil técnico y político de estos importantes personajes, *vid.* William M. RANDLE, «Professors, Reformers, Bureaucrats, and Cronies: The Players in *Euclid v. Ambler*», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, Chicago, 1989, pp. 31-71.

¹¹⁶ *Vid.* Herbert S. SWAN; George B. FORD y Robert H. WHITTEN, «Zoning and Living Conditions», en *Proceedings of the Thirteenth National Conference on City Planning* (Pittsburg, 9-11 de mayo de 1921), pp. 22-30.

día en su origen. Desde ellos, no duda en afirmar que la protección de los hogares de los estadounidenses es probablemente el primer propósito de lo que califica como *use districting*, la zonificación por distritos. Whitten trabajó en Cleveland desde 1917, un año después de la aprobación de la ordenanza de Nueva York. Su experiencia como planeador y experto, y su obra doctrinal le hicieron merecedor de una reconocida fama a lo largo y ancho del país. Era, se podría decir, el zonificador de moda. Y las bases de su política o principios zonificadores partían de la idea de protección de los hogares. Desde una perspectiva económica, el *zoning* significaba el aumento de la eficacia industrial y el ahorro de un gasto enorme; desde una perspectiva antropológica, significaba mejores casas y un aumento de la riqueza, la comodidad y la felicidad para toda la comunidad. La zonificación es absolutamente esencial para preservar la moral del vecindario, afirmaba.

Y en este panorama, con la aprobación de la ordenanza de Cleveland, surge uno de los antecedentes más importantes, producto de la experiencia de Whitten. Las localidades de Euclid, Cleveland, East Cleveland y Cleveland Heights estaban sometidas a presiones muy fuertes por parte de urbanizadores y constructores desde 1918. El alto coste de la vida y las altísimas rentas de los alquileres eran en aquellos momentos un problema nacional y existía cierta prisa por encontrar una solución a los problemas de vivienda de la posguerra, motivo por el cual se recurrió a la edificación de alta densidad. Cleveland se resistió a la implantación de este modelo a través de sus ordenanzas de zonificación y defendió el modelo de *single home* llevado a cabo por Whitten. Asimismo, Lakewood una población cercana a Cleveland se resistió a su anexión y se erigió en la Ciudad de los hogares (The City of Homes), cuya ordenanza fue redactada íntegramente por Whitten en aras de la preservación de su carácter segregado, suburbano y residencial.

La frontera de Euclid con Cleveland estaba formada por un denso conjunto de clase obrera relacionada con la industria del ferrocarril. Las vías de tren que unían Cleveland con Pittsburg pasaban por Euclid y Ambler Realty Properties era la empresa cuya área estaba en disputa. Euclid, como consecuencia de las

disputas y la tensión por la implantación de bloques de apartamentos, aprobó una ordenanza muy similar a las de Lakewood y Cleveland East para mantener su población estable —eufemismo utilizado frecuentemente para no hablar directamente de población segregada—.

La vecina East Cleveland fue demandada por un importante constructor de apartamentos debido a su novedosa ordenanza de zonificación. La sentencia inicial, *Morris v. East Cleveland*¹¹⁷, trataba del «problema de los apartamentos», indicando la necesidad de mantener «ambientes familiares» (*family environments*), mientras que en una segunda lectura, el juez Kramer proclamó el «derecho de las afueras»¹¹⁸.

Este caso fue el antecedente inmediato, por su contigüidad física y por su continuidad personal, pues ambas ordenanzas fueron redactadas por Whitten. Fueron el resultado directo de su éxito y —aunque el caso East Cleveland no llegó al Tribunal Supremo— fue citado frecuentemente en años posteriores y supuso el precedente inmediato para la validación y constitucionalización por el Tribunal Supremo de la técnica de la zonificación. Más adelante se verá cómo el primer juez de la sentencia *Euclid*, Westenhaver, incorporará plenamente el lenguaje de East Cleveland para validar la ordenanza de *Euclid*¹¹⁹.

Si el caso Cleveland East fue el antecedente que orientó la zonificación como protectora de un modelo familiar y habitacional estadounidense, no es menos cierta e importante la influencia que para Westenhaver —el primer juez que ventilaría en primera instancia el caso *Euclid*— ejercerían las aproximaciones segregacionistas y aislacionistas —en definitiva, racistas— de la zonificación. Algunos pronunciamientos —como la sentencia

¹¹⁷ *State ex rel. Morris v. East Cleveland*, 31 Ohio Dec. 98 106-120 (1919) y *State ex rel. Morris v. East Cleveland*, 22 Ohio NP (n.s) 549 (1920), citadas en William M. RANDLE, art. cit., 1989.

¹¹⁸ «[...] the right of the suburbs to use the police power to stablish systematic and complete zoning plan». *Ibidem*.

¹¹⁹ *Vid. infra* § p. 90 y nota 144.

Buchanan v. Warley¹²⁰— sostuvieron, en principio, la inconstitucionalidad de la zonificación racial, sin embargo tuvieron escasos efectos prácticos en la posguerra ya que durante los años subsiguientes existió una avalancha de normas públicas y de cláusulas privadas que impusieron la segregación racial—, como la aprobación en 1924 de la Johnson-Reed Act y un sistema de admisión por cuotas basados en la nacionalidad.

En 1926 el Tribunal Supremo en su sentencia *Corrigan v. Buckley*¹²¹ avaló la existencia de contratos blindados con cláusulas de prohibición de venta de las propiedades a negros o judíos. Estas medidas sustentaban un modelo segregacionista que la intervención del *police power* a través de la zonificación refrendó y respaldó para permitir que este pudiera desarrollarse y desplegarse eficazmente en las ciudades y, sobre todo, en las periferias residenciales.

La implementación de ordenanzas expresamente segregacionistas —como las de la ciudad de Atlanta y las conocidas como Jim Crow Laws¹²², en las que las zonas se delimitaron por colores, con tres distritos raciales: blanco, de color e indeterminado—, y la prohibición de la movilidad de unas áreas a otras se percibieron, por un amplio sector político y doctrinal, como algo deseable en la medida en que favorecía la sacralizada eficiencia y evitaba conflictos raciales, uno de los problemas más profundos de la sociedad norteamericana del momento. Esta profesionalización o tecnificación del racismo fue respaldada, entre otros, por Richard T. Ely —fundador en 1922 del Institute for Research in Land

¹²⁰ *Buchanan v. Warley*, 245 U. S. 60 (1917).

¹²¹ *Corrigan v. Buckley*, 299 F. 899 (1924); *Corrigan v. Buckley*, 271 U. S. 323 (1926).

¹²² Las denominadas Jim Crow Laws fueron aprobadas en Estados Unidos entre 1876 y 1965. Establecían la segregación racial *de jure* en todas las instalaciones públicas en los estados del sur de la antigua Confederación y que, desde 1890, habían establecido un estatus «separado pero igual» (*separate but equal*) para los afroamericanos. La separación, en los estados del norte, se produjo de una forma práctica, a través de medidas de segregación en materia de vivienda. Con la zonificación se lograba el mismo efecto, pero de una forma políticamente más correcta que con legislativas expresamente segregacionistas.

Economics and Public Utilities—, quien llegaría a afirmar que los ideales de la democracia política y la igualdad de oportunidades económicas resultaban vacíos si no se inscribían en un contexto de homogeneidad social. En esta misma línea se manifestaron igualmente incluso destacados progresistas —como Henry George— abanderados en la legitimación de la hostilidad pública hacia las minorías étnicas y raciales.

Por otra parte y desde los años previos a la validación constitucional de la zonificación, esta se vivió de una forma triunfalista, pues supuso una primera década de expansión enfervorizada, respaldada además por las sucesivas validaciones de los tribunales de los estados de California, Nueva York, Luisiana, Massachusetts, Ohio, Minnesota y Kansas. La validación por el Tribunal Supremo no se haría esperar, lo que demuestra que la sentencia Euclid fue realmente un niño muy deseado, fue una sentencia esperada, por la que se optó.

El origen del pleito

Desde 1912 la compañía Ambler Realty poseía una serie de propiedades en el municipio de Euclid que se vieron afectadas por la ordenanza del 13 de noviembre de 1922 que dividía la ciudad en seis distritos. Los terrenos de Ambler se destinaron a zona residencial y la calificación industrial se redujo a dos zonas colindantes con las vías de tren. El principal argumento de Ambler, defendido por su letrado, fue que a una gran parte de los terrenos aún no urbanizados (*undeveloped*) se les habían expropiado sus posibilidades de desarrollo, en aras de un supuesto o imaginario interés público, mientras que las propiedades de Ambler habían sufrido un deterioro real en su valor como consecuencia de su imposibilidad de desarrollo industrial.

Desde el principio, la defensa de Ambler —en manos del prestigioso abogado Baker¹²³— apuntó hacia la cuestión medular que se había ido desprendiendo del debate doctrinal y jurisprudencial

¹²³ Sobre Baker, *vid.*, William M. RANDLE, art. cit., 1989, p. 59.

cial durante ya casi más de un siglo, y de ahí el interés de sus incipientes consideraciones y el valor de las omisiones y visiones que se realizaron a lo largo del juicio. La sentencia marcó una era del desarrollo urbano estadounidense, con implicaciones económicas, sociales y, sobre todo, físicas de una dimensión desconocida hasta el momento. Consciente o inconscientemente —es difícil saberlo— se prefiguró la geografía urbana estadounidense y la forma arquetípica y peculiar de hacer ciudad o de no hacerla, más bien, de todo el siglo xx.

Por otra parte, la documentación recopilada por Brooks¹²⁴, muestra cómo el caso no fue casual, ni mucho menos, sino que existió una profunda conexión entre todos aquellos sectores de intelectuales, políticos o burócratas, interesados —a favor o en contra— por el resultado de esta sentencia. Prueba de ello es la carta que Baker escribió al abogado F. Hunter de Pensilvania, quien estaba llevando un caso muy similar ante el Tribunal Supremo de ese estado, en la que planteaba en breves líneas el núcleo argumental de la tensión jurídico-política que la validación de la zonificación pudiera y debiera implicar:

No es fácil, de una forma completa y en breves líneas afirmar si la zonificación es o no constitucional. Que una ciudad se zonifique o se divida en distritos para protegerla del fuego ha sido una técnica largamente implantada, por otra parte, que no pueda ser zonificada por razones puramente estéticas también ha sido largamente defendido y aceptado. Pero entre estos dos extremos, la seguridad y la estética de cada caso deben argumentarse basándose en sus propios hechos y es difícil establecer un principio común. En el conflicto entre el poder de policía y la integridad del derecho a la propiedad privada se dan dos circunstancias difíciles: la primera, que con el progreso de la ciencia el poder de policía necesariamente alcanza nuevas condiciones que son traídas desde la perspectiva del conocimiento y con efectos que no podrían ser previstos con anterioridad y, en segundo

¹²⁴ Arthur V. N. BROOKS, «The Office File Box-Emanations from the Battlefield», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *ob. cit.*, 1989, pp. 3 y ss.

lugar, la consolidación de la presunción de la validez de los actos administrativos hacia los que los tribunales son siempre bastante indulgentes.

La unión de estas dos circunstancias —el avance técnico y la presunción de validez— se convirtió en un arma poderosísima que proveyó a la Administración de un poder ilimitado sobre la propiedad privada y que condujo a lo que Baker llegó a calificar como «una suerte de propiedad comunista».

Lo curioso y paradójico de este caso es que la parte que defendió la zonificación era aquella que representaba al pequeño propietario burgués, al prototipo de quien alcanza el sueño americano, al *single family home*, mientras que aquellos que se mostraron contra la misma pertenecían al poderosísimo sector industrial que, en principio y *a priori*, resultaba cuanto menos extraño calificarlo como defensor del colectivismo.

En este sentido, Randle¹²⁵ interpretó que la elección y la búsqueda de argumentos en contra de la zonificación en su conjunto debían hacerse en un caso en el que la ordenanza fuera, desde una perspectiva técnica, bastante débil y poco argumentada y, por esta razón, escogió Euclid, donde los intereses en juego —ni los económicos, ni las consecuencias para el futuro urbanístico de la ciudad— no eran verdaderamente importantes. De hecho, la compañía Ambler no tenía una intención concreta de crecer industrialmente en los terrenos que se vieron afectados por la ordenanza. Fue un caso prácticamente forzado, un caso de laboratorio.

Se observa, pues, cómo en las entretelas que urdieron y confeccionaron el traje de esta aparentemente simple sentencia se debatieron los principales parámetros y valores económicos y jurídicos que defendían o atacaban un modelo concreto de urbanismo basado en los tres pilares —el *single family home*, la segrega-

¹²⁵ William M. RANDLE, art. cit., 1989, p. 32.

ción racial y la garantía del valor de las propiedades— que Hirt¹²⁶ sostiene como claves del triunfo del *zoning*.

Así Metzemaum —encargado de defender la postura de la Comisión de zonificación— expuso que la zonificación en Euclid, es decir, la potenciación del desarrollo y de la urbanización siguiendo el modelo residencial unifamiliar frente al desarrollo industrial, era la forma «natural y normal» de plantear el crecimiento suburbano o periférico de las ciudades y que, por esta razón, el *zoning* era racional y científico y no podía calificarse como arbitrario o caprichoso. Defendía a ultranza un modelo, no tanto de derecho de propiedad, sino de algo que iba más allá. Se trataba de la defensa de un modelo urbano y social propio del pequeño propietario —individual e individualista— de una casa con jardín para el que la intervención pública se erigía como colaboradora esencial en su preservación y protección física y social.

De hecho, no dudó en recurrir al tópico generalmente extendido según el cual poder tener un pequeño jardín en propiedad y criar a sus hijos en una extensión de aire fresco y luz abundante era uno de los factores más importantes del «sustento del pueblo estadounidense». La zonificación se unía no solo a la comodidad y riqueza, sino a una mayor seguridad para los niños; implicaba menos accidentes, un mayor interés por el bien común y los asuntos públicos, una mayor y más íntima relación con los colegas, un mayor descanso para el padre de familia.

Aquí se observan, de forma muy descarnada, las dos visiones sobre la zonificación: como mecanismo de protección de la Norteamérica suburbana y sus zonas residenciales frente al *encroachment* —intromisión— y la ruina de los centros urbanos; y como capricho ilimitado de los municipios sobre el control de la propiedad privada conculcando los derechos constitucionales más básicos.

¹²⁶ Sonia HIRT, «Mixed Use by Default: How the Europeans (Don't) Zone», *Journal of Planning Literature*, vol. 27, n.º 4, 2012, pp. 375-393.

Con su sentencia *Euclid*, el juez Sutherland —aunque fuera basándose en los antecedentes de tribunales estatales muy importantes como *City of Aurora v. Burns* del Tribunal Supremo de Illinois¹²⁷ y *State v. City of New Orleans* del Tribunal Supremo de Luisiana¹²⁸— inició la participación y la validación judicial en el control del planeamiento y la zonificación y dejó el terreno abonado para el control de la constitucionalidad de las ordenanzas de zonificación mediante las cláusulas de protección de la legalidad —*Due Process Clause*— y de la igualdad —*Equal Protection Clause*—. Las interpretaciones de ambas cláusulas, como indica Kayden¹²⁹, forman parte de una misma familia jurisprudencial, mientras que la interpretación de la calificada *Just Compensation Clause* pertenece a otro orden de cosas, como se ha descrito en otros momentos¹³⁰ y se estudiará más adelante en profundidad¹³¹.

Son estas dos cláusulas las clavijas a partir de las cuales se modularán e interpretarán la legalidad y la constitucionalidad de la zonificación, basándose en dos puntos fundamentales que se plantean en *Euclid* y que la jurisprudencia posterior tomó como puntos de partida del control de la legalidad (*legitimacy test*). Por una parte, se plantea la legitimidad del fin público y, por otra, la racionalidad de la zonificación como técnica de intervención para llevar a cabo ese fin.

La sentencia describe los antecedentes anteriormente relacionados y expone, para los neófitos en la materia, en qué consiste zonificar, separar y segregar en usos. Explica que los primeros usos (U1) —que corresponden a la vivienda unifamiliar aislada— siempre tendrán naturaleza excluyente, mientras que los subsiguientes usos podrán incluir los anteriores, de ahí la importancia en la distinción entre un uso U1 y U2, puesto que el U2 incluye la posibi-

¹²⁷ *City of Aurora v. Burns*, 319 Ill. 84, 149 N. E. 784 (1925).

¹²⁸ *State v. City of New Orleans*, 154 La. 271, 282, 97 So. 440, 33 A. L. R. 260 (1923).

¹²⁹ Jerold S. KAYDEN, «Judges or Planners: Limited or General Partners», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *ob. cit.*, 1989, pp. 223-251.

¹³⁰ *Vid. supra* § 2.3.b.

¹³¹ *Vid. infra* § 4.2.1.

lidad de edificación de viviendas pareadas y el U3 de bloques de apartamentos, mientras que el U1 es el uso residencial unifamiliar por antonomasia. Esta formulación no difiere en gran medida de las existentes en la actualidad ¹³².

La principal cuestión que se plantea en Euclid era si la ordenanza en su totalidad era inválida, es decir, si violaba la protección y el amparo constitucional al derecho a la propiedad atentando contra la misma mediante regulaciones que al amparo del *police power* eran realmente normas irracionales y confiscatorias ¹³³.

La sentencia continuaba su argumentación exponiendo cuál había sido el origen y la aparición de la técnica de la zonificación y entendía que el control de constitucionalidad de las normas no variaban en el tiempo, si bien la medida (*the scope*) de su aplicación era la que se expandía o se contraía para encontrarse con las nuevas y diferentes circunstancias que surgían en su ámbito de aplicación en cada momento histórico. Por esta razón, entendía que la ordenanza fruto de control y cualquier otra regulación similar debería encontrar su justificación en algún aspecto del *police power* sustentado en el interés general, siendo este la línea que separaba en estos casos la asunción legítima e ilegítima del poder de difícil delimitación precisa, pues variaría en función de las circunstancias y condiciones.

El juez Sutherland realizó una exposición sobre la trayectoria seguida hasta aquel momento en distintos tribunales estatales en cuanto a la legalidad de la zonificación y se refirió a la existencia de una doble aproximación a esta técnica. En una primera aproximación, más estricta, la limitación del *police power* conducía a la

¹³² El texto original de esta sentencia referido a estos aspectos se reproduce en el Anexo A, texto 2.

¹³³ «It is not necessary to set forth the provisions of the Ohio Constitution which are thought to be infringed. The question is the same under both Constitutions, namely, as stated by appellee: Is the ordinance invalid, in that it violates the constitutional protection "to the right of property in the appellee by attempted regulations under the guise of the police power, which are unreasonable and confiscatory"?». Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co., sentencia cit., 1926.

declaración de nulidad de gran número de normas¹³⁴, mientras que desde otra visión, más amplia y dominante¹³⁵ —que hacía referencia, sobre todo, a la validez de lo que él calificaba como la crux de la moderna zonificación—, el punto clave no era otro que la creación y el mantenimiento de distritos residenciales en los que el comercio de cualquier tipo —incluidos los hoteles y los apartamentos— estuviera prohibido.

La respuesta no se ocupaba de cada caso concreto, sino que valoraba la legitimidad de la ordenanza de zonificación como tal desde esta perspectiva amplia y los jueces justificaban en su mayoría sus decisiones entendiendo que esta separación se basaba en una conexión racional entre la salubridad y la seguridad de la comunidad. A esta conclusión llegaban desde argumentos tales como la protección de la salud y la seguridad de los niños mediante la separación de las viviendas de las zonas de comercio e industriales, la supresión y la prevención del desorden o la extinción de incendios. Sutherland se hizo eco de la sentencia del Tribunal Supremo de Illinois, *City of Aurora v. Burns*, en la que se validaba una ordenanza que dividía la ciudad en ocho distritos, justificada por la necesidad de la zonificación para evitar la congestión, el desorden y los peligros derivados de un desarrollo

¹³⁴ *Vid.*, citadas por el juez Sutherland en *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, sentencia cit., 1926: *Goldman v. Crowther*, 147 Md. 282, 128 A. 50, 38 A. L. R. 1455 (1925); *Ignaciunas v. Risley*, 98 N. J. Law. 712, 121 A. 783 (1923); *Spann v. City of Dallas*, 111 Tex. 350, 238 S. W. 513, 19 A. L. R. 1387 (1921).

¹³⁵ *Vid.*, citadas también en *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, sentencia cit., 1926: *Opinion of the Justices*, 234 Mass. 597, 607, 127 N. E. 525; *Inspector of Buildings of Lowell v. Stoklosa*, 250 Mass. 52, 145 N. E. 262 (1924); *Spector v. Building Inspector of Milton*, 250 Mass. 63, 145 N. E. 265 (1924); *Brett v. Building Commissioner of Brookline*, 250 Mass. 73, 145 N. E. 269 (1924); *State v. City of New Orleans*, 154 La. 271, 282, 97 So. 440, 33 A. L. R. 260 (1923); *Lincoln Trust Co. v. Williams Bldg. Corp.*, 229 N. Y. 313, 128 N. E. 209 (1920); *City of Aurora v. Burns*, 319 Ill. 84, 93, 149 N. E. 784 (1925); *Deynzer v. City of Evanston*, 319 Ill. 226, 149 N. E. 790 (1925); *State ex rel. v. Houghton*, 164 Minn. 146, 204 N. W. 569 (1925); *State ex rel. Carter v. Harper*, 182 Wis. 148, 157-161, 196 N. W. 451, 33 A. L. R. 269 (1925); *Ware v. City of Wichita*, 113 Kan. 153, 214 P. 99 (1923); *Miller v. Board of Public Works*, 195 Cal. 477, 234 P. 381, 384, 38 ALR. 1479 (1925); *City of Providence v. Stephens*, 47 R. I. 387, 133 A. 614 (1926).

municipal no regulado —argumento que Sutherland tomó como propio—¹³⁶.

Y desde esta misma perspectiva, Sutherland hizo suyos, de forma extensa, los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo de Luisiana en *State v. New Orleans*, que resumían muy acertadamente los argumentos jurídicos que constituyeron posteriormente la base jurídica para la validación de la zonificación.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo de Luisiana, interpretó, por una parte, que la exclusión del comercio y de las áreas de negocio en las zonas residenciales permitía a las entidades locales llevar a cabo un mayor control de policía de las mismas y, por otra parte, que la división por distritos era también una cuestión económica para la urbanización de la ciudad (*street paving*).

Junto a estos dos argumentos, la utilización de un respaldo técnico —aportado por comisiones de expertos e informes omnicomprendivos— como legitimación necesaria y suficiente de esta técnica demostró que la segregación era «científicamente» necesaria para el bien de la comunidad, en la medida en que reducía la inseguridad, los incendios, el tráfico rodado, los desórdenes de tipo nervioso y, además, favorecía el ambiente en el que criar a los niños.

Asimismo la sentencia rechazaba la mezcla de usos residenciales, es decir, la construcción de edificios de apartamentos junto a viviendas unifamiliares y adosadas. Se calificaba a aquellos como «meros parásitos» en las áreas residenciales y suburbiales, ya que se aprovechaban de los espacios abiertos y de los alrededores atractivos, creados por los distritos unifamiliares. Aún más, continuaba la argumentación¹³⁷, a la llegada de un bloque de apartamentos le seguían otros que interferían con su altura y densidad en la libre

¹³⁶ *Vid.* Anexo A, texto 3.

¹³⁷ Esta percepción muestra la profundidad de la concepción y del deseo de protección del modelo residencial unifamiliar como parte del *American dream* y de una forma de entender la sociedad estadounidense, que no existía en la Europa del momento. Este debate era impensable en París, en Barcelona o en ninguna capital europea, ni en ninguna ciudad de provincias de aquel entonces. *Vid.*, en este sentido, Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, ob. cit., 2002.

circulación del aire. Estos bloques monopolizaban los rayos del sol que, de otro modo caerían sobre las casas individuales, acarrearían también, como acompañantes necesarios, la llegada de ruidos molestos, el aumento del tráfico, la congestión en la calle de coches aparcados. Todos estos factores disminuían la seguridad de los niños y les esquilaban la oportunidad y el privilegio de una infancia rodeada de jardines y amplios espacios, y terminaban destruyendo el carácter residencial de estos distritos.

En estas circunstancias —continuaba la sentencia— los bloques de pisos estaban muy cerca de ser actividades molestas e insalubres¹³⁸.

Estas son las circunstancias y los argumentos —no tanto jurídicos como sociológicos y antropológicos— de los que partió Sutherland para inaugurar la era de la zonificación —llamada a partir de entonces zonificación euclidiana— y que le condujeron a afirmar que las circunstancias descritas eran suficientes como para determinar que la ordenanza con carácter general y sus rasgos dominantes —en la medida en que sus provisiones se han analizado aquí— suponían un ejercicio válido de la autoridad, y dejaban otras provisiones a los casos que se desprendían directamente de ellas. Y así es cómo se validó constitucionalmente la zonificación en Estados Unidos.

El mensaje que —a juicio de Kayden¹³⁹— se desprende de la sentencia Euclid es la clemencia o la benevolencia del control de legalidad e igualdad (Due Process / Equal Protection Test) en el ejercicio local de la zonificación. Para Kayden, el control jurisdiccional no debe ser diferente al de otras esferas o ámbitos del ejercicio del poder de policía en los que, si las medidas aprobadas no son claramente irracionales o muestran un objetivo o un interés público impropio, tienen que someterse a la validación. En efecto, si bien Euclid no ponía en duda que las medidas pudieran ser «fairly debatable», de hecho el control jurisdiccional admitía esta posibilidad, pero la excluía de su ámbito de actuación, tal y

¹³⁸ *Vid.* Anexo A, texto 4.

¹³⁹ Jerold S. KAYDEN, art. cit., 1989, p. 228.

como recogía Sutherland de la sentencia del Tribunal Superior de Luisiana: «No tenemos nada que decir sobre la idoneidad de las ordenanzas municipales. Si no son satisfactorias para la mayoría de los ciudadanos, su recurso son las urnas y no los tribunales»¹⁴⁰.

La jurisprudencia posterior a Euclid, refrendada por la firma del propio Sutherland, siguió esta trayectoria en cuanto al control a partir de la legitimidad del fin público (*legitimacy test*) y de la racionalidad de la medida —la ordenanza de zonificación en la mayor parte de los casos—.

El control ejercido por estas sentencias —a partir de las cláusulas de legalidad e igualdad— imperó en el ámbito de toda la legislación socioeconómica y de sus comúnmente denominadas pruebas de escrutinio mínimo (*minimum scrutiny tests*), en los que el juez no necesitaba profundizar acerca de la racionalidad de la medida (*the reasoning behind legislation*), a diferencia de los *strict scrutiny tests*, en los que los impedimentos de intereses fundamentales desencadenaban la necesidad de un control estricto de legalidad que exigía valorar su racionalidad.

3.2.3. *Consecuencias a corto, medio y largo plazo de la implantación de la zonificación como técnica de control de los usos del suelo en Estados Unidos*

La exclusión y la segregación social y racial son parte esencial, sino la esencia misma de la técnica zonificadora. Si bien —como indica Cullingworth— la ordenanza de Nueva York de 1916 señalaba como principales otros motivos para zonificar, la razón más evidente no se cita, mientras que Euclid y la doctrina de la época sí manifiestan expresamente este objetivo primordial.

Al igual que en Euclid, fueron los comerciantes, en este caso los de la Quinta Avenida, reunidos en la Fifth Avenue Association, quienes abanderaron la lucha por la separación de usos y quienes

¹⁴⁰ «We have nothing to do with the question of the wisdom or good policy of municipal ordinances. If they are not satisfying to a majority of the citizens, their recourse is to the ballot-not the courts».

se constituyeron en los principales impulsores de su aprobación y lo que ella conllevaba. Toll¹⁴¹ cita un párrafo muy conocido de J. Howes Burton —uno de los comerciantes de la Quinta Avenida— en el que califica a los emigrantes «de moscas que amenazan con formar un enjambre peor que nunca».

Pero además, otra de las claves del éxito de la zonificación y de su validación constitucional en Euclid fue que en ella confluían los intereses de los progresistas tecnificadores y, al mismo tiempo, era la herramienta que protegía un modelo social-urbano burgués con el que se identificaba el sueño americano.

La zonificación era, en apariencia, un instrumento técnico de separación de usos, pero escondía tras de sí una capacidad de segregación social y económica con una fuerza legitimadora nunca vista hasta el momento, por su amplitud, envergadura y minuciosidad.

Como certeramente apunta Wolf¹⁴², la zonificación euclidiana se ajustaba a los principales parámetros progresistas, que, sorprendentemente, se aceptaron en un momento de dominio político conservador. Gran parte de los conceptos e ideales progresistas se encontraban recogidos en la zonificación: la confianza en expertos para establecer e imponer un esquema regulador, el convencimiento de que un ambiente agradable fomentaría ciudadanos responsables y sanos, el apoyo a los gobiernos locales y descentralizados. Todo ello formaba parte de la creencia que Frederick C. Howe resumió en el título de su obra *The City: The Hope of Democracy*¹⁴³.

Junto a estos parámetros técnicos existía un sentimiento que latía con fuerza tras la zonificación y que permitió su aprobación en un período tan conservador como fue la segunda década del siglo XX. Los inmigrantes, especialmente aquellos provenientes del sur y este de Europa, despertaban sentimientos muy negativos.

¹⁴¹ Seymour I. TOLL, ob. cit., 1969.

¹⁴² Michael A. WOLF, «The Prescience and Centrality of Euclid v. Ambler», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), ob. cit., 1989, p. 255.

¹⁴³ Frederick C. HOWE, *The City: The Hope of Democracy*, Charles Scribner's Sons, Nueva York, 1905.

Desde 1880 hasta mediados de los años veinte invadieron las ciudades norteamericanas con cifras alarmantes y se les culpaba de estropear los centros urbanos provocando la expulsión a las áreas residenciales (*suburbs*) de las clases medias y altas.

Estos nuevos estadounidenses no fueron la causa de la suburbanización norteamericana, sino que más bien sirvieron de catalizador, de ahí que los progresistas percibieran al inmigrante —en alianza con la manipuladora máquina urbana— como una barrera para hacer efectiva la reforma social y política necesaria en aquellos momentos. Por el contrario, las áreas residenciales homogéneamente pobladas por propietarios de clase media blanca —*suburbs*— ofrecían la esperanza de un buen gobierno y del control local.

Westenhaver —el primer ponente de Euclid en el Tribunal de Ohio— lo dejó bien claro en su primera argumentación:

El propósito que debía cumplir la zonificación euclidiana es regular el modo de vida de las personas que en adelante habitarán la ciudad. En el último análisis el resultado a obtener es la clasificación de la población y su segregación de conformidad con su situación económica. La verdadera razón por la que unos viven en una mansión y otros en una chabola, por la que unos viven en viviendas individuales y otros en viviendas adosadas, por las que unos viven en apartamentos es económica¹⁴⁴.

La consolidación de este sistema segregacionista ha perdurado hasta la actualidad, si bien a partir de 1975 —cincuenta años des-

¹⁴⁴ «The purpose to be accomplished (by Euclid's zoning ordinance) is to regulate the mode of living of persons who may hereafter inhabit (the village). In the last analysis, the result to be accomplished is to classify the population and segregate the according to their income or situation in liege. The true reason why some persons live in a mansion and others in a shack, why some live in a single family dwelling and others in a double-family dwelling, why some live in a two-family dwelling and others in an apartment, or why some live in a well-kept apartment and others in a tenement, is primarily economic». *Ambler Realty Co. v. Village of Euclid*, 297 F.307 N. D. Ohio (1924).

pués que se dicen pronto— el Tribunal Supremo de Nueva Jersey lanzó una bomba sobre el consolidado sistema de zonificación estadounidense que supuso la primera reacción jurisprudencial a este modelo zonificador y segregador.

La conocida saga de sentencias Mont Laurel (I, II y III) atacaba la relación, la íntima unión, entre las restricciones a los usos del suelo y la segregación socioeconómica. Dada la necesidad de urbanización y construcción de vivienda asequible para familias de escasos recursos económicos en el último cuarto del siglo xx, se criticaba duramente el impedimento que las ordenanzas de edificación suponían para cumplir tales propósitos.

Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel¹⁴⁵ es la primera de una serie de sentencias, tardías quizás, que denunciaron las consecuencias sociales de la zonificación. El legado de la saga Mont Laurel ha sido impresionante y supuso una verdadera reacción en cadena contra los efectos perniciosos y segregacionistas de la zonificación. A partir de entonces, este legado, unido a nuevas corrientes como el Smart Growth o el New Urbanism parecen querer impulsar un modelo de ciudad —aunque referirme a modelos de ciudad en el contexto estadounidense me resulta, quizá, exagerado— con una mayor mezcla de usos y, sobre todo, una mayor diversidad social que redunden en un entorno urbano más rico.

Efectivamente —como sintetiza Ponce Solé¹⁴⁶ en su recensión a la obra de Haar¹⁴⁷—, las sentencias Mont Laurel I, II y III constituyeron un punto y aparte en el *statu quo* mantenido por la normativa zonificadora, generadora y promotora de la segregación racial y espacial estadounidense. Ponce Solé señala que Mont

¹⁴⁵ Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel 67 N. J. 151, 336 A. 2d 713 (1975); Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel 92. N. J. 158, 456 A. 2d 390 (1983) (Mount Laurel II); Hills Dev. Co. v. Township of Barnards, 103 N. J. 1, 510 A. 2d 621 (1986) (Mont Laurel III).

¹⁴⁶ Julio PONCE SOLÉ, art. cit., 1999.

¹⁴⁷ Charles M. HAAR, *Suburbs under Siege: Race, Space and Audacious Judges*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1996.

Laurel I abordaba la cuestión de si un municipio podía establecer una regulación urbanística que hiciera imposible física y económicamente la provisión de casas de coste asequible para rentas bajas. La respuesta a esta pregunta —que reflejaba la situación no solo de Mont Laurel, sino de una gran parte de municipios residenciales estadounidenses— fue negativa.

El fundamento jurídico novedoso —no utilizado hasta el momento— recurría al principio de igualdad (Equal Protection Clause) para defender que —mediante un control estricto— se subrayaba que el valor en juego subyacente tras esta regulación era fundamental, pues se trataba del acceso a la vivienda. La utilización de este test provocaba que debía ser el propio municipio quien probara la existencia de un interés público que justificara tal desigualdad, lo que no se logró, evidentemente.

Sin embargo, la sentencia —aunque anuló la normativa zonificadora restrictiva— no impuso una obligación concreta al municipio de Mont Laurel lo que llevó a que la sentencia, aparentemente, fuera más un bluff interpretativo que una realidad factible que pudiera comenzar a revolucionar e impedir los perniciosos efectos sociales del *exclusionary zoning*.

No obstante, la batalla continuó y en 1983 el Tribunal Supremo de Nueva Jersey publicó la sentencia Mont Laurel II que acumulaba todos los asuntos relacionados con esta materia en los que estaban involucrados más de treinta y tres ayuntamientos. Mont Laurel II incidía en la obligación de aprobar regulaciones urbanísticas no discriminatorias que permitieran el acceso a la vivienda a las rentas bajas, pero sobre todo, exigía a los ayuntamientos una actitud diligente y proactiva en este sentido. La formulación de este principio conllevó —y esto es lo más interesante— a la dotación de amplios poderes a los jueces para llevar a cabo una supervisión y control del cumplimiento efectivo de esta sentencia. Se les concedió incluso la posibilidad de nombrar *special masters* —ayudantes judiciales— a los que se encomendó la ejecución de la sentencia mediante la asignación por parte del poder judicial de la cuota proporcional que correspondía a cada municipio en la provisión de vivienda barata.

La implantación de estas cuotas y su imposición por parte del poder judicial no fueron pacíficas y condujeron al estado de Nueva Jersey a la aprobación en 1985 de la Fair Housing Act que implementó una buena parte de la doctrina Mont Laurel y creó un organismo *ad hoc* —el Council on Affordable Housing— para poner en práctica la política de vivienda en ese estado.

La ley, como recuerda Ponce Solé, fue impugnada ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que finalmente la declaró constitucional en 1986 en la sentencia conocida como Mont Laurel III y en la que el Tribunal Supremo se congratulaba de la existencia de una norma con tal contenido que le permitiera, con su validación, su entrada en el campo de batalla, garantizando el acceso equitativo a la vivienda gracias al control de la normativa urbanística.

La segregación racial se ha producido en Estados Unidos, no solo —aunque sí primordialmente— mediante la zonificación que se podría calificar como clásica, es decir, la diferenciación de usos por distritos, sino también mediante mecanismos zonificadores algo más sofisticados —y que se podrían tildar de perversos—, con los que se produjo una reconversión de áreas residenciales, ocupadas en su mayor parte por población negra o de bajos ingresos, en áreas industriales o comerciales.

Estas rezonificaciones provocaban un fenómeno —calificado por Rabin como «expulsive zoning», equivalente al fuera de ordenación español— que ocasionaban la disminución, aún mayor, del valor de las propiedades en los distritos afectados —en muchos casos eran zonas residenciales de casas adosadas de cierta dignidad— frente al valor de las casas de los distritos U1 que representan el *single family home* y no solo la disminución de su valor con su condena a la ruina, dada la imposibilidad de reforma de los usos residenciales, su deterioro físico y también social.

El estudio realizado por Rabin ¹⁴⁸ muestra cómo estas tácticas no fueron fenómenos aislados y casuales, sino que se puede hablar

¹⁴⁸ Yale RABIN, *Expulsive Zoning: The Inequitable Legacy of Euclid*, en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *ob. cit.*, 1989, pp. 101-121.

de una corriente de zonificación expulsora con elementos comunes implementados de forma repetitiva por los poderes públicos, que sirvieron para reproducir y reforzar las desventajas sociales y económicas de los negros estadounidenses. Era, pues, el reflejo más fiel del progresismo sureño, donde el racismo se intensificó de la forma más dura desde la Guerra Civil y fue considerado por muchos como uno de sus elementos fundacionales. La zonificación —como mecanismo o herramienta progresista— encajaba perfectamente para este propósito, puesto que la protección de la pureza racial y la protección del valor de la propiedad eran, al fin y al cabo, objetivos que se reforzaban mutuamente.

La implementación de este tipo de medidas calificadas como *racial zoning* o *expulsive zoning* en un gran número de estados y ciudades¹⁴⁹, incluso después de que la sentencia del Tribunal Supremo las prohibiera expresamente (*Buchann v. Warley*¹⁵⁰), refleja la profundidad del sentimiento antinegro (*antiblack feeling*) y la determinación de su extensión, con el mantenimiento de una separación racial *de facto* durante la era progresista. De hecho, este tipo de normas deben ser vistas como parte fundamental integrante, por ejemplo, de la corriente normativa encabezada por Jim Crow que recorrió todo el Sur estadounidense y que requería una separación racial en el uso de cualquier cosa, desde Biblias hasta prostitutas¹⁵¹. La zonificación racial puede entenderse como el arma más poderosa y fundamental desplegada para fomentar el racismo.

Esta perversa técnica tenía los siguientes efectos: disminución del valor de la propiedad, conducía a la masificación —puesto que las zonas colindantes subían de valor y resultaban de difícil o imposible acceso— e incrementaba el aislacionismo racial, creando guetos de forma deliberada mediante la zonificación de

¹⁴⁹ *Ibidem* p. 106, Yale RABIN cita ciudades en las que se aprobaron ordenanzas de segregación racial como Nueva Orleans, Norfolk, Dallas e Indianápolis en 1920 y Winston-Salem en 1940.

¹⁵⁰ *Buchanan v. Warley*, sentencia cit., 1917.

¹⁵¹ *Vid.* C. Vann WOODWARD, *The Strange Career of Jim Crow*, pp 83-87, citado por Yale RABIN, art. cit., 1989, p. 106.

usos ajenos a los ya existentes, que condenaban económica y socialmente a las zonas así previstas.

Las investigaciones realizadas sobre la utilización perniciosa de este tipo de técnicas comenzaron, en muchas ocasiones —como apunta Rabin¹⁵²— con la identificación posterior, en los años sesenta y ochenta, de zonas marcadas como de renovación urbana en las que se daban tres características: el deterioro físico y económico de la zona, la segregación racial y, curiosamente, la mezcla de usos —mantenimiento de usos residenciales en condiciones paupérrimas con usos industriales o comerciales, que permitían rehabilitaciones muy a la europea y muy adaptables al concepto de New Urbanism que aboga por esta mezcla de usos—.

3.2.4. Control del mercado del suelo. Zonificación; derecho de propiedad y derecho a urbanizar

Siguiendo a Wolf¹⁵³ y a Nelson¹⁵⁴, se pueden sintetizar en tres puntos las consecuencias de la zonificación sobre el mercado de suelo:

A corto plazo y en primer lugar, la zonificación, destinada a las zonas urbanas ya consolidadas —tal y como se entendía en origen en Estados Unidos—, generaba monopolios en los usos que quedaban excluidos de la nueva ordenanza, pero que se mantenían previamente. Estos *nonconforming uses* son los que nosotros calificaríamos como «fuera de ordenación», que, en un entorno de usos absolutamente rígido, se establecen como verdaderos monopolios.

A medio plazo, el segundo problema que se plantea parte de la legislación *untitrust* y de los controvertidos casos *City of Lafayette v. Louisiana Power & Light* y *U. S. Community Commu-*

¹⁵² Yale RABIN, art. cit., 1989.

¹⁵³ Michael A. WOLF, art. cit., 1989.

¹⁵⁴ Robert H. NELSON, «Zoning Myth and Practice: from *Euclid* into the Future», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), ob. cit., 1989, pp. 299-318.

nications v. City of Boulder¹⁵⁵. En ellos se criticaban los efectos anticompetitivos de determinadas ordenanzas de zonificación que funcionaban *de facto* como mecanismos excluyentes o favorecedores de determinadas actividades industriales o comerciales y que permitían, además, el ejercicio del monopolio por parte de las mismas.

Esta cuestión podría resultar chocante al principio, dado el origen progresista de la zonificación, pero —desde una perspectiva histórica— se puede interpretar mejor, entendiendo que gran parte de los monopolios públicos locales se establecieron, precisamente, para evitar los abusos que la asignación por concurso de determinados suministros y servicios públicos —calificados ya tempranamente como universales— pudieran derivar. Se entendían, por lo tanto —como pone de manifiesto Howe¹⁵⁶—, como una solución a los abusos del sector privado.

La zonificación implicaba, pues, mucho más que la fijación de alturas, superficies y usos (*height, area and use zoning*) en cada distrito, sino que también establecía en el mercado del suelo el valor de las propiedades, conforme a los mismos, por un período consolidado de tiempo. Estas medidas aportaban estabilidad y resistencia al mercado inmobiliario, que en el caso de los comerciantes de Nueva York —principales impulsores de la primera ordenanza— eran de vital importancia para su supervivencia.

A largo plazo, una tercera consecuencia afectaba al mercado de suelo, que lo diferenciaba profundamente de la regulación que del mismo se estaba aplicando en aquellos momentos en la Europa occidental. Se trataba de la privatización del resultado —no entraré aún en el modo de ejecución— de la nueva obra urbanizadora.

Como detalladamente indica Nelson¹⁵⁷, si en principio la zonificación estaba prevista para la ciudad ya consolidada, su

¹⁵⁵ U. S. Community Communications v. City of Boulder, 455 U. S. 40 (1982). Supreme Court. City of Lafayette v. Louisiana P&L Co., 435 U. S. 389 (1978).

¹⁵⁶ Citado por Michael A. WOLF en art. cit., 1989, p. 261.

¹⁵⁷ Robert H. NELSON, art. cit., 1989.

extensión hacia la ciudad prevista y a los suburbios generó consecuencias —impensables en Europa—, entre ellas y en lugar destacado, la privatización de la urbanización.

Las consecuencias a corto, medio y largo plazo hasta aquí descritas muestran cómo la zonificación se erigió en el instrumento jurídico y económico de protección de los vecindarios de baja densidad en la era del automóvil.

En definitiva, la zonificación —despojándola de las innumerables connotaciones técnicas que se le dieron en el momento— se afianzó, como certeramente apunta Nelson¹⁵⁸, como una técnica coercitiva de redistribución de los derechos de propiedad dentro de un vecindario concreto. Los derechos para emprender acciones que protegieran la calidad ambiental de un área —en términos sobre todo edificatorios y volumétricos, más de densidad que de calidad ambiental— provenían, por lo tanto, de los propietarios y se transferían a los gobiernos locales. De esta forma, la zonificación y su desarrollo urbanizador a través de los Plan Unit Development (PUD) —que se analizarán a continuación— trastocaron la dirección del proceso urbanizador.

Asumiendo, por tanto, que la zonificación se alzaba como un derecho de los propietarios a la protección ambiental —interpretada esta como un tipo de calidad de vida muy concreto—, estos se apropiaron indirectamente de la titularidad del derecho a urbanizar, en sentido positivo y negativo, puesto que se incluía el derecho a congelar el desarrollo urbano o a orientarlo en un sentido determinado por la comunidad —normalmente opuesto a cualquier crecimiento que rompiera con el modelo de viviendas unifamiliares—. Y la Administración —estima Nelson— se convirtió en el instrumento de implementación de estos nuevos derechos vecinales, que habían surgido, en cierta forma, como consecuencia de la privación de sus derechos individuales, por lo que pueden llegar a ser calificados, incluso, como de compensación, en un sentido amplio.

¹⁵⁸ *Ibidem.*

Desde esta perspectiva se entiende bien la amplia aceptación de una institución que, en apariencia, restringía los derechos individuales, respondiendo a una demanda social muy fuerte como era —y sigue siendo— la protección vecinal del sueño americano alcanzado en su asentamiento en el territorio gracias al modelo de *single family home*.

Sin embargo, como se analizará en profundidad más adelante, el problema que se derivaba de esta nueva distribución de derechos era que no gozaba de un acomodo constitucional claro. No existía un principio o norma expresa en el derecho estadounidense para este tipo de derechos de propiedad equidistribuibiles o redistribuibiles que generaba y entrañaba la técnica zonificadora; no existía una concepción estatutaria expresa del derecho de propiedad. Como consecuencia, la finalidad de la zonificación no se podía explicar directamente y debía justificarse con otros medios, de tal forma que —a juicio de Nelson— debían inventarse o incorporarse en el ordenamiento jurídico nuevas ficciones o mitos jurídicos que sustentasen esta nueva dimensión de la propiedad privada a caballo entre el colectivismo y la singularidad.

El cómodo y amplio paraguas de la tecnificación —tan utilizado en los periodos cientifistas— sirvió de base para la toma de las decisiones que el planeamiento y la zonificación generaban. Desde 1920, en plena era progresista, y hasta el New Deal se extendió una corriente de pensamiento que rompía con la posible evolución y adaptación de los usos de las ciudades basados en aspectos económicos y sociales. Con el pretexto de un orden tecnificado se impusieron modelos concretos que segregaban racialmente, y estaban refrendados jurídicamente. El Tribunal Supremo llegaría a afirmar que «bajo estas circunstancias los bloques de apartamentos, que en otro momento podrían considerarse no solo inobjectables sino altamente recomendables se convierten en algo muy similar a una actividad nociva o insalubre»¹⁵⁹.

¹⁵⁹ «[...] under these circumstances, apartment houses, which in a different environment would be not only entirely unobjectable but highly desirable, come very near to being nuisances».

Esta fe en el cientifismo del planeamiento y la zonificación se defendía de forma muy similar a como medio siglo atrás lo había hecho Ildefonso Cerdá en su Teoría General de la Urbanización¹⁶⁰. La consideración del planeamiento como una actividad puramente científica lo alejaba de las decisiones políticas y conducía a la implantación de las bases para la toma de decisiones objetivas y desinteresadas que promoverían un uso económicamente eficiente y ambientalmente atractivo del suelo urbano.

Esta fe ciega en el cientifismo la utilizó Bettman —defensor— como argumento jurídico en Euclid. Sin embargo no lo era tanto en boca del juez conservador Sutherland, quien, a pesar de legitimar la técnica, simplemente la calificaba como «suficientemente convincente como para no hacernos decir que este tipo de provisiones son claramente arbitrarias e irracionales»¹⁶¹.

Para un consolidado sector doctrinal la zonificación se convirtió en una nueva prerrogativa del derecho de propiedad y le otorgaron el título de *new property right institution* que respondía a las nuevas circunstancias económicas y ambientales de la era de la locomoción automovilística. Pero su forma jurídica específica, sin embargo, fue asumida por imperativo legal¹⁶². Con el tiempo, este tipo de justificaciones se afianzaron como mitos y ficciones jurídicas de tal envergadura que sorprenderían, incluso, a sus propios impulsores.

Apuntaba anteriormente el hecho crucial de que instrumentos, en principio, progresistas triunfen en momentos de conservadurismo político. Es posible establecer un paralelismo entre la forma en que se produjeron la zonificación —aunque algo posterior en el tiempo— y la reforma interior en el París de Haussmann¹⁶³, ejecutada esta mediante procesos muy agresivos de expropiación, o la realización de los ensanches en la España de la segunda mitad del siglo XIX. La clave de esta, tan solo apa-

¹⁶⁰ Vid. *in extenso*, Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, ob. cit., 2002.

¹⁶¹ «[...] sufficiently cogent to preclude us from saying [...] that such provisions are clearly arbitrary and unreasonable».

¹⁶² Vid. Robert H. NELSON, art. cit., 1989, p. 303.

¹⁶³ Vid. Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, ob. cit., 2002.

rente, incongruencia reside en que estas técnicas favorecen, en extremo, los nuevos intereses de los propietarios de suelo —en el caso estadounidense, agrupados en áreas vecinales y en nuestro entorno más cercano, en Juntas de Compensación o Juntas de Ensanche— y en que, como agudamente destaca Nelson, tienen un efecto jurídico que es necesario resaltar para poder entender la lógica de este proceso.

La aparición de la zonificación como técnica masiva de congelación y administración de los usos del suelo urbano tiene como consecuencia práctica que las zonas zonificadas —valga la redundancia para su mejor comprensión— se concibieran como bienes privados. La zonificación es el derecho de propiedad de un colectivo a una determinada calidad de vida (*neighborhood environment*) y como consecuencia, los pudientes (*the well to do*) podrían utilizar sus recursos financieros para vivir en vecindarios y áreas de mayor calidad, en la misma medida en que pueden comprarse mejores coches, mejor comida o cualquier otro bien privado. Esta es la paradoja del planeamiento urbanístico y, sobre todo, de la zonificación en Estados Unidos: partiendo de mitos e indefiniciones jurídicas, se construye una base técnica de aparente tinte progresista que permite a aquellos que controlan los mecanismos y las influencias en el ámbito de los gobiernos locales hacer de la zonificación el ejercicio de un derecho de propiedad.

Los defensores de la doctrina Jacobs (años cincuenta y sesenta) más destacada han sido unánimes al resaltar esta crítica, al tiempo que, paradójicamente, hacen ver la necesidad que el cambio de modelo económico y urbano generó en este tipo de herramientas. Desde una perspectiva económica la zonificación implantó modelos urbanos ineficientes y poco atractivos que, como se analizará más adelante, las nuevas corrientes intelectuales que emergen del New Urbanism y del Smart Growth pretenden paliar¹⁶⁴, pero el daño, si es que es un daño, está hecho.

En 1964, Charles A. Reich publicó un artículo de enorme influencia en el ámbito económico que tuvo una amplia reso-

¹⁶⁴ Vid. *infra* § 5.2.1.

nancia en el ámbito social, en el jurídico y también en el urbanístico ¹⁶⁵. En él habla de lo que puede calificarse como *New Property*, al plantear que los beneficios que se obtuvieran de la regulación administrativa y de gran número de programas públicos deberían concebirse no tanto como un privilegio, sin más correspondencias, sino más bien como un derecho, por lo que sus beneficiarios deberían ser considerados titulares de derechos. Esta interpretación era un ataque directo a la tradición progresista, para la que la intervención pública perseguía el interés público en sentido amplio (*broad public interests*) y no la creación de derechos privados. Pero, como se ha visto más arriba, la intervención pública, no solo en el ámbito del urbanismo, generó este movimiento, no de forma aislada, sino como un nuevo modo de interpretar la actividad administrativa.

3.2.5. *De las ordenanzas de zonificación a los Plan Unit Development y los Formed Based Codes.* ***La preeminencia obsesiva por la fijación de usos***

Como se ha visto hasta aquí, la zonificación es una técnica urbanística que regula el uso, la densidad y las determinaciones espaciales de forma estática. A diferencia de la concepción continental integral del planeamiento urbanístico que prevé los medios de gestión y ejecución, la zonificación no se enfrenta a los medios jurídicos y financieros mediante los cuales el suelo pueda ser transformado y urbanizado. No regula el proceso de producción de ciudad de una forma dinámica como lo hace el planeamiento urbanístico, es más, en origen —y este ha sido uno de sus principales problemas—, no estaba prevista para los suelos no urbanizados ni para las zonas urbanizables, sino que pretendía dotar y reorganizar los usos ya existentes en la ciudad ya construida.

La ejecución de la obra urbanizadora en el modelo estadounidense puede ser realizada de diferentes modos a partir de la

¹⁶⁵ Charles A. REICH, «The New Property», en *The Yale Law Journal*, vol. 73, n.º 5, 1964, pp. 733-787. Disponible en línea: <<http://www.jstor.org/stable/794645>>. [Consulta: 30/05/2013].

zonificación. Bajo el paraguas de los *subdivision controls*, encontraremos la técnica clásica de la parcelación urbanística; si bien el urbanismo estadounidense ha ido incorporando métodos urbanizadores que implican, en gran medida, procesos equidistributivos o al menos redistributivos de deberes y cargas muy similares a los existentes en los modelos europeos, pero teniendo como base no tanto el plan propiamente dicho, sino las disposiciones zonificadoras. Su complejidad técnica y las posibilidades amplias de negociación de los beneficios y cargas de la urbanización muestran, en gran medida, la enorme flexibilidad del modelo desde la perspectiva de la ejecución y la gestión, frente a la rigidez del modelo planificador, caracterizado por su hieratismo en la clasificación de usos.

Subdivision controls

La técnica más simple empleada en el urbanismo estadounidense para regular el desarrollo y la urbanización del suelo es lo que en nuestro entorno se denomina «parcelación urbanística». Estos *subdivision controls* regulan el desarrollo, la urbanización de suelo, centrándose en la creación de solares edificables y la previsión de infraestructuras que sirvan a los nuevos solares. Si bien la existencia de ordenanzas de zonificación deberían adaptarse a sus requerimientos, la posibilidad de variar las determinaciones de las ordenanzas de zonificación con técnicas parcelatorias (*subdivision controls*) transforma los usos zonificados en derechos permutables, modulables y canjeables por servicios e infraestructuras urbanísticas locales.

La potestad de parcelación en el urbanismo estadounidense deriva del poder de policía y la legitimación local para efectuarlo proviene de las propias disposiciones de las constituciones estatales que así lo disponen. Tienen su origen en la incipiente *Standard City Planning Enabling Act* (secciones 13 y 14).

En la mayor parte de los estados el poder local se organiza en torno a una agencia administrativa de control y supervisión de los propietarios y urbanizadores que proponen la subdivisión del suelo. La normativa parcelatoria es compleja puesto que en ella

se suelen revisar los criterios de diseño de las actuaciones urbanísticas que propongan los propietarios o los urbanizadores. Además, constituyen la base del establecimiento de las cargas y dotaciones, que regulan a modo de estándares y que el urbanizador deberá cumplir.

Lo sintéticamente expuesto hasta aquí desvela la evolución significativa de la normativa parcelatoria (*subdivision control*). De ser un mero instrumento legitimador de la venta de terrenos a través del otorgamiento del permiso y control para su división se ha transformado en uno de los instrumentos de planeamiento de desarrollo y control técnico más poderosos e intensos que dirige el proceso urbanizador, que incluye, en las últimas décadas, la preservación de las zonas verdes (*open spaces*) y zonas de especial protección ambiental.

Se trata de un instrumento muy flexible, validado por el Tribunal Supremo, en el que se condensan —desde una base zonificadora y en ausencia de un planeamiento urbanístico con la capacidad de obligar a la que tan acostumbrados estamos en España— toda la fuerza implementadora de la ordenación urbanística, la determinación y fijación de los derechos y deberes de propietarios y urbanizadores, así como el establecimiento de las cargas urbanísticas. Estas cargas se caracterizan igualmente por su flexibilidad, ya que dependen de una regulación en la que el modelo fiscal es el preeminente y en la que se fijan modelos con tendencia a establecer convenios, modelos reparcelatorios o de transferencia del aprovechamiento urbanístico.

La fijación de las cargas que deba aportar el urbanizador —propietario o no del suelo— ha suscitado en Europa problemas o tensiones ya clásicas que se han mantenido históricamente en las legislaciones urbanísticas. En el derecho estadounidense, esta fijación de las cargas se entiende como una condición para poder llevar a efecto la subdivisión o parcelación y, en este sentido, la imposición de cargas bajo la argumentación de que suponen una expropiación no compensada de derechos patrimoniales ha resultado muy controvertida. La jurisprudencia ha sido contundente respondiendo que, puesto que la solicitud de parcelación y el proceso urbanizador posterior son voluntarios, la impo-

sición de determinadas cargas para llevarlo a efecto no puede suponer transgresión o expropiación alguna de los derechos patrimoniales ¹⁶⁶.

El procedimiento de aprobación de la parcelación tiene carácter dinámico e interactivo entre el municipio y el solicitante de mismo. No es pues un procedimiento reglado de reconocimiento de derechos preexistentes otorgados previamente por el zonificador. Como se señalaba anteriormente el proceso de parcelación no era otra cosa que la solicitud a la autoridad local de la división de determinados terrenos con distintas finalidades, si bien ha acabado transformado en uno de los instrumentos canalizadores de la ejecución pública y privada de la obra urbanizadora.

El control de la Administración urbanística en la concesión de licencias de parcelación supone un proceso de control de la legalidad en la actuación urbanística, al tiempo que determina, mediante negociación, las cargas que el propietario ha de satisfacer.

En este sentido, Nolon ¹⁶⁷ pone como ejemplo el Subdivision Review Statute del estado de Nueva York ¹⁶⁸, en el que se enumeran como objetos de control por parte de la autoridad urbanística: las calles y aceras con la suficiente anchura y grado; la localización de calles y autopistas para facilitar el tráfico rodado; la luz y el aire; la capacidad de protección anti-incendios para el desarrollo urbanístico; la conformidad y coherencia con el plan omnicompreensivo y el plan oficial; la localización de monumen-

¹⁶⁶ En la *landmark* *City of Corpus Christi v. Unitarian Church of Corpus Christi*, 436 S. W. 2d 923, 930 Tex. Civ. App.-Corpus Christi (1968), una iglesia de Texas solicitó una licencia de edificación (*building permit*) para mejorar la propiedad con finalidades ecelesiales. El municipio requirió como condición para la concesión de la licencia la cesión de parte de los terrenos para poder ensachar la calle adyacente al recinto parroquial. El argumento jurídico esgrimido fue que no se había solicitado la división de la propiedad, sino una simple mejora dentro de la misma, por lo que la autoridad local no tenía legitimación para exigir más cargas. *A sensu contrario* se deriva que, de haber existido la solicitud de parcelación, el municipio podría haber instado al propietario a satisfacer determinadas cargas.

¹⁶⁷ John R. NOLON y Patricia E. SALKIN, *Land Use*, Thomson West, St. Paul (MN), 2006, p. 112.

¹⁶⁸ N.Y. Town Law 277.

tos; la pavimentación y encintado de aceras; las señales de tráfico; los caminos; y la iluminación y tendidos eléctricos.

El proceso de aprobación de las parcelaciones obedece a dos lógicas. Por un lado, controlar los requisitos mínimos necesarios para llevar a cabo una urbanización predeterminada —que pueden ser, entre otros, los que se han enumerado en el caso de Nueva York— y que tendrán carácter reglado. Por otro lado, los municipios pueden exigir la instalación y construcción de infraestructuras concretas al servicio del área que se vaya a desarrollar que deberán asegurarse mediante garantías de buena ejecución o de cualquier otra forma de garantía hipotecaria o fiduciaria que asegure la realización efectiva de la infraestructura.

Planned Unit Developments. La ejecución modulada de la zonificación

Tal y como lo describe Elliot¹⁶⁹ —a quien sigo en este punto— el salto de las zonas delimitadas para un uso y un solo propietario a la idea de los Planned Unit Developments (PUD) surgió como consecuencia directa y necesaria del desarrollo y modulación de la ordenanzas zonificadoras, las cuales resultaban absolutamente estáticas y, además, no preveían los medios de realización efectiva de la obra urbanizadora y edificatoria.

La legitimación local para la aprobación de PUD no surge de legislación estatal alguna, sino que es consecuencia directa de la potestad zonificadora. Tradicionalmente se ha considerado el PUD de Prince George's County del estado de Maryland —aprobado en 1947— como el primero en llevarse a cabo. A partir de ese primer desarrollo se extendieron y proliferaron casi a la misma velocidad que las ordenanzas de zonificación.

El contenido de los PUD invitaba principalmente a la negociación entre las autoridades locales y los propietarios de suelo. Permitieron enriquecer la concepción maximalista y extrema-

¹⁶⁹ Donald L. ELLIOT, *A Better Way to Zone. Ten Principles to Create More Livable Cities*, Island Press, Washington D. C., 1957.

damente rígida de la zonificación —en derecho estadounidense se dice que la zonificación se ocupa únicamente de «uses and boxes»— y así, a partir de los años cincuenta, se empezaron a incorporar intereses y preocupaciones ambientales, estándares e índices de calidad urbana.

La legislación urbanística autorizatoria de los PUD no hizo más que legalizar una práctica que venía siendo utilizada desde fechas muy próximas a la aprobación de las primeras ordenanzas de zonificación. En aras a una mayor simplificación, los estados solían adoptar una ordenanza sobre un PUD general en la que se autorizaba la creación de PUD individualizados y que seguían algún modelo orientativo aprobado previamente¹⁷⁰. La naturaleza jurídica de los PUD se encuentra a caballo entre el planeamiento urbanístico o la ordenanza de edificación y el convenio urbanístico, pues en él se fijan los deberes y cargas de los propietarios en el proceso urbanizador. La versatilidad de los PUD estriba, por una parte y del lado de las autoridades locales, en el hecho de que permite fijar y negociar las cargas de la obra urbanizadora y, del lado de los urbanizadores y propietarios, en que permite una combinación de usos mayor, incluidas combinaciones de usos no permitidas en principio por las ordenanzas de zonificación.

Desde una perspectiva comparada, la clave para entender la dinámica de este tipo de planes es el hecho crucial de que todo el proceso debe partir de una iniciativa voluntaria. Es el propietario-urbanizador quien solicita la creación de una PUD, a partir de ahí se fija la cuantificación de su contribución a la obra urbanizadora, al tiempo que se determinan los derechos edificables que ostenta, recurriendo a técnicas bastante sofisticadas de asignación de aprovechamientos urbanísticos.

Los PUD se han utilizado también para lo que Elliot denomina «compra de tiempo». La solicitud de aprobación de determinado PUD conllevaba el bloqueo del derecho a urbanizar en

¹⁷⁰ Uniform Planned Community Act. 68 Pa. C. S. §§5101-5414 1/29/05).

una determinada zona y dejaba la ordenación detallada para su fijación en un momento posterior.

Esta doble utilización de los PUD generó distintos conflictos, pues la solicitud de aprobación y la aprobación misma de un PUD fijaban la edificabilidad y los derechos de aprovechamiento de los suelos, pero no se determinaban los usos que debieran darse. Esta situación provocaba la incertidumbre local a la hora de planificar adecuadamente las infraestructuras necesarias para esos nuevos desarrollos indefinidos. Se permitía establecer vacíos o burbujas en los planes que serían aprobados posteriormente en una segunda fase y adaptados al plan global del municipio.

La conversión, en estos casos, del PUD en un instrumento de planeamiento-ejecución muy procedimentalizado generó cierto rechazo por parte de los propietarios, puesto que lo que había comenzado siendo una forma de variar los estándares fijados por las ordenanzas de zonificación se tornó en una barrera de negociaciones en las que las autoridades locales ejercían la mayor fuerza. De esta forma, lo que comenzó prefigurándose como un proceso de individualización y flexibilización de la ordenanza se transformó en un instrumento de desarrollo de la misma, en el que las autoridades municipales pretendieron dotarlos de un carácter generalizado, rompiendo así con la causa que los había originado, el deseo de individualización y flexibilización. La pauta a seguir sería que si la zonificación euclidiana iba a ser objeto de modificación, esta debería ser aplicable, también de forma general, al resto del municipio.

Pero, si este era el nuevo principio de funcionamiento y los PUD seguían configurándose en la práctica como una forma de negociación individualizada, la supuesta generalización solamente suponía aplicar un cierto barniz a una nueva orientación en la que debería primar algo más que el interés particular del urbanizador.

De esta forma, los PUD pasaron de ser un modo de exceptuar la zonificación, al modo de desarrollarla, de ser actos de aplicación a disposiciones generales.

De otra parte los PUD han sido calificados en algunos casos como «narcotizantes» de la zonificación con el consiguiente peligro de caer en un exceso en el ámbito de la negociación transformando los distritos zonificados en distritos personalizados a la medida del urbanizador y propietario del suelo, perdiendo su esencia: la flexibilidad para la innovación en aras de una mejora de la calidad urbana.

Form-Based Zoning, formed based codes

La zonificación euclidiana, desarrollada a través de los denominados PUD está dando paso, en las últimas décadas, a un nuevo modo de concebir la zonificación y su desarrollo posterior de forma más unificada gracias a la aprobación y creación de un nuevo instrumento: los Form-Based Codes¹⁷¹. Los defensores de esta nueva técnica intentan compensar algunos elementos de la concepción tradicional de la zonificación (*boxes and uses*), que estaban orientados principalmente al establecimiento de usos permitidos y prohibidos, centrandó ahora la atención en la forma del desarrollo urbanístico, de ahí su denominación.

El punto de partida de esta nueva técnica era que las determinaciones de la zonificación nunca eran las precisas en su primera fase de aprobación porque estaban basadas en la asunción de la separación de usos. Como estima Elizabeth Plater-Zyberk¹⁷² en el prólogo de *Formed-Based Codes*, estos nuevos códigos se centran en el carácter físico y en la calidad de los espacios públicos frente a la zonificación, tradicionalmente interesada en los aspectos cuantitativos.

Los Form-Based Codes pretenden romper con la tradición zonificadora en la que la combinación de usos —aún permitiéndose, en algunos casos, a través de pirámide zonificadora—

¹⁷¹ Vid. Daniel G. PAROLEK; Karen PAROLEK y Paul C. CRAWFORD, *Form-Based Codes. A Guide for Planners, Urban Designers, and Developers*, Wiley, Malden, 2008. Para más información sobre Form-Based Codes consultar: <www.formbasedcodes.org>.

¹⁷² *Ibidem*, p. IX.

se categoriza siempre de una forma más o menos peyorativa, en función de que el uso permitido esté ubicado en zonas calificadas como de altas o bajas (*higher or lower*).

Esta técnica se enmarca dentro de una corriente más amplia —el New Urbanism¹⁷³— que pretende poner la mirada no tanto en «el hueco y el uso» (*uses and boxes*), sino en la relación, casi viva o al menos dinámica, que se genera entre el edificio, la calle¹⁷⁴, las personas que habitan el entorno y el medioambiente que los circunda, para que todos ellos recuperen de forma más equilibrada el lugar que representan para la comunidad.

Sin embargo, no se debe identificar la técnica de los Form-Based Codes con el New Urbanism, por lo que en este punto me limitaré a describir las principales características de esta corriente y —lo que es más importante— a ubicarla en su justa medida en el panorama normativo preexistente para que podamos ponderar el peso que tiene o puede llegar a tener en el marco jurídico y físico de las ciudades y en el futuro urbanístico estadounidense¹⁷⁵.

Es posible identificar cómo los primeros modelos que hacen referencia a los Formed-Based Codes se elaboran a partir de las aportaciones doctrinales de Christopher Alexander y su extensa obra *A Pattern Language*¹⁷⁶. Recuperando la base científica propia de la zonificación y también del planeamiento urbanístico, Alexander examina cómo determinados elementos arquitectó-

¹⁷³ Vid. Peter KATZ, *The New Urbanism. Towards an Architecture of Community*, McGraw-Hill, Nueva York, 1993.

¹⁷⁴ Estos autores, abanderados del New Urbanism, parten de una idea muy presente en el pensamiento de Idefonso Cerdá, la unión entre calle y casa, que a Cerdá le sirve no sólo para «dar forma» a la ciudad, sino también para justificar la financiación y los modos de obtención de las mismas, vid. Marta LORA-TAMAYO VALVÉ, o. cit., 2002.

¹⁷⁵ Existen también voces muy críticas hacia este nuevo modelo de nuevas ciudades al estilo disneylandia. Vid. Ute Angelika LEHRER y Richard MILGROM, «New (Sub)Urbanism: Countersprawl or Repackaging the Product», en *Capitalism, Nature, Socialism*, vol. 7, n.º 26, 1996, pp. 49-64.

¹⁷⁶ Christopher ALEXANDER; Sara ISHIKAWA y Murray SILVERSTEIN, *A Pattern Language. Towns. Buildings. Construction*, Oxford University Press, Nueva York, 1977.

nicos y urbanísticos encajan con los distintos usuarios y, a partir de este análisis, establece determinadas pautas, parámetros y principios de funcionamiento urbano en todos sus ámbitos y escalas. La obra de Alexander se dirige a cualquier elemento urbano, desde la ventana de un edificio, a una servidumbre de paso, como a una ciudad al completo o una región, al entender que la forma urbana no es simplemente una cuestión estética, sino que puede haber criterios racionales que sustenten determinadas decisiones y opciones que permitan construir una metodología común de aproximación a los elementos urbanos. Los Form-Based Codes serán la implementación práctica de ese método.

La segunda obra capital que sentó las bases de esta nueva corriente fue *Visions of a New American Dream*¹⁷⁷, en la que se desarrollaba lo que Nelessen calificó como un «visual preference surveys» —un sistema de preferencias visuales— el cual, a través de un estudio de campo y encuestas, permitiría conocer las preferencias urbanísticas de los ciudadanos. Con estos datos las Administraciones urbanísticas podrían justificar sus decisiones basándose, no tanto en cálculos científicos, como en la relación racional entre la acción que iban a realizar (zonificar) y el objetivo que pretendían conseguir. El interés de este método se encuentra en que intentaba superar el cientifismo puro, en muchas ocasiones apartado de la realidad, y sobrepasar el listón y el baremo jurisprudencial que tanto había influido en el planeamiento urbanístico del test o control de racionalidad, pues su punto de partida era la percepción que de la ciudad y su futuro tenían sus habitantes y no una mejor o peor opción de determinado técnico, con mejor o peor reputación.

A partir de estas dos singulares aportaciones, los Form-Based Codes comenzaron a prefigurar cómo debían ser las ciudades y no tanto cuánto debía haber en una determinada zona. Un ejemplo paradigmático de la plasmación operativa de los Form-Based

¹⁷⁷ Anton C. NELESSEN, *Visions of a New American Dream: Process, Principles and an Ordinance to Plan and Design Small Communities*, APA Planners Press, Chicago, 1994.

Codes son, entre otros, los Traditional Neighborhood District (TND)¹⁷⁸ y los Smart Codes¹⁷⁹.

Ante la heterogeneidad de regulaciones estatales podría parecer aventurado realizar una conclusión acerca del peso que la zonificación, los PUD y los nuevos Form-Based Codes ejercen sobre la ciudad estadounidense, sin embargo, —como certeramente entiende Elliot¹⁸⁰— el resultado es en la mayoría de los casos muy similar. En la mayor parte de ciudades estadounidenses existe una base zonificada por distritos que cubre las áreas urbanizables de la ciudad: los distritos cubren la totalidad de las zonas urbanas al igual que los condados ocupan la totalidad del suelo de los estados, las variaciones que hayan podido surgir con el paso del tiempo por la aprobación de PUD originaria o la zonificación a través de los Form-Based Codes modifican la zonificación pero en ningún caso la reemplazan. Los PUD suelen ser iniciativas promovidas por un propietario que propone alternativas de uso a las zonas preestablecidas en la ordenanza y que aparecen en el plano de zonas del mismo modo que las ciudades puedan aparecer en el plano de un estado, muy pocas ciudades han adoptado de forma integral un sistema negociado de usos del término municipal obligadas por la aprobación de un PUD.

Así pues parece que esta nueva normativa —concebida en muchas ocasiones como derecho indicativo o *soft law*— hasta el momento solo sirve para desarrollar o completar la ordenación zonificada, aunque en algunas ocasiones y, sobre todo, en lugares de nueva urbanización están comenzando a utilizarse como alternativas o incluso como disposiciones de directa y obligada aplicación en distritos muy concretos de la ciudad.

¹⁷⁸ El modelo de los Traditional Neighborhood District Ordinances se desarrolló en la Universidad de Wisconsin por Brian Ohm, James La Vro Jr., y Chuck Strawer y fue adoptado en gran número de ciudades estadounidenses, bien como planes formales públicos y publicados o bien como modelos de guía, basados en las premisas formuladas en las obras de referencia.

¹⁷⁹ Los Smart Codes son mucho más ambiciosos, pues pretenden extender sus previsiones al ámbito completo de la ciudad.

¹⁸⁰ *Vid.* Donald L. ELLIOT, ob. cit., 1957, p. 34.

Si bien —y a pesar del optimismo mostrado por los defensores del *form-based coding*— Elliot¹⁸¹ advierte que la zonificación euclidiana no está ni mucho menos muerta ni en estado de extinción. Por una parte, porque —desde una perspectiva técnica— los Form-Based Codes no contemplan con la profundidad y la tecnificación debidas la totalidad de los procedimientos y las herramientas necesarias para hacer ciudad: desde cuestiones menores como las estructuras accesorias hasta procedimientos de modificación de las ordenanzas, definiciones, usos permitidos y prohibidos, etc. Por esta razón, quizás habría que precisar que los Form-Based Codes tan solo podrían sustituir a la zonificación en los aspectos que hacen referencia al diseño edilicio y a los usos de zonas muy concretas, pero nada más. La segunda razón es algo más filosófica y entronca con el pensamiento de Jane Jacobs en su mítico *The Death and Live of Great American Cities*¹⁸², y es que no todos los lugares son Lugares, es decir, no todos los suelos tienen el potencial suficiente como para que la propia municipalidad quiera invertir el dinero suficiente en crear un detallado código que haga del mismo un Lugar memorable. A eso se dedican en gran medida los *form-based coders*, pero hay muchos lugares que no se quedan en la memoria visual pública y en esos lugares el propietario quiere edificar lo que quiere edificar y no se levanta pensando «¿Qué quiere la ciudad que edifique?», sino «Voy a edificar» y es para ellos para los que está prevista la regulación tradicional zonificadora.

Dicho en otras palabras, el Form-Based Code parece responder más a criterios estéticos¹⁸³ que genuinamente urbanísticos y se queda en la fachada, ajardinada eso sí, pero es un urbanismo de fachada que no recoge todas las implicaciones jurídico económicas que se derivan del proceso de hacer ciudad.

¹⁸¹ *Ibidem*, Elliot titula el prólogo de su obra «An optimistic moment».

¹⁸² Jane JACOBS, ob. cit., 1993, p. 558.

¹⁸³ Sobre la estética en la ciudad, *vid. in totum* Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Estética y paisaje urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*, La Ley, Madrid, 2011.

3.2.6. Zonificación y derecho a urbanizar. ¿Quién hace ciudad en Estados Unidos?

La configuración del derecho a urbanizar como prerrogativa inherente al derecho de propiedad no es un tema abordado de forma sistemática, directa ni constitucionalmente en el ordenamiento estadounidense. No obstante, la jurisprudencia ha dedicado encomiables esfuerzos a determinar controles que permitan distinguir entre una expropiación y una regulación no indemnizable¹⁸⁴, de cuyas conclusiones se puede extraer una concepción concreta del derecho a urbanizar, derivada asimismo de una concepción —estatutaria o no— del derecho de propiedad.

Los calificados como derechos del urbanizador (*developers rights*) se abordan desde tres perspectivas diferentes: como derechos civiles, desde un punto de vista convencional y desde una visión económica, a través de la figura de los Transfer of Development Rights o Transferencias de Derechos de Urbanización:

En un principio, los derechos del urbanizador son canalizados desde una perspectiva civilista. Y así en el proceso más simple, descrito anteriormente¹⁸⁵, que conforman las parcelaciones urbanísticas (*subdivision controls*) y en ausencia de una normativa específica estatal o local al respecto, en caso de que exista una variación en la ordenación el posible resarcimiento del urbanizador se podrá impugnar a través de la figura civil de los derechos adquiridos (*vested rights*).

En este sentido, en algunos estados se han aprobado normas acerca de los derechos adquiridos en caso de variación de la normativa zonificadora o del planeamiento urbanístico siguiendo la doctrina tradicional del *common law*¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», en *InDret*, n.º 1, Barcelona, 2012.

¹⁸⁵ Vid. *supra*, p. 101.

¹⁸⁶ El caso del estado de Oregón es muy significativo porque permitía a los propietarios de suelo —a través de la Measure 37— solicitar retroactivamente

La jurisprudencia ha ido mostrando de qué forma, cómo y cuándo caben este tipo de indemnizaciones y ha perfilado, implícitamente, la concepción que del derecho a urbanizar se debe tener. Si bien, de las deducciones implícitas que deben hacerse para entroncar con un tema capital en otros ordenamientos, se observa que no es un asunto que suscite preocupación, en tanto que no es objeto ni de reflexión doctrinal ni de resoluciones jurisprudenciales significativas, al menos en cuanto a su vinculación con el derecho de propiedad.

Así, en *Dawe v. City of Scottsdale*¹⁸⁷, el propietario de una parcela impugnó la aprobación de un nuevo plan de parcelación antes de la aplicación de una nueva ordenanza de zonificación, que tendría como efecto disminuir el aprovechamiento urbanístico de las parcelas. El tribunal rechazó el razonamiento del propietario en el que argumentaba ostentar un derecho adquirido al desarrollo de las parcelas, cuando no existía intención alguna de mejorar la propiedad y había permanecido vacante desde el momento de la aprobación de la parcelación hasta la implementación de la nueva ordenanza de edificación.

En el mismo sentido, en *Avco Community Developers Inc v. South Coast Regional Commission*¹⁸⁸ el urbanizador había gastado más de tres millones de dólares en mejorar la propiedad teniendo en mente la aprobación final de un plan y la solicitud de un permiso de urbanización de alrededor de 7500 acres (3035,14 ha). El Estado varió la regulación y exigió al propietario el cumplimiento de la nueva normativa. El Tribunal Supremo de California entendió que el propietario no gozaba de derechos adquiridos —aunque hubiera realizado una inversión considerable— porque al propietario nunca se le había otorgado la licencia por parte de la agencia municipal. El tribunal entendió que razonar de un modo distinto supondría suprimir la potestad dis-

indemnizaciones por la variación de las ordenanzas de zonificación que pudieran haber repercutido en una pérdida de valor de su propiedad.

¹⁸⁷ *Dawe v. City of Scottsdale*, 119 Ariz. 486, 581 P. 2d 1136 (1978).

¹⁸⁸ *Avco Community Developers Inc v. South Coast Regional Commission*, Cal. Sup. Ct. 553 P. 2d 546 (1976).

crecional de la autoridad administrativa en el control de las políticas de urbanización y desarrollo del suelo.

Sin embargo, algunos estados se han enfrentado a este asunto resolviéndolo por la vía convencional, es decir, autorizando la aprobación de una normativa que permita llegar a acuerdos en caso de que la normativa urbanística varíe¹⁸⁹.

Los denominados acuerdos entre urbanizadores (*developer agreements*) son, en esencia, acuerdos entre el municipio y el urbanizador en los que el primero se compromete a garantizar al urbanizador el derecho a urbanizar durante un plazo determinado de años, independientemente de que existan cambios normativos o subdivisiones, a cambio de la obtención de dotaciones públicas que de otro modo el municipio no estaría legitimado a exigirle.

Este tipo de acuerdos han sido —cómo no— muy discutidos doctrinal y jurisprudencialmente, puesto que se trata de una negociación sobre el poder de policía, en la medida en que se está prometiendo no variar el uso de una determinada zona bajo determinadas condiciones.

*Ginger v. City of Omaha*¹⁹⁰ se caracterizó por aprobar un acuerdo con un urbanizador (*developer agreement*) como una forma de zonificación condicionada o modal. El acuerdo fue confirmado porque se interpretó que no estaba disponiendo ilegalmente del poder de policía, sino que el acuerdo —más que limitarlo— cubría el poder regulatorio.

A partir de estos planteamientos se puede entender —desde una percepción inserta en su propio ordenamiento— la existencia de un mercado de derechos de urbanización que se ha regulado a través de la técnica de los Transfer of Development Rights (TDR).

Si la zonificación surgió para racionalizar los usos de la ciudad ya construida en el Nueva York de los años veinte del pasado

¹⁸⁹ *Vid.* John R. NOLON y Patricia E. SALKIN, ob. cit., 2006, p. 127.

¹⁹⁰ *Ginger v. City of Omaha, Neb.* (1989).

siglo, la técnica de los TDR surge unos años más tarde en la misma ciudad para resolver otro problema concreto.

Penn Central Transportation —propietaria de la estación Grand Central Terminal— pretendía construir una adición a la estación de 53 plantas sobre el edificio protegido, construido en 1913. La ciudad decidió que la torre destruiría el carácter de la estación, por lo que permitió transferir los derechos de edificación a propiedades adyacentes de la misma compañía y de esa forma preservar el edificio en su estado original.

Muchos técnicos del planeamiento urbanístico¹⁹¹ han concedido la técnica y los programas TDR como una forma de desplazar la zonificación del ámbito de decisión política¹⁹². Con los TDR será el mercado el que decida el uso del suelo, la densidad de las localizaciones o si se debe compensar a los propietarios cuyos derechos se vean reducidos o limitados, con la finalidad de preservar algún bien de interés social o común sito en los mismos, como podrían ser los espacios libres, rústicos o el patrimonio histórico.

En principio, los TDR son una herramienta de enorme potencial, si bien, en su más de medio siglo de historia, no parecen haber tenido tanto éxito como se esperaba y sus críticos¹⁹³ son muchos, como se verá a continuación.

La idea de transferir derechos de urbanización entre propiedades se introdujo por primera vez en Nueva York tras la apro-

¹⁹¹ Vid. Michael P. BROOKS, *Planning Theory for Practitioners*, APA-Planners Press, Chicago, 2002; Reid EWING, *Best Development Practices: Doing the Right Thing and Making Money at the Same Time*, APA-Planners Press, Chicago, 1996.

¹⁹² En el fondo, esta justificación no deja de ser un nuevo taylorismo, pero separar la técnica de la decisión política es —a mi juicio— un imposible. Como ya se ha visto anteriormente, la técnica servirá para justificar racionalmente la decisión, pero en ningún caso puede llegar a ser un sustituto de la misma ni del mercado.

¹⁹³ Robert LANE, «Transfer of Development Rights for Balanced Development», en *Land Lines*, vol. 10, n.º 2, Boston, 1998. Disponible en línea: http://www.lincolnst.edu/pubs/424_Transfer-of-Development-Rights-for-Balanced-Development; Franklin G. LEE, «Transferable Development Rights and the Deprivation of All Economically Beneficial Use: Can TDR's Salvage Regulations that Would Otherwise Constitute a Taking?», en *Idaho Law Review*, vol. 4, n.º 3, 1998, pp. 679-710.

bación de la primera ordenanza de zonificación de 1916. Los primeros programas de TDR ¹⁹⁴ permitían a los propietarios del suelo vender sus derechos de suelo a parcelas adyacentes que, de esta forma, podían exceder los nuevos requerimientos de altura y fondo de los solares. Sin embargo, en 1968 la comisión de planeamiento municipal (*city planning commission*) modificó las reglas para permitir las transferencias también entre parcelas distantes entre sí. A principios de los años ochenta, las medidas establecidas por muchas regulaciones resultaban ineficientes desde la perspectiva de la protección de incendios y los legisladores (*policy makers*) buscaban formas de control y de gobierno mediante la utilización del mercado ¹⁹⁵. Teniendo en cuenta el éxito que algunas técnicas similares estaban teniendo en otros ámbitos —como en la emisión de gases o en la creación del sistema de créditos de derechos de contaminación (*tradable pollution credits*)—, los usos de suelo no tenían por qué ser una excepción.

Los programas de TDR permiten a los propietarios de suelo trasladar sus derechos edificatorios (*building rights*) a otra propiedad. El comprador de los derechos es normalmente otro propietario que busca incrementar la densidad de su desarrollo, si bien también las autoridades y entidades locales pueden ser potenciales compradores de estos derechos, con la intención de controlar los precios del suelo, preservarlo de su desarrollo o una regulación pormenorizada. De esta manera, la privación del derecho a urbanizar, en caso de que el suelo se declare susceptible de una determinada protección —ambiental o protección del patrimonio—, se hace menos gravosa para el propietario del suelo, quien puede vender su derecho de urbanización, siempre y cuando, por supuesto, la normativa le haya reconocido cierta capacidad de urbanizar o edificar, que será lo que pueda transferir.

¹⁹⁴ Vid. Robert A. JOHNSTON y Mary E. MADISON, «From Landmarks to Landscapes: A Review of Current Practices in the Transfer of Development Rights», en *Journal of the American Planning Association*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 365-378.

¹⁹⁵ Jeffrey HENIG, «Privatization in the United States: Theory and Practices», en *Political Science Quarterly*, vol. 104, n.º 4, 1989-1990, pp. 649-670.

Los programas de TDR responden pues a una doble finalidad. Las autoridades locales pueden recurrir a ellos para mitigar el impacto económico que la legislación urbanística pueda producir y, especialmente, para compensar a los propietarios de lo que podrían considerarse expropiaciones parciales y que, en la legislación urbanística y la jurisprudencia, no son motivo de compensación —como en los casos de los *downzoned*, en los que el uso del suelo pasa de ser residencial a rústico por cuestiones de protección ambiental, entre otras—.

Aunque los programas de TDR no reemplazan ni sustituyen la normativa zonificadora, permiten que esta —que en la mayoría de las ocasiones fija los usos de una forma muy rígida— pueda ser implementada de forma más flexible. Por esta razón, los gobiernos locales se sienten menos presionados políticamente al zonificar si saben que, gracias a los TDR, los propietarios pueden ser compensados por la supuesta pérdida de sus derechos.

Al mismo tiempo, un buen programa TDR permite reducir la solicitud de variaciones puntuales en las ordenanzas de zonificación, puesto que los urbanizadores prefieren acudir al mercado para negociar o comprar derechos adicionales de urbanización y no recurrir a sus conexiones, más o menos legales, en el municipio. Los urbanizadores se benefician de la claridad y la consistencia del programa, en vez de incurrir en el coste y los riesgos de la negociación de las variaciones o modificaciones puntuales.

Sin embargo, los desafíos a los que se enfrentan los programas de TDR son considerables. Para empezar, no disminuyen, ni simplifican la necesidad de zonificar o de aprobar un planeamiento urbanístico, de hecho, solo son verdaderamente operativos en conjunción con fuertes y estrictas ordenanzas de zonificación y con un buen planeamiento urbanístico local, y requieren, además, de la existencia de una verdadera voluntad política¹⁹⁶. Este es precisamente uno de sus principales problemas, estos programas suelen necesitar una mayor burocratización de la Administración urbanística competente en la materia, que haga operativo

¹⁹⁶ Robert LANE, art. cit., 1998.

el sistema de intercambio de aprovechamientos. Las autoridades locales deben supervisar y controlar —o contratar a un tercero para que lo haga— el mercado de aprovechamientos y de derechos de urbanización, rastrear y proteger las restricciones formales y asistir en la preparación de los documentos de transferencia. Incluso, en algunos casos, es la propia autoridad local la que regula el mercado a través de los bancos de transferencias u otros instrumentos

Otro de los principales obstáculos con los que se encuentran los programas de TDR —impensable en el entorno español— es que, a pesar de los esfuerzos por hacer entender en qué consiste esta herramienta económico-jurídica, resulta difícil encontrar áreas o distritos en los que se quiera aceptar un aumento de la densidad de población y vivienda, puesto que esta se identifica —a causa de la propia tradición histórica de zonificación por distritos y de la hegemonía del modelo de vivienda unifamiliar— con un aumento de los conflictos sociales que puede llevar a la disminución del valor de la propiedad y de la calidad de vida.

La clave del éxito de un buen TDR radica en la capacidad de control del mercado por parte de los gobiernos locales¹⁹⁷, así como en la existencia de instrumentos de planeamiento y control del uso del suelo eficaces y omnicomprendivos. Los municipios deberán planificar y delimitar suficiente suelo para tener dos tipos de áreas: áreas de recepción (*receiving areas*) y áreas de envío (*sending areas*), al tiempo que es necesario algún tipo de acuerdo regional o intermunicipal para asegurar la justa distribución de desarrollo y de compensaciones fiscales.

¹⁹⁷ Muchos estados que han intentado implementar un programa de TDR han seguido el modelo del condado de Montgomery, Maryland, conocido porque, desde su incorporación a un programa de TDR en 1980, se han logrado proteger del desarrollo urbanístico alrededor de 50 000 acres (200 km² aprox.), de espacios libres y suelo rústico. Su éxito radica en la capacidad de creación de un mercado ágil y real de transferencia de aprovechamientos y derechos de urbanización. *Vid.* Montgomery County Planning Board, *Meeting minutes of July 25, 2002*. Disponible en línea: <http://www.montgomeryplanningboard.org/meetings_archive/02_meeting_archive/agenda_072502/agenda_072502.htm> [Consulta: 30/05/2013].

Además, el planeamiento urbanístico debe responder de forma directa a los intereses de la comunidad, tanto para su desarrollo, como para la protección de los terrenos, ya que su ejecución depende de la operatividad y de la agilidad del mercado de aprovechamientos. Cuanta mayor sea la identificación entre la realidad proyectada y la realidad ejecutada, más ágil será el intercambio de aprovechamientos y lo mismo para el caso de la protección de terrenos del proceso urbanizador.

En las áreas de envío o de oferta (*sending areas*) los propietarios de suelo deben estar motivados para vender sus derechos de urbanización antes que desarrollar esas áreas ellos mismos. Esta motivación suele forzarse recurriendo a técnicas como la disminución de la densidad (*downzoning*) en la norma zonificadora o a otro tipo de medidas de protección ambiental, o dificultando el establecimiento de servicios públicos en esas zonas. Estos factores ejercen presión sobre los propietarios para vender sus derechos de urbanización o edificación. Es fundamental remarcar que —a pesar de la protección que se le dé a estos suelos— los programas de TDR solo pueden funcionar si en las áreas de oferta siguen existiendo ciertos derechos, establecidos en la norma o en el plan, que permitan urbanizar. No podrían efectuarse si la protección fuera absoluta, puesto que no habría mercado. Esta condición parece basarse en la idea de que el derecho a urbanizar es, por tanto, ínsito al derecho de propiedad o que siempre hay un mínimo urbanizable o edificable en toda propiedad. Por otra parte, un valor favorable desde el área de envío al área de recepción puede que haga de la transferencia un negocio lo suficientemente lucrativo como para convencer a los propietarios de suelo de la oportunidad que supone.

Por su parte, la fijación y el establecimiento de las áreas de demanda o de recepción (*receiving areas*) es otro de los aspectos que determinan el éxito de un programa TDR.¹⁹⁸ Un mercado de transferencias de aprovechamiento que funcione necesita que en las áreas de recepción exista una demanda de desarrollo

¹⁹⁸ Dennis CANAVAN, «What is a TDR?». Conferencia patrocinada por el Land Conservancy of San Luis Obispo County, California, 20 de marzo de 1993.

más denso que el admitido habitualmente. Es lo que ocurrió en el caso de la estación de Grand Central Terminal en la ciudad de Nueva York y que fue el origen de las primeras transferencias de derechos de edificación. Otro ejemplo emblemático fue el del condado de Montgomery en Maryland¹⁹⁹, en el que los urbanizadores utilizaron los créditos o derechos transferidos para edificar zonas muy atractivas orientadas al tránsito peatonal.

El principal requisito para que el mercado de TDR funcione y sea efectivo es que las propias autoridades locales eliminen las alternativas, más o menos legales, que puedan darse para llegar al mismo fin —es decir, para aumentar la densidad edificatoria y proteger determinadas zonas—, como pueden ser las denominadas *variances*, equivalentes a lo que en España entendemos como modificaciones puntuales del planeamiento urbanístico. En estos casos los programas de TDR se convierten en una necesidad y en la única opción legítima permitida por el ordenamiento.

Siguiendo esta misma dirección, las autoridades locales han aplicado otros incentivos —como exenciones fiscales— para que los urbanizadores compren el máximo de derechos de edificación²⁰⁰, pero —como decía más arriba— la clave radica en la asimilación y aprehensión por parte de la comunidad, especialmente en las áreas de recepción o demanda, de las bondades del sistema.

Este es el cambio sociológico que aún no se ha producido en Estados Unidos y el porqué del fracaso —o, al menos, de la falta de una proliferación masiva— de un instrumento técnica, jurídica y económicamente muy flexible y con una enorme potencialidad. Aparece de nuevo ese fantasma que campea por todo el ordenamiento urbanístico estadounidense y que en esta ocasión identifica el aumento de la densidad con un aumento de la conflictividad y por ello se rechaza, aunque vaya acompañado de la promesa del beneficio económico. No acaba de des-

¹⁹⁹ *Vid.* nota 197.

²⁰⁰ Rick PRUETZ, *TDR Developments in the West*, Conferencia anual de Land Use del Rocky Mountain Land Use Institute, 2002.

pertar demasiado interés por suponer una hipotética reducción de la calidad de vida y una disminución, por tanto, del valor de la propiedad.

En aquellas comunidades en las que los programas de TDR son operativos, la transferencia de derechos se convierte en moneda de desarrollo. El valor —y no el precio— del desarrollo de un crédito de TDR se establece de tal forma que iguale a otro. Los créditos pueden ser comprados y vendidos en cualquier momento y no solamente en el caso en el que un desarrollo o un área concreta en la zona de demanda o recepción quiera o deba ser urbanizada o edificada. De ahí que los créditos de TDR se conviertan habitualmente en formas de inversión, accesibles para cualquiera y no solo para posibles urbanizadores. Ciudadanos locales, sociedades inmobiliarias (*land trusts*) o inversores pueden tener intereses en este mercado más allá del propio interés por realizar la urbanización o edificación.

En algunos casos, los municipios pueden dar un paso más y actuar como reguladores de este mercado, ya sea comprando derechos transferibles para venderlos en un futuro o creando un banco de transferencias de aprovechamientos. De esta forma los municipios actúan como una reserva federal que influye en el precio de los derechos. Además, algunas comunidades establecen condiciones en la venta de los derechos a través de su banco que les permiten intervenir en otros ámbitos del desarrollo urbanístico, desde aspectos estéticos a requisitos para la financiación de viviendas asequibles.

En algunos casos, si el municipio compra derechos que luego no vende, el programa funciona como una herramienta de restricción del crecimiento, similar a la figura más común, denominada compra de derechos de urbanización (*purchase of developer rights program*). La fijación y cuantificación del posible mercado de TDR disponible suelen establecerse en una relación de dos a uno (*one sending credit at two potential receiving credits*), esta proporción deja el suficiente espacio a las áreas de recepción o demanda para que sean desarrolladas sin necesidad de ejecutar el máximo potencial de densidad permitida en el área de recepción.

Como ya he adelantado anteriormente, las *takings* o expropiaciones —junto con el proceso de asimilación a la expropiación al que la evolución jurisprudencial ha ido sometiendo a un gran número de intervenciones normativas administrativas que se pueden identificar con una privación de la propiedad que no haya sido indemnizada y debiera serlo— constituyen las cuestiones básicas desde la perspectiva doctrinal del derecho urbanístico estadounidense. En este sentido la relación que se puede establecer entre la evolución de la interpretación de la Quinta Enmienda y los programas de TDR conduce a que se plantee si los programas de transferencia de aprovechamientos urbanísticos pueden ser asimilados con una expropiación o no, es decir, si se pueden considerar como una *taking*.

El concepto de expropiación o *taking* se encuadra bajo el paraguas de la apropiación física de la propiedad por parte del Estado, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo —desde la temprana sentencia *Penn Coal* de 1922— interpretó que si el Estado se excedía de tal forma en su regulación que esta resultara tan gravosa para el propietario como para que llegara a tener el mismo efecto que una invasión física del terreno, se podría considerar que se trataba de una regulación expropiatoria. Sin embargo, solo se considera la indemnización cuando la regulación suponga la pérdida total del valor del terreno, por lo que una expropiación parcial o una regulación que prive parcialmente del valor del terreno no se considera que tenga carácter expropiatorio, no es una *taking*. Por esta razón, las Administraciones locales y el Estado promueven iniciativas que puedan gravar parcialmente la propiedad y los programas de TDR encajan perfectamente en este tipo de medidas pseudoexpropiatorias.

En este mismo sentido, la también conocida sentencia *Penn Central v. City of New York*²⁰¹ dio a entender que los créditos que generan los programas de transferencia de aprovechamientos tienen un valor que impide que se considere como una privación total del uso y, por tanto, no exige compensación alguna.

²⁰¹ *Penn Central Transportation Co. v. New York City*, 438 U. S. 104, 127 (1978).

Si bien la más reciente sentencia *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*²⁰² —cuyo ponente fue el polémico juez Scalia— en su voto particular interpretó que los programas TDR nada tienen que ver con el uso del suelo al que se vinculan: «El derecho a usar y a urbanizar la propiedad difiere del derecho que se le pueda conferir a un tercero para que pueda usar y urbanizar ese suelo»²⁰³. De todas formas, Scalia mantiene que los programas de TDR son instrumentos válidos de control del uso del suelo, pero no los considera un medio que impida a las Administraciones evitar una reclamación expropiatoria. Aunque la sentencia precitada —*Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency*— solo afectaba a la esfera más superficial del asunto, pues se hacía referencia a parcelas que, en un área de oferta, se privaban de todo derecho a urbanizar o edificar. En la medida en que exista un baremo mínimo de urbanización o edificación permitido a un grupo de propietarios (*particular set of landholdings*) no habrá espacio para una reclamación expropiatoria (*takings claim*). Por esta razón, el exitoso ejemplo de Montgomery County se mantuvo inteligentemente dentro de estos límites, puesto que en muy raras ocasiones se zonificaba como zona de crecimiento cero (*zero-growth zone*), sino que implementaba un mínimo de una vivienda por cada 25 acres (10,12 ha) en las zonas de oferta (*sending areas*). El resultado ha sido la proliferación de zonas rurales sobrevaloradas (*overpriced rural states*) que eran menos deseables que otras zonas típicamente rurales, pero más atractivas que la alternativa de la extensión descontrolada del área urbana (*urban sprawl*)²⁰⁴.

A pesar de que los programas de TDR se han categorizado como instrumentos presuntamente técnicos que alejan la decisión política y discrecional de los usos del suelo, no han resultado ins-

²⁰² *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency* (96-243), 520 U. S. 725 (1997).

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Vid.* Rick PRUETZ, «Commentary on *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency* decision», en *Viewpoint Planning*, Chicago, 1998; *idem*, *Saved By Development: Preserving Environmental Areas, Farmland, and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights*, Arje Press, Burbank, California, 1997.

trumentos asépticos en absoluto, sino que han dado fruto a polémicas en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

Jason Hanly-Forde²⁰⁵ identifica la preservación y la indemnización como los dos objetivos iniciales de los programas de TDR. Con carácter general, el objetivo de la conservación se cumple en casi todos los programas TDR, aunque es lo más fácil de conseguir con una norma coercitiva. Sin embargo, el verdadero inconveniente —no solo de esta medida, sino probablemente el quid de la intervención administrativa en el suelo— es lograr la justa compensación para el propietario del suelo al que se le ha privado de determinados derechos.

Los defectos en los programas TDR se encuentran en la búsqueda y localización de zonas de recepción o de demanda, es decir, en las zonas dispuestas a aumentar su densidad urbanizadora o edificadora. Aquellos que poseían derechos en estas zonas vieron cómo el valor de sus terrenos disminuía con la implementación e incorporación del TDR sobre la zona²⁰⁶.

Salamon, por su parte, lleva a cabo un análisis de estos programas a partir de cinco elementos que considera necesarios para cualquier herramienta de buen gobierno: efectividad, eficiencia, equidad, simplicidad y legitimidad²⁰⁷.

El análisis sobre la eficacia de los TDR se suele realizar desde dos puntos de vista: por un lado, se aprecia que los costes administrativos suelen superar a los de las zonificaciones simples o tradicionales, puesto que es necesario poner en marcha los mer-

²⁰⁵ Jason HANLY-FORDE; George HOMS; Katherine LIEBERKNECHT y Remington STONE, «Transfer of Development Rights Programs. Using the Market for Compensation and Preservation», Cornell University, Department of City and Regional Planning [s. a.]. Disponible en línea: <<http://www.mildredwarner.org/gov-restructuring/privatization/tdr>>. [Consulta: 30/05/2013].

²⁰⁶ Vid. Judd SCHECHTMAN, «Keeping Castles of the Sand: The successful Use of TDR as a Means to Avoid Expropriation in the Coastal Zone», comunicación presentada en Property Rights and a Changing Economy. 7th International Conference PLPR (13-15 de febrero de 2013), Portland, Oregón.

²⁰⁷ Vid. Jason HANLY-FORDE; George HOMS; Katherine LIEBERKNECHT y Remington STONE, *art. cit.*, [s. a.].

cados y lo que es más importante, controlarlos y regularlos, y además, no suponen ahorro alguno respecto a las técnicas clásicas de planeamiento, puesto que necesitan tanto el diseño de un plan general (*comprehensive plan*), como la redacción completa de las ordenanzas de edificación. Por otra parte, en algunas ocasiones, la única forma de preservar el suelo o el patrimonio histórico es comprar esa propiedad o sus derechos de urbanización (*development rights*), lo que resulta prácticamente imposible para muchas entidades locales que carecen de dinero público circulante —aún más en tiempos de crisis económica—, por lo que los TDR se convierten en la herramienta que permite utilizar la inversión privada para obtener esos objetivos públicos²⁰⁸.

¿Son los TDR esencialmente justos? ¿Redistribuyen los recursos a quienes lo necesitan? Los programas de TDR intentan repartir la riqueza generada por el desarrollo urbanístico permitiendo a los propietarios, especialmente a los propietarios rústicos, la transformación parte de su riqueza rústica en derechos de urbanización, de forma que conserven la tierra y su uso primario, pero vendan sus posibilidades urbanísticas. Sin embargo, algunas experiencias fallidas de programas de TDR han mostrado que una estimación poco ajustada de las áreas de recepción puede provocar que el propietario pierda todas sus opciones urbanísticas. Estos casos se dieron con propietarios que transformaron sus derechos de urbanización en créditos dentro de algún programa de TDR, pero al no encontrar un área en la que alojarse estos carecían prácticamente de valor, por lo que al final no podían ni vender sus derechos ni urbanizar en su propiedad.

El problema que en principio se pretendía solucionar en Nueva York en suelo consolidado —igual que en el origen de la zonificación— hace que se genere la medida y que esta sea operativa, sin embargo, al trasladarla a otro ámbito y con otro objetivo, se pierde y se dificulta mucho el alcance de su verdadera intención.

²⁰⁸ Vid. Gary WOLFRAM, «The Sale of Development Rights and Zoning in the Preservation of Open Space: Lindahl Equilibrium and a Case Study», en *Land Economics*, vol. 57, n.º 3, 1981, pp. 398-412.

En cuanto a la accesibilidad, es necesario tener en cuenta que la creación de un mercado de TDR puede resultar una tarea bastante compleja y en conexión directa con la realidad política y discrecionalidad administrativa, puesto que se deben crear áreas de recepción y de envío, es decir de oferta y demanda, planos de densidad e índices de solvencia. Algunos de estos programas requieren, además, el control administrativo de los mercados.

Legitimidad y viabilidad política. Un programa TDR implica también la necesidad de una conciencia pública y ciudadana del bien que se desea preservar y la necesidad del mercado que se desea crear para su preservación. Un programa de TDR cuyo objetivo inherente es compensar a los propietarios de suelo es, desde luego, mucho más correcto, políticamente hablando que la tradicional ordenanza de zonificación y parcelación del suelo. Sin embargo, cualquier restricción de los usos de suelo es siempre generadora de cierta controversia y los municipios deben suscitar el suficiente apoyo para poder implementarlos. Los programas de TDR que realmente han tenido éxito no han sido programas de laboratorio creados por una agencia de urbanismo, sino aquellos que contaban con un fuerte apoyo popular, además del respaldo político.

Así en el condado de Montgomery, la Comisión de Planeamiento conocía profundamente el sistema de economía agraria utilizado en aquellas zonas y eso le sirvió para favorecer a los agricultores en el trasvase de sus derechos y posibles ganancias de un ámbito de actividad económica a otro. En el Lago Tahoe los residentes locales se enfrentaron a una lucha por la calidad de las aguas y, en el Pinelands Program de Nueva Jersey ²⁰⁹, el programa de TDR fue el último esfuerzo en un largo recorrido normativo de protección agraria.

En definitiva, los programas de TDR serán herramientas o instrumentos de planeamiento válidos y utilizados por los gobiernos locales en la medida en que estos pretendan utilizar el mercado como forma de control de los usos del suelo. Pue-

²⁰⁹ <<http://www.state.nj.us/pinelands/pdcbank/>> [Consulta: 30/05/2013].

den ser instrumentos eficaces y justos que permitan hacer de la zonificación una herramienta más accesible, pues ofrecen dos beneficios clave a los gobiernos locales: compensan a los propietarios de suelo por la pérdida de valor de la propiedad generada por la zonificación y usan el mercado para la protección y preservación de bienes públicos. Sin embargo, los principales escollos con los que se encuentran estos programas son la dificultad de su implantación y el coste de la misma. Comparado con el sistema clásico, rígido y estático de la zonificación que las autoridades locales conocen y administran, los TDR deben aprender una nueva forma y un nuevo método que implica, nada menos que la creación de un mercado o su conversión en banco de suelo, o bien la subcontratación de un servicio tan delicado como este.

Muchos gobiernos locales están utilizando este tipo de medidas para impedir los efectos del aumento de la conflictividad en torno a la idea de la zonificación como una expropiación regulatoria o legislativa (*regulatory taking*). El mayor o menor éxito de estos programas radica también en que los lugares en los que se desarrollen sufran una fuerte presión urbanística y en los que las autoridades locales entiendan que sería difícil implantar un sistema tradicional de zonificación para llevar a cabo la protección y preservación de determinados suelos. O bien, que sean el único recurso para aquellas autoridades locales que no tengan suficientes medios económicos para comprar o expropiar los suelos que quiera preservar del desarrollo urbanístico, como ocurrió en Montgomery County. Sin embargo, la práctica local sigue siendo, a pesar de algunos éxitos cosechados, bastante reacia a la implantación de este sistema.

3.3. El planeamiento urbanístico y sus debilidades

3.3.1. Zonificación frente a planeamiento. Antecedentes históricos

Tras la aprobación de la Standard State Zoning Enabling Act de 1922, el Departamento de Comercio aprobó en 1928 la Stan-

Standard City Planning Enabling Act²¹⁰. Esta norma también contó con el apoyo de Herbert C. Hoover, quien afirmó que «la ausencia de espacios abiertos adecuados, de campos de juego y de parques, la congestión de las calles, la miseria de las viviendas y sus repercusiones en cada nueva generación, suponen una enorme lacra en la vida de los estadounidenses. Nuestras ciudades no producen su completa contribución a los recursos de la vida americana y al carácter nacional. Los asuntos morales y sociales solo pueden ser solucionados bajo una nueva concepción de la construcción de la ciudad». Para ello, nombró una importante comisión asesora encargada de la producción normativa orientadora para los estados en materia de planeamiento y zonificación²¹¹.

La Standard City Planning Enabling Act de 1928 cubría: el área de organización y poder de la comisión de planeamiento —encargada de preparar y adoptar el denominado Master Local Plan—; el contenido del Master Local Plan para el desarrollo físico del territorio; la provisión para la adopción del Master Street Plan por el gobierno local; la provisión para la aprobación de todas las mejoras que fueran susceptibles o necesarias por la comisión de planeamiento; el control de la subdivisión privada de la tierra —es decir, el control de las parcelaciones—; y la provisión para el establecimiento de una comisión regional para la provisión de un plan regional.

La City Planning Enabling Act de 1928 tan solo recomendaba que el planeamiento fuera aprobado por las Planning Boards (Juntas de planeamiento), mientras que las *zoning ordinances* serían aprobadas por los Local Legislative Bodies. Esta separación de responsabilidades, establecidas en la norma de delegación de planeamiento, suponía el *hara kiri* político del planeamiento. Además, se entendió como una forma lógica de diferenciar, por una parte, una idea visionaria y de futuro de la ciudad que tuviera impor-

²¹⁰ <<http://www.planning.org/growingsmart/pdf/CPEnabling%20Act1928.pdf>>. [Consulta 20/07/2013].

²¹¹ La Advisory Committee on City Planning and Zoning fue heredera, en la mayor parte de sus componentes, del primigenio American City Planning Institute, creado en 1917, *vid.* David A. JOHNSON, *ob. cit.*, 1996, pp. 55 y ss.

tantes efectos económicos y físicos en el valor de la propiedad y en el futuro de la comunidad y que podría tener mayor aceptación si era aprobada por estas comisiones independientes —compuetas, normalmente, por personas fijas, predeterminadas y no sujetas a elección popular y que ofrecían mayor margen de independencia política— y, por otra parte, las ordenanzas de zonificación, emanadas del *police power* y cuyo entronque con la realidad local era mucho más cercano ²¹².

La mayoría de las críticas hacia la Planning Enabling Act iban dirigidas a que había convertido el planeamiento urbanístico en un instrumento potestativo y no obligatorio, y a que no estableciera criterios claros sobre qué debía ser un plan de urbanismo.

La tradición del planeamiento urbanístico en Estados Unidos continuó en esa línea y así, siguiendo la estela del de 1928, Bettman aprobó un nuevo modelo municipal de planeamiento en 1935 en el que se insistía en la necesidad de profesionalización de los departamentos o secciones de planeamiento que permitieran a las localidades contar con profesionales del sector y planear de una forma más científica que política. También se sugería que el plan local incluyera aspectos como su localización general, carácter y extensión.

Posteriormente, en los años cincuenta, la Housing Act de 1954 ²¹³ fue la encargada de dar un nuevo impulso al planeamiento por la vía de los denominados *Local Land Use Plans*, similares a los planes de clasificación del suelo españoles. Como condición previa para obtener la financiación federal en el ámbito de la renovación urbana —tan necesaria en aquellos momentos—, así como otros programas, se obligó a los gobiernos locales a aprobar planes de uso del suelo (*land use plans*) que incluyeran esos usos, junto a elementos relativos a la vivienda, la circulación, los equipamientos y las instalaciones públicas. Este fue el último

²¹² JOHN R. NOLON y Patricia E. SALKIN, ob. cit., 2006, p. 187.

²¹³ Vid. B. T. MCGRAW, «The Housing Act of 1954 and Implications for Minorities (1940-1956)», en *Phylon*, vol. 16, n.º 2, Clark Atlanta University, 1955, pp. 171-182. Disponible en línea: <www.jstor.org/stable/272718>. [Consulta: 30/05/2013].

programa federal que concedió un apoyo fiscal para el desarrollo y adopción de planes locales.

La influencia de estas disposiciones —que funcionaban a modo de legislación indicativa (*soft law*), para ser aprehendida y aprobada por los estados y que debía servir de guía a las entidades locales— había quedado algo desfasada, ya que su punto de partida era la Model Act de 1928. Por esta razón, para intentar reactualizar prácticas comunes de planeamiento se aprobó, en 1954, el Model Land Development Code²¹⁴.

A partir de estos momentos, el planeamiento urbanístico derivó hacia una orientación de protección ambiental con modelos como el New Urbanism o el Smart Growth²¹⁵.

3.3.2. *Clases de planes*

El planeamiento urbanístico estadounidense es cualquier cosa menos rígido e inflexible, características que han definido, en cambio, los planes europeos de los últimos años. De hecho, ni siquiera existe una denominación genérica o común que se pueda identificar con los Planes Generales de Ordenación Urbana de España o los Planes de Ocupación de Suelo de Francia. Los planes urbanísticos han recibido distintas denominaciones en función de los estados y de los momentos históricos en que se aprobaran, así existen Master Plan, Comprehensive Plan, Comprehensive Master

²¹⁴ Los Model Land Development Codes aprobados por los estados pretenden coordinar e integrar toda la legislación estatal que controla o influye en la urbanización de suelo. Los temas tratados en el Código incluyen la distribución de competencias entre los gobiernos estatales y locales y el grado en el que un plan formal debe ser requisito previo a la regulación. Otras características importantes del Código son las disposiciones que autorizan la adquisición pública y la disposición de derechos reales sobre inmuebles con el fin de facilitar el desarrollo o la conservación o para alcanzar objetivos de planificación, incluyendo la suspensión de un uso existente (en los casos en que los que corresponda indemnizar al propietario), el tratamiento sistemático de la ejecución y la revisión judicial, y el esfuerzo por mejorar la accesibilidad de la información sobre la acción gubernamental en este campo por la mejora de los registros de propiedad.

²¹⁵ *Vid. infra* § 5.2.1.

Plan, Land Use Plan, Comprehensive Land Use Plan, Local Land Development Plan, Local General Plan, Oficial Master Plan, etc. Además, tampoco ha existido acuerdo en la naturaleza y el contenido del plan mismo, en ocasiones, debían limitarse a una función indicativa o incluir también aspectos económicos, demográficos y sociales. Tampoco la denominación *comprehensive* aporta mayor claridad, en tanto que no existe una determinación unívoca de aquello que comprende. A pesar de todo ello intentaré presentar una visión general de las características comunes del planeamiento urbanístico en Estados Unidos.

En Estados Unidos, el planeamiento es una foto de una comunidad local que muestra las grandes líneas de actuación (*guidelines*) de su futuro, pero no fija aprovechamientos ni es determinante para establecer el régimen jurídico de la propiedad del suelo.

- *Comprehensive plans* o *master plans*. Según las estadísticas realizadas por la American Planning Association²¹⁶, alrededor de quince estados han establecido en su normativa urbanística (*land use codes acts*) la obligatoriedad de aprobar *comprehensive* o *master plans*, otros veinticinco estados establecen su aprobación condicional, mientras que en otros diez estados el planeamiento urbanístico es opcional y en otros casos el planeamiento debe recibir aprobación regional o estatal²¹⁷.

- Redacción del plan. El planeamiento urbanístico en Estados Unidos es de iniciativa local, la potestad de planeamiento emana de la delegación estatutaria mediante normas de delegación —las denominadas *enabling acts*—, que legitiman a las autoridades locales para aprobar estos instrumentos.

La redacción de los planes suele ser delegada por las autoridades locales a los órganos competentes en materia de planeamiento o comités (*planning boards*) para que diseñen un determi-

²¹⁶ <<http://www.planning.org/>>. [Consulta: 30/05/2013].

²¹⁷ Los Land Use Codes o Form-Based Codes son modelos implementados a modo de *soft law* por las asociaciones de planeamiento urbanístico, especialmente la American Planning Association, que presentan métodos de implementación del mismo. *Vid.* Daniel G. PAROLEK; Karen PAROLEK y Paul C. CRAWFORD, ob. cit., 2008.

nado modelo. La buena práctica de planeamiento, incluye, cada vez más una fase previa de participación pública que la costumbre y la jurisprudencia han ido sofisticando cada vez con mayor agudeza, hasta convertirla en una fase de participación real en la gestión y en el desarrollo del planeamiento y no en un simple período dedicado a la información pública o a las alegaciones.

La aproximación tradicional al concepto de participación ciudadana en la redacción de los planes, en la audiencia pública o en las alegaciones está cambiando significativamente, gracias, especialmente, a las nuevas tecnologías. Se ha recurrido a ellas en talleres, estudios y encuestas, con el fin de conocer y aprehender verdaderamente los intereses privados para después implementar este tipo de políticas públicas. Asimismo la influencia de notables pensadores del urbanismo²¹⁸ han impulsado en gran medida, desde una perspectiva sociológica, estas ideas de colaboración que nos acercan a las democracias participativas.

La jurisprudencia —también en este campo— ha ocupado un lugar relevante a la hora de perfilar el concepto y la extensión del planeamiento urbanístico. Algunos pronunciamientos de los tri-

²¹⁸ Entre ellos, Jane Jacobs, la gran pensadora del urbanismo norteamericano a lo largo de todo el siglo XX, quien como la crítica reciente ha sabido destacar, fue víctima de su propio éxito y de la divinización de su figura, lo que impidió durante muchos años llevar a cabo una crítica saludable de su obra, especialmente de su casi mítica y sacralizada *The Death and Life of Great American Cities Modern* (ob. cit., 1993). En la reciente obra de Max Page, Timothy Menzel (Max PAGE y Timothy MENNEL, *Reconsidering Jane Jacobs*, American Planning Association, Chicago, 2011) se pone de relieve cómo cincuenta años después de la primera edición de esa influyente obra se puede afirmar que Jane Jacobs ha sido una de las urbanistas más leídas de la historia, que sus ideas han contribuido a la reevaluación de los pilares del planeamiento contemporáneo: la renovación urbana, la vivienda pública, las autovías y la zonificación. Es difícil entender —y por ello creo necesario este largo excurso sobre la autora— la renovada valoración de la vida de barrio, de los bloques y complejos de vivienda pública, del aburguesamiento y de lo que se ha calificado como «Disneyfication» de los centros urbanos sin sus agudas valoraciones. Si bien el problema de la autora ha sido precisamente que durante muchos años se ha considerado algo así como la santa urbanista, siempre citada y nunca criticada, y la falta de crítica ha conducido en muchos casos a una simplificación extrema de su pensamiento, a una caricaturización que la ha hecho ser víctima de su propio éxito.

bunales estatales han ido concretando el modelo de plan que cada estado configuraba. Así, en *Creative Displays, Inc. v. City of Florence*²¹⁹, el Tribunal Supremo de Kentucky sostuvo que cuando se aprueba un plan en una nueva área no es suficiente con la compilación y recopilación de los planes individuales preexistentes de las jurisdicciones de la zona y su volcado en un nuevo plan omnicompreensivo, puesto que este, probablemente, no estaría dirigido a las necesidades y objetivos ajustados a la nueva unidad. Lo más destacado es que el tribunal entendió que la combinación o la fusión de los planes preexistentes no permitiría incorporar la opinión pública sobre los mismos ni sobre la zonificación posterior.

El carácter escrito o no del plan es también variable, como se refleja en una sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey²²⁰, en la que se interpretaba que no existía necesidad de que el plan fuera un documento escrito en la legislación estatal y que este podía terminar y concluir en las ordenanzas de zonificación. En el mismo sentido se pronunció en *Udell v. Haas*²²¹ —en una línea muy práctica y pragmática—, el cual estableció que el plan sería válido —independientemente de su soporte— siempre y cuando fuera comprensible y dejara ver cuáles habían sido la regulación anterior y las ordenanzas de zonificación.

El margen de discrecionalidad es muy amplio en los casos en los que no exista un plan omnicompreensivo previo a partir del cual se redacten las ordenanzas de zonificación. En la actualidad la práctica habitual es que se requiera un plan comprensivo antes de aprobar y adoptar la zonificación.

- **Contenido de los Comprehensive Land Use Plans.** Las regulaciones estatales difieren mucho en la orientación y dirección que puedan dar al contenido de los planes urbanísticos (*land use plans*). Con carácter general, los planes deben establecer, en

²¹⁹ *Creative Displays, Inc. v. City of Florence, Ky.* 602 S. W. 2d 682 (1980).

²²⁰ *Kozesnik v. Township of Montgomery*, 24 N. J. 154, 167 (1957).

²²¹ *Udell v. Haas*, 235 N. E. 2d 897 (1968). Para una síntesis del caso: <<http://www.slideserve.com/alva/udell-v-haas-235-n-e-2d-897-1968>>. [Consulta: 30/05/2013].

un nivel apropiado de especificidad, un conjunto generalizado de objetivos, principios, estándares y políticas (*a general statement*), que sirva de base para la toma de las principales decisiones sobre los usos de suelo. El plan suele contener un inventario de localizaciones y lugares existentes, de las nuevas localizaciones en las que se propongan los nuevos usos e intensidades, dotaciones y todos los elementos necesarios para realizar una actuación urbanística.

- Sobre la naturaleza jurídica y fuerza coercitiva de los planes. La mejor muestra, quizás, de que la naturaleza del planeamiento urbanístico en Estados Unidos es variopinta es que no existe unanimidad en cuanto al carácter reglamentario o no del mismo: ni en cuanto a la necesidad de que las ordenanzas de zonificación sigan los criterios y objetivos del plan, ni tampoco en la aplicación de una fuerza coercitiva. El carácter reglamentario del plan dependerá, por lo tanto, de cada estado y de la regulación que haya adoptado, así como de la interpretación jurisprudencial que, poco a poco, ha arrojado cierta luz en este terreno²²².

En *Elysian Heights Residents Association, Inc. v. City of Los Angeles*²²³ el tribunal indicó que cuando existe un plan actualizado, los tribunales pueden apreciar de mejor manera si la regulación concreta —la ordenanza de edificación— supone un ejercicio permitido de la autoridad local (*permissible exercise of local authority*). Esta es la causa por la que los tribunales son reacios a

²²² Por esta razón, la mayor parte de la bibliografía sobre planeamiento hace referencia a la técnica del plan como instrumento que recae sobre un territorio concreto pero no a su naturaleza jurídica y procedimiento de aprobación. *Vid.*, entre otros, Jon A. PETERSON, *The Birth of City Planning in the United States, 1840-1917*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2003; NATIONAL PLANNING BOARD, *Final Report. Status of City and Regional Planning in the United States, 1934*. Disponible en línea: <http://archive.org/stream/finalreport1933to1934unitrich/finalreport1933to1934unitrich_djvu.txt>. [Consulta: 30/05/2013]; Robert WALKER, *The Planning Function in Urban Government*, University of Chicago Press, Chicago, 1941; Mel SCOTT, *American City Planning Since 1890: A History Commemorating the Fiftieth Anniversary of the American Institute of Planners*, University of California Press, Berkeley, 1969; Andreas FALUDI (ed.), *A Reader in Planning Theory*, Pergamon Press, Oxford, 1973.

²²³ *Elysian Heights Residents Association, Inc. v. City of Los Angeles*, 182 Cal. App. 3d 21, 227 Cal. Rptr. 226, (1986).

anular ordenanzas que sigan e interpreten correctamente las indicaciones o los objetivos generales de los planes, aunque la norma es la ordenanza de zonificación y no el plan que, generalmente, es meramente indicativo.

La interpretación que lleva a cabo la jurisprudencia se basa en la doctrina de los avances sustanciales en el sentido de que si la ordenanza es acorde con el plan se entiende que «substantially advances a legitimate public objective», si bien los tribunales no han conducido la cuestión hacia una asimilación completa que identifique completamente ordenanza y plan.

Y así la coletilla añadida en la mayor parte de ordenanzas de zonificación, en las que se establece que estas habrán de ser aprobadas «de acuerdo con un plan omnicompreensivo» (sin *accordance with a comprehensive plan*), no ha sido interpretada por la jurisprudencia de forma literal. En *Bone v. City of Lewiston*²²⁴, el Tribunal Supremo de Idaho afirmó que tal exigencia en la identificación entre plan y ordenanza de zonificación supondría elevar al plan general (*comprehensive plan*) al rango o a la categoría —superior se entiende— de una ordenanza, lo cual sería ilógico, en el sentido de que supondría que el plan estableciera y regulara el régimen jurídico de la propiedad que debía ser regulado por la ordenanza de zonificación²²⁵.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo de Arizona²²⁶ estableció que para determinar si una ordenanza de zonificación era acorde con el plan, bastaba con que la nueva ordenanza (*rezoning ordinance*) estuviera en «consonancia básica» con el plan.

• Procedimiento de aprobación y enmiendas del plan. Si bien podemos decir que casi todos los estados establecen la obligación de que los planes sean aprobados por las autoridades locales —salvo en los casos en que son aprobados por comisiones

²²⁴ *Bone v. City of Lewiston*, 107 Idaho 844, 693 P.2d 1046 (1984).

²²⁵ *Ibidem*, «[...] to do so would elevate the comprehensive plan and land use map to the status of a zoning ordinance and that it would be illogical to conclude that a projected pattern of land use identified in a plan, equates to an entitlement for a property owner with respect to present day zoning».

²²⁶ *Haines v. City of Phoenix*, 151 Ariz. 286, 727 P.2d 339 (1986).

de planeamiento (*planning boards*) o comisiones especiales (*special boards*) con competencias sobre la materia—, la aprobación del plan es un acto normativo que requiere de la aprobación del *local legislative body*.

- Naturaleza del plan en sí mismo. Esta cuestión no ha sido resuelta de forma unánime por los distintos estados. Algunos estados —como el de Nueva Jersey— han concebido los planes como meras declaraciones de intenciones políticas, que incluyen una serie de indicaciones, pero que no tendrán efectos jurídicos directos hasta que no sean aprobadas las ordenanzas de control de los usos del suelo²²⁷. En Oregón, sin embargo, los planes tienen carácter y naturaleza normativa, y ante la coexistencia y discrepancia entre un plan y las ordenanzas de zonificación, los tribunales establecieron la primacía del plan frente a la ordenanza²²⁸. En este mismo sentido, en *Fasano v. Board of County Commissioners of Washington County*²²⁹ el tribunal interpretó que el plan es un documento legal de gobierno («legal governing document»), que una acción de rezonificación es un ejercicio jurídico y no una acción legislativa, y que la demostración de su validez corresponde al municipio²³⁰.

- Revisión del planeamiento. Las legislaciones estatales suelen recomendar que las previsiones del plan sean revisadas en periodos no inferiores a cinco años ni superiores a diez. La American Planning Association recomienda que los gobiernos locales utilicen fechas límite (*benchmarks*) como parte del proceso de revisión de los planes para asegurar del control económico sobre los mismos.

- El planeamiento estatal. A lo largo de la historia del planeamiento urbanístico la posibilidad de que existan planes estatales ha sido siempre controvertida y ha generado debates doctri-

²²⁷ *Cochran v. City of Summit*, 87 N.J. Super. 526 (1965).

²²⁸ *Baker v. City of Milwaukie*, 271 Or 500, 533 P2d 772 (1975).

²²⁹ *Fasano v. Board of County Commissioners of Washington County*, 507 Or. P. 2d 23 (1973)

²³⁰ «[...] an exercise of judicial as opposed to legislative action, and that the burden of proof to demonstrate that the rezoning is in accordance with the comprehensive plan rests with the municipality». *Ibidem*.

nales y políticos interesantes. Desde 1933 hasta 1943 la Comisión Nacional de Planeamiento (Federal National Planning Board) y sus sucesores promovieron el planeamiento desde una perspectiva estatal, proporcionando asistencia técnica y financiera para la elaboración y aprobación de planes de esta índole. Durante las décadas de los años cuarenta y cincuenta, la preferencia por el planeamiento local y por su figura estrella, la zonificación, dejaron relegado la figura del planeamiento estatal. A finales de los años cincuenta algunos estados —Hawái el primero— comenzaron a aprobar planes estatales y sugerían que los planeamientos locales fueran revisados por los principios de los mismos y que se sometieran a ellos.

Este esfuerzo fue realizado de forma especial por la financiación estatal de los planes orientados principalmente al desarrollo económico, a los aspectos ambientales, a las infraestructuras, a la vivienda y a los mecanismos de coordinación entre los diversos niveles de gobierno para el cumplimiento de sus objetivos²³¹.

El denominado *Growth Management Movement* —iniciado en los años sesenta y activo hasta los noventa bajo la etiqueta de *Smart Growth*— ha sido uno de los principales inspiradores de la búsqueda de una nueva centralidad a través del planeamiento estatal²³².

Cada estado ha ido adoptando distintos acercamientos al planeamiento estatal. Mientras Oregón²³³, Florida, Rhode Island y Washington han establecido en sus respectivas legislaciones urbanísticas la necesidad de coherencia entre el planeamiento local y el regional y el estatal, otros estados han decidido no adoptar un

²³¹ Vid. Mel SCOTT, ob. cit., 1969.

²³² Vid. Martin ANDERSON, *The Federal Bulldozer. A Critical Analysis of Urban Renewal, 1949-1962*, M. I. T. Press, Cambridge (Mass.), 1964.

²³³ El estado de Oregón ha sido pionero en una concepción del urbanismo fuertemente apoyada en el planeamiento —se comprobará también más adelante al analizar las polémicas Measures 37 y 49—, vid. las siguientes comunicaciones presentadas en Property Rights and a Changing Economy. 7th International Conference PLPR (13-15 de febrero de 2013), celebrada en Portland (Oregón): Edward J. SULLIVAN, «The Quiet Revolution Goes West: The Oregon Planning Program 1961-2011»; Arnold COGAN, «The Next Forty Years: An Approach to State-wide Growth Management in Oregon».

papel activo en esta tendencia revisionista del planeamiento urbanístico local, aunque sí han asumido, en algunos casos, posiciones más activas en la asistencia técnica incentivadora del planeamiento local.

La Constitución del estado de Hawái, por ejemplo, organiza el territorio en cuatro grandes distritos y crea la Comisión de Usos del Suelo (Land Use Commission). Nueva Jersey ha aprobado un plan estatal que recoge un sistema de aprobación transversal (*cross acceptance*) —horizontal y vertical— entre el estado y las entidades locales. Por su parte, en la Vermont Act n.º 250²³⁴ se establece, entre otras disposiciones, que determinados proyectos urbanísticos requerirán la aprobación obligatoria por parte de la agencia estatal de supervisión ambiental recientemente creada.

Ante la ausencia de planes federales en sí mismos, los gobiernos federales han asumido mayor protagonismo en los ámbitos del planeamiento urbanístico y de la reforma interior a través de una multiplicidad de normas, programas de financiación y subvención y otros asuntos técnicos que condicionan las políticas y el propio planeamiento urbanístico de forma indirecta —como, entre otras, la Coastal Zone Management Act o la Disaster Mitigation Act—.

- El planeamiento regional. Las entidades locales intermedias han ido cobrando —gracias a la legitimación por parte de los estados— un mayor protagonismo en el planeamiento, debido a que los *statutory schemes* a menudo se refieren a la necesidad de considerar los intereses regionales o de los condados a la hora de aprobar un planeamiento local. Sin embargo, este tipo de indicaciones tienen carácter meramente informativo y potestativo.

El planeamiento regional suele tener su origen en acuerdos interadministrativos e intermunicipales, aunque chocan siempre con las reticencias de los gobiernos locales en cuanto a la cesión de cualquier parte de su soberanía.

En algunos estados como Nueva York se han creado a lo largo de las últimas décadas importantes agencias que ejercen compe-

²³⁴ <http://www.anr.state.vt.us/dec/permit_hb/sheet47.pdf>. [Consulta: 30/05/2013].

tencias territoriales en todo el estado. Un ejemplo de ellas es la Adirondack Park Agency²³⁵, creada en 1971 para la conservación, protección y desarrollo en la región de Adirondack. A pesar de que en la región existen doce condados y más de cien ciudades y municipios en una extensión de seis millones de acres (cerca de dos millones y medio de hectáreas), la norma de creación de la agencia regional le confiere competencias para la aprobación de un plan regional y regular de los usos del suelo en todo el área. Este tipo de legislaciones regionales que parecen suplantar —en cierta medida— las competencias locales en la materia han sido confirmadas por algunos tribunales, como ocurrió en *Wambat Realty Corp. v. State of New York*²³⁶.

Tal y como he destacado ya antes, la implementación novedosa de normas urbanísticas y ambientales en Estados Unidos surge de la presión de las asociaciones y de los *lobbies* creados a tal efecto, los cuales ejercen una poderosa influencia, en absoluto comparable con la de ninguna organización de este tipo en los países europeos. Los nuevos intereses regionales aparecen abandonados y representados sociológica y doctrinalmente por asociaciones reunidas en la Metropolitan Planning Organization (MPO)²³⁷, orientada —en principio— a la configuración de los espacios y de las infraestructuras de las regiones, pero cuyos intereses se han ido ampliando y se ha erigido en la entidad gestora de las subvenciones otorgadas en esta materia.

- *Interstate compacts*. La legislación federal puede obligar a dos o más estados a aprobar planes conjuntos que afecten a zonas de especial interés natural, cuya superficie se extienda más allá de las fronteras de varios estados. Este es el caso de la Lake Tahoe Regional Planning Agency, que aprobó un plan que engloba, no solo la protección de los recursos naturales mediante un plan regional, sino que comprende los usos del suelo, los transportes, la conservación y las dotaciones y servicios públicos. La agencia se establece como una entidad que se superpone al interés local de

²³⁵ <<http://apa.ny.gov/gis/>>. [Consulta: 30/05/2013].

²³⁶ *Wambat Realty Corp. v. State*, 41 N.Y. 2d 490 (1977).

²³⁷ <<http://www.ampo.org/>>. [Consulta: 30/05/2013].

los municipios y de las localidades integrantes del parque regional, confirmada por la jurisprudencia estatal y federal en *People ex. Younger v. County of El Dorado*²³⁸, cuyo fallo se basó en el interés predominante en la protección del lago Tahoe y en el de su región circundante.

3.4. El urbanismo, ¿un asunto local? La revolución silenciosa

Moreno Molina señala con gran precisión que «con carácter general la titularidad de las competencias de planeamiento, ejecución y control urbanístico es una cuestión regulada por el derecho de cada estado, ya que no hay una Ley “nacional” o federal de determinación de las competencias urbanísticas de los escalones subfederales. Por otra parte, dado que el régimen de la Administración Local es una materia completamente entregada a los estados, sin que por otra parte la constitución federal garantice unas competencias o estructuras concretas a las entidades locales, es posible encontrar gran diversidad en punto al protagonismo urbanístico de los municipios, así como múltiples fórmulas organizativas y competenciales»²³⁹.

Sin duda, los estados federales han aprobado en diferentes momentos históricos tanto leyes sobre urbanismo y ordenación territorial (*land use planning act* o *land planning act*), como leyes autorizatorias (*enabling acts*) en las que delegaban la potestad de planeamiento y zonificación urbanísticas a los municipios y a las autoridades locales. Por lo que la capacidad normativa de los mismos se limita al ámbito de la delegación establecida en la ley autorizatoria por el Estado y a su competencia territorial, que estará igualmente limitada en escasas excepciones.

Las legislaciones de delegación en materia de planeamiento y urbanismo de los estados autorizan a las autoridades locales a

²³⁸ *People ex rel. Young v. County of El Dorado*, 96 Cal. App. 3d 403, 405-407 (1979).

²³⁹ Ángel Manuel MORENO MOLINA, art. cit., 2001, p. 520.

aprobar el planeamiento y a crear los distritos de zonificación (*zoning districts*) y —lo que es aún más importante— les concede la creación de agencias administrativas cuasi-judiciales para la revisión y adjudicación de las propuestas de desarrollo urbanístico, así como para la expedición de licencias y autorizaciones o exenciones en la solicitud de las mismas.

El procedimiento de aprobación de las ordenanzas y planeamiento urbanístico y el control del mismo suele seguir el siguiente *iter* administrativo ²⁴⁰:

Por una parte, las ordenanzas de zonificación son aprobadas por el órgano legislativo (*legislative body*) de la correspondiente entidad local. En caso de que fuera necesaria una re zonificación o revisión del régimen jurídico previamente establecido, estas modificaciones —lo que en España equivaldría a modificaciones puntuales de planeamiento o una revisión completa del mismo— son llevadas a cabo por comisiones independientes (*planning or zoning commission o board*) y las posibles apelaciones se destinan a otra comisión (*board of adjustment o appeals*) y en algunas ocasiones al propio cuerpo legislativo y, finalmente, en los casos en los que la cuestión afecte a la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones a los tribunales ordinarios.

Aparentemente, el margen de discrecionalidad es en estos casos mínimo, puesto que —dado el origen supuestamente científico de la zonificación y su carácter absolutamente tecnificado— fueron concebidas como ordenanzas de naturaleza reglada (*self-executing ordinances*), es decir, las ordenanzas dejarían tan claro y con tal nivel de detalle los usos permitidos y los prohibidos en cada distrito o zona que no cabría margen discrecional alguno o duda en cuanto a su aplicación.

Las decisiones políticas son responsabilidad únicamente del cuerpo legislativo (*legislative body*), mientras que la comisión se

²⁴⁰ Hago una descripción muy sintética y general del mismo, descartando las posibles excepciones y los numerosos regímenes especiales que se dan a lo largo de todo el territorio estadounidense, porque entrar en detalle en la multiplicidad de esos regímenes se escapa del objetivo de este estudio.

encarga de la ejecución mediante la emisión o expedición de licencias y las variaciones ocasionales o excepcionales de las ordenanzas.

A pesar de que la lectura tradicional tiende a describir las competencias y potencialidad de los gobiernos locales en Estados Unidos como elementos muy polarizados y nada centralizados, desde los años setenta —como ya he apuntado más arriba²⁴¹— se ha desplegado una intervención regionalista que sobrepasa los intereses locales y que supera esa concepción tradicional del urbanismo estadounidense como un asunto local. Esta participación regionalista ha recibido críticas y aplausos a lo largo de las últimas décadas y ha sido el desencadenante de un interesante debate doctrinal, así como de importantes manifestaciones normativas legislativas y de planeamiento que recogen esta aproximación más amplia.

Moreno Molina lo califica como un «fenómeno de penetración ejecutiva progresiva del nivel federal en el mundo del urbanismo» y que en su opinión ha tenido su plasmación gracias a cuatro elementos importantes: los programas federales que condicionan la concepción y ejecución urbanística de los núcleos en los que se aplican y que han sido desarrollados por el Department of Housing and Urban Development; la gestión directa por parte de la Unión de Grandes Bancos de Suelo Público; la legislación ambiental federal en la que se introducen muchas veces criterios condicionantes de las políticas urbanas y las numerosas actividades y proyectos de usos del suelo financiados mediante fórmulas de cooperación por la Unión.

Pero además de estas interesantes referencias de carácter organizativo existe un debate más profundo en torno a los límites del localismo en Estados Unidos que ha tenido una gran relevancia a la hora de articular, promover y aplicar desarrollos, planeamientos o políticas que superen el ámbito local. El análisis de las tensiones intelectuales y políticas en cuanto a la extensión del gobierno local y de sus competencias e intervención en mate-

²⁴¹ *Vid. supra* § 3.1., p. 60.

ria urbanística ha sido analizado por Jacobs²⁴², quien, apostando a favor del redescubrimiento de un nuevo localismo en el ámbito del urbanismo de la mano de los denominados «anarquistas liberales» —extraña y paradójica denominación—, destaca cuáles han sido los principales detractores y defensores de una mayor o menor intervención en el ámbito local y cuáles los principales apoyos —y también las críticas— a un sistema más o menos centralizado.

El estudio de esta tensión referida al nivel de competencias en el ámbito urbanístico se divide, desde una perspectiva histórica, en dos períodos fundamentales separados por la Segunda Guerra Mundial²⁴³. Después de esta se inicia un período en el que coexisten el debate doctrinal e iniciativas políticas concretas que apuestan por una mayor intervención tanto de la Unión de Grandes Bancos de Suelo Público como de los estados en materia urbanística, parece pues atisbarse un nuevo centralismo basado en el regionalismo.

Existen destacados ejemplos de obras tan significativas como *The Zoning Game*²⁴⁴, *Requiem for Zoning*²⁴⁵ o *A Better Way to Zone*²⁴⁶ en las que se hace una llamada clara a la intervención regional en el planeamiento urbanístico y en su implementación. La expansión de este pensamiento se vio, además respaldada por el incipiente nacimiento del movimiento ecologista. Fueron Bosselman y Callies los que a través del estudio sobre regionalismo patrocinado por el denominado Council of Environmental Qua-

²⁴² Harvey M. JACOBS, «Localism and Land Use Planning» en *The Journal of Architectural and Planning Research*, vol. 6, n.º 1, 1989, pp. 1-17. Disponible en línea: <<http://urpl.wisc.edu/people/jacobs/jacobs%20publications/Jacobs%20-%201989%20-%20Localism%20and%20Land%20Use%20Planning%20-%20JAPR.pdf>>. [Consulta: 30/05/2013].

²⁴³ *Vid. supra* nota 104.

²⁴⁴ Richard F. BABCOCK, *The Zoning Game: Municipal Practices and Policies*, University of Wisconsin Press, Madison, 1966.

²⁴⁵ COMMITTEE ON LAND USE, PLANNING AND ZONING; BURCH, D. R. (Chairman), «Land Use Controls: Requiem for Zoning and Other Musings Of The Year 1982», en *Urban Lawyer*, n.º 15, 1983, pp. 879-ss.

²⁴⁶ Donald L. ELLIOT, *ob. cit.*, 1957.

lity hablarían consciente y pretendidamente de una «revolución silenciosa en el control de los usos del suelo»²⁴⁷.

De hecho se llevaron a cabo interesantes iniciativas regionalistas en la década de los sesenta y los setenta en estados de enorme peso político y demográfico —citados ya anteriormente—, como Vermont, Oregón, Florida, California o la región de Adirondack en Nueva York, que parecían preconizar una nueva era en el planeamiento urbanístico y territorial y la superación de una visión más estrecha y localista canalizada a través de la zonificación. Propuestas normativas como la revisión de la Standard Zoning Enabling Act realizada por el American Law Institute²⁴⁸ en 1975 fueron otro botón de muestra de la necesidad de establecer mecanismos de coordinación estatales o regionales sobre el suelo para liberar a las fuerzas del mercado de constricciones innecesarias.

Delogu²⁴⁹ continúa esta línea sugiriendo un sistema de estándares aplicables a todo el estado, así como la previsión de modelos procedimentales y de desarrollo comunes haciendo una llamada a la simplificación²⁵⁰. Delogu es, en este sentido, un claro abanderado de una corriente de pensamiento que defiende el regionalismo frente a la imposibilidad de construir un localismo responsable y solo encuentra una posible solución a la paradoja teórica del planeamiento en la reorientación de esfuerzos hacia la creación de sistemas de control regionales de los usos del suelo.

Por otra parte, Frank Popper²⁵¹ entiende que esta «revolución silenciosa» hacia una nueva centralidad en el urbanismo, sobre

²⁴⁷ Fred P. BOSSELMAN y David CALLIES, *The Quiet Revolution in Land Use Control*, Washington D. C., U. S. Government Printing Office, 1972.

²⁴⁸ <<http://www.ali.org/>>. [Consulta: 30/05/2013].

²⁴⁹ Orlando E. DELOGU, *Maine Land Use and Zoning Control*, Butterworth Legal Publishers, Austin, 1992; *idem*, «The Dilemma in Local Land Use Control: Power Without Responsibility», en *Maine Law Review*, vol. 33, n.º 1, Portland (Maine), 1981, pp. 15-34; *idem*, «Local Land Use Control: An Idea Whose Time Have Passed», en *Maine Law Review*, vol. 36, Portland (Maine), 1984, pp. 261-310.

²⁵⁰ «[...] we need few, not more, or better, local land use controls». *Ibidem*.

²⁵¹ Frank P. POPPER, «Understanding American Land Use Regulation Since 1970. A Revisionist Interpretation», en *Journal of the American Planning Association*, vol. 54, n.º 3, 1988, pp. 291-301.

todo en la regionalización del centro de los desarrollos urbanos, sí ha tenido lugar y con gran éxito. Este éxito reside, precisamente, en el modo silencioso en que ha sido llevada a cabo. La clave del éxito se encuentra en que se parte de intereses crecientes y expansivos de carácter regional y estatal que promueven programas unilaterales sobre determinados usos de suelo que se residen —para su aprobación, financiación y control— en instancias regionales estatales. El problema surge porque la regulación —cada vez más profusa e intensa— es, al mismo tiempo, menos comprensible, más especializada y orientada a finalidades muy concretas —protección de humedales, aguas, localización de industrias contaminantes, etc.— y, en este sentido, Popper concluye que los impulsos liberales que promovieron la regionalización y que condujeron a esta revolución silenciosa no desaparecieron, sino que triunfaron sin que nadie se diera cuenta.

Existe, sin embargo, otra línea de pensamiento y acción defendida por Harvey Jacobs, entre otros²⁵², que —sin la orientación revisionista de Popper— postula la necesidad de una expansión del control local para la promoción de un gobierno local más responsable, entendiendo y argumentando que el localismo en el control de los usos del suelo es especialmente apropiado precisamente por el carácter único de la tierra, del suelo y el impacto de las políticas que inciden sobre el mismo en la población. Critica, además, esta concepción centralista-liberal de la intervención en los usos del suelo al tiempo que propone un concepto renovado del localismo basado en tres pilares: la revitalización de la discusión tanto de los procesos como del contenido material del planeamiento urbanístico; en cuanto al contenido, el desterramiento del aserto de que no hay nada en el espacio o en el paisaje que no pueda evitarse —al contrario de lo que exponen las enseñanzas clásicas del planeamiento, las cuales defienden que este consiste en la acomodación de lo inevitable—; y en cuanto al proceso la delimitación, el reconocimiento de un marco enraizado en las instituciones locales y que estas acaten sus limitaciones.

²⁵² *Vid.*, en este sentido, John FRIEDMANN, «Urban Communes, Self Management and the Reconstruction of the Local State», en *Journal of Planning Education and Research*, vol. 2, n.º 1, 1982, pp. 37-53.

A partir de estas premisas Jacobs formula una serie de propuestas y conclusiones que serán retomadas y recogidas en los nuevos modelos y arquetipos de intervención en el urbanismo plasmados en el pujante Smart Growth y en el New Urbanism.

Concluye que las alternativas para la reforma de los gobiernos locales deben partir de la consideración de que los rasgos históricos y los modelos preestablecidos en los usos de suelo y planeamiento en las entidades locales no deben concebirse como inevitables, darlos por hecho o asumirlos sin más, sino que existen modelos alternativos. Por otra parte y de forma premonitoria, apunta la necesidad de hacer planeamiento teniendo en cuenta la sostenibilidad (*planning for sustainable land use*) enmarcada en una amplia red de gobiernos locales y, por último, entiende la necesidad de que la política local esté íntimamente ligada a las acciones regionales, estatales y nacionales que faciliten su tarea ofreciendo recursos y pudiendo limitar la intervención.

3.5. El urbanismo ¿Un asunto personal? La sociedad civil estadounidense y sus más recientes reacciones hacia la intervención pública sobre los usos del suelo. Los Private Property Rights Movements

Hasta el momento me he centrado en una aproximación a las formas de intervención pública en la ciudad de ese acercamiento que se ha calificado como institucional en el urbanismo estadounidense. He recorrido las tensiones jurídicas y políticas que a lo largo de la historia de la fundación de Estados Unidos han influido en la adopción de determinados instrumentos jurídicos frente a otros —zonificación frente al planeamiento, por ejemplo— y por una imposición creciente —callada, pero real— y cada vez más virulenta del poder de los estados, especialmente, desde el nacimiento de movimientos ecologistas y del comienzo de la aplicación de políticas y programas públicos de protección del medio ambiente de carácter estatal o regional.

La intervención pública en Estados Unidos, en todos los niveles territoriales, es un hecho cierto que no se puede negar —como

se ha ido exponiendo a lo largo de estas páginas—, pero no es menos cierto que existe un elemento muy singular y propio de la sociedad estadounidense —original, por su fuerza y sonoridad pública— que pretende influir —no sé si de forma decisiva, pero sí determinante—, en algunos casos, a favor de la adopción de medidas que beneficien a los propietarios del suelo y en contra de un aumento de la intervención pública en los usos del suelo en la ciudad. Por ello, antes de profundizar los conflictos constitucionales concretos que han construido una jurisprudencia que delimita y limita los derechos de propiedad y configura extensa o mínimamente —dependiendo del caso y del momento— la identificación de la regulación urbanística como una *taking* o apropiación, es necesario analizar este fenómeno.

El acercamiento a la historia norteamericana desde la perspectiva institucional quedaría incompleto si no fuera acompañado de esta otra aproximación que refleja las reacciones de la sociedad civil al incremento paulatino, pero inexorable, de la intervención de la Administración en los usos del suelo y al vaciamiento sucesivo, y también inexorable, de los derechos de propiedad.

Como indica Jacobs²⁵³, el movimiento a favor de la propiedad tiene cierto tinte alarmista y alimenta una concepción del pasado siglo xx y, en especial, de las políticas y del derecho público muy peyorativa. Pero está ahí y obedece a un malestar social que se rebela contra la existencia de una configuración estatutaria del derecho de propiedad establecida legislativa y jurisprudencialmente, aunque no constitucionalmente. Desde la perspectiva de este movimiento —denominado, con carácter general, Property Rights Movement²⁵⁴—, los últimos cien años han supuesto un período en la historia en el que se ha pasado de considerar el derecho de propiedad como una parte integral y central del ordenamiento jurídico y de la sociedad misma que permitía garantizar

²⁵³ Harvey M. JACOBS, ob. cit., 2006; *idem*, *State Property Rights Laws: The Impacts of Those Laws on My Land*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (Mass.), 1999.

²⁵⁴ Steven J. EAGLE, «The Birth of the Property Rights Movement», en *Cato Policy Analysis*, n.º 404, Washington D. C., 2001, pp. 1-39.

la libertad y la democracia, a una situación política en la que se permite a los Gobiernos reformular sin cortapisas el derecho de propiedad y privar al propietario de la misma, sin respetar los postulados básicos de la Constitución (su destino público y la existencia de una justa compensación).

A pesar de la promesa contenida en la sentencia *Penn Coal* de 1922 de que si la regulación va demasiado lejos —«if regulation goes too far»— se deberá considerar como una expropiación, en la práctica tanto las Administraciones territoriales como los tribunales han ido extendiendo el poder de policía (*police power*), en detrimento de los derechos de propiedad. Incluso, las sentencias de los años ochenta y noventa —sobre las que me detendré más adelante—, que parecían intentar reconducir esta situación, reordenando la intervención de la Administración en el urbanismo mediante la imposición y la articulación de técnicas muy depuradas de control, no son suficientes para la protección integral e individualista del derecho de propiedad.

Aún así, las últimas sentencias del Tribunal Supremo, ya entrados en el siglo XXI —*Kelo*, *Lingle* y *Tahoe Sierra*²⁵⁵— suponen un varapalo a este movimiento incitatorio de una protección extrema y extremada de los derechos de propiedad²⁵⁶.

A caballo entre los grupos de presión y un grupo activista —o ambas cosas a la vez— este movimiento surgió en Estados Unidos a finales de los años ochenta, en 1988 —autocalificándose como *Wise Use Movement*— con el objetivo de ocuparse de los recursos y el suelo de los estados del Oeste, si bien sus orígenes intelectuales y geográficos eran previos y se habían originado como una reacción al movimiento ambientalista. Durante los años setenta, el vigor de las legislaciones urbanísticas —orientadas hacia la protección ambiental— condujo a protestas concretas que calificaban estas intromisiones en el derecho de propie-

²⁵⁵ *Tahoe Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency*, 535 U. S. 302 (2002).

²⁵⁶ Esta apreciación es fundamental para —más adelante— poder apreciar a fondo las dimensiones del debate jurídico, con todas sus consecuencias, y situarlo correctamente en la realidad.

dad como la emergencia de un nuevo feudalismo en América²⁵⁷. Se percibía que estas regulaciones conculcaban las bases del llamado «experimento americano» que se funda en la especial relación entre democracia, libertad y propiedad, y en el momento en que esta última fue reformulada, no constitucionalmente, pero sí legislativa y jurisprudencialmente, entonces se podría considerar política y conceptualmente que se estaba ante una moderna forma de feudalismo en el que no existía un derecho absoluto de propiedad.

Nada nuevo bajo el sol desde una perspectiva europea, pero, a pesar de que las primeras normativas urbanísticas del siglo XX —Planning Enabling Act de 1922 y la Zoning Enabling Act de 1928— incorporaban esta noción social de la propiedad, importada implícitamente de la legislación prusiana de 1875, —como ya he analizado antes²⁵⁸— y a pesar de su aprehensión constitucional, aunque fuera parcial, ya se legitimaba la expropiación por razón de utilidad pública mediante indemnización.

El contenido —limitado o delimitado— de la propiedad parece resistirse a que pueda ser regulado y modificado legislativamente, entendiendo legislación (*regulatory action*) por normación, con carácter general, que pueda incluir desde una ordenanza de planificación a una ley (*act*) ambiental concreta. Fue, por lo tanto, la jurisprudencia —en relación con la propiedad rural y no, en este caso, a la propiedad urbana— la que estableció expresamente este condicionante en 1977 al fallar que los propietarios rurales solo podrían hacer con su tierra lo que el Estado dijera que podían hacer. No existían, pues, derechos inherentes de uso ligados a la propiedad²⁵⁹ y los defensores de los derechos de propiedad mantienen que si estos desaparecen, la democracia desaparece.

²⁵⁷ *Vid.*, en este sentido, citado por Jacobs, John McClaughry, «The New Feudalism», en *Environmental Law*, vol. 5, n.º 3, 1975, pp. 675-702.

²⁵⁸ *Vid. supra* § 3.2.1.a.

²⁵⁹ «[...] there were no inherent use rights with ownership», Steven J. Eagle, art. cit., 2001.

La lucha de este movimiento social —porque es una lucha y no tanto una corriente intelectual o un debate doctrinal— se basa en un historicismo unívoco y quizás algo exacerbado que pretende —como afirma Eagle²⁶⁰— reunir a la nación estadounidense en su derecho común y su verdadera herencia constitucional, según la cual los individuos tienen derechos en su propiedad y la propiedad entre sus derechos²⁶¹. Sostiene, por tanto, que la única defensa verdadera que puede hacerse de la propiedad requiere la reducción del Gobierno a sus legítimas funciones. La misión de este movimiento es dotar a las Administraciones de principios rectores (*guiding principles*) para el buen ejercicio de sus funciones, tomando como punto de partida lo que Eagle califica como «moral and legal principle» —principio moral y legal— del que debe derivarse cualquier norma, pues en caso contrario —argumenta—, resultará ineficaz e incluso subversiva.

Es muy interesante observar las descripciones que los defensores de este movimiento hacen de sí mismos y cómo los definen aquellos que se muestran del todo favorables a los postulados contra los que reaccionan. No hay medias tintas, estás conmigo o contra mí. Detrás de cada postura subyacen dos opciones políticas netamente diferentes. Del lado del Private Property Rights Movement (en adelante, PPRM), se sitúa una corriente ultraliberal, neoliberal y ultraconservadora de los derechos de propiedad, del lado crítico existe, quizás, un abanico más amplio de posturas, que abarca desde el que niega la propiedad como derecho individual y habla de ella como de un «derecho colectivo»²⁶², pasando por la de aquellos que mantienen una concepción social de la propiedad sujeta o limitada por condicionantes de interés general.

Los defensores de los derechos de los propietarios se han etiquetado bajo distintas denominaciones, más o menos radica-

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ «[...] individuals have rights in their property and property in their rights», *ibidem*.

²⁶² *Vid.* William A. FISCHER, *The Economics of Zoning Law: A Property Rights Approach to American Land Use Controls*, Johns Hopkins, Baltimore, 1987.

les: NIMBY²⁶³, Wise Use Movement, Private Property Rights Movement, Land Rights Movement y el Anti-Environmental Movement. Todos ellos parten de la idea de que las legislaciones urbanística y ambiental han supuesto una erosión profunda en el derecho de propiedad que ha resquebrajado y conculcado los fundamentos y las bases del contrato social a partir del cual está construida y se constituye la nación estadounidense, representando por tanto un serio peligro y una seria amenaza para el futuro de la sociedad democrática.

Tomando a Eagle²⁶⁴ como botón de muestra de un elenco variopinto de representantes de este movimiento, se observa que la interpretación de la historia de la que parten se sostiene fuertemente en uno de los postulados fundacionales de la nación estadounidense, en la idea de propiedad mantenida por Locke y Jefferson, según la cual la propiedad es el derecho principal o básico que habilita y legitima al individuo para el ejercicio del resto de sus derechos constitucionales. Se aferran a esta idea de forma unívoca, como única clave de interpretación de la construcción del Estado de derecho sin dejar el más mínimo resquicio para la consolidación y generación del Estado del bienestar o de un Estado social de derecho.

Reproduzco aquí las conclusiones del texto del Cato Institute²⁶⁵ que pretende ser un marco de actuación y de influencia —los principios rectores a los que me refería antes— para las acciones en el congreso y en el que se muestra el talante de este tipo de movimientos. El texto concluye manteniendo que:

Los Padres Fundadores estarían horrorizados de ver lo que hemos hecho con los derechos de propiedad en el siglo xx. No podríamos imaginar que su estatus en la declaración de derechos fuera igual a la de cualquier otro derecho. Ha llegado el momento de restaurar el respeto por estos, los más básicos derechos, el derecho fundacional de todos los derechos; el derecho de propiedad, de hecho gobiernos déspotas han entendido

²⁶³ *Vid. supra*, nota 21.

²⁶⁴ Steven J. EAGLE, art. cit., 2001.

²⁶⁵ <<http://www.cato.org/>>. [Consulta: 30/05/2013].

durante largo tiempo que si se controla la propiedad, se controlan los medios de comunicación, las iglesias, el proceso político en sí mismo. Pero si las regulaciones de las Administraciones públicas con beneficios continúan creciendo, sin comprobar que se controle la necesidad de compensar a aquellos a los que se priva de los mismos, iremos gradualmente cayendo en este tipo de régimen, y en el proceso estamos pagando un precio, cada vez mayor por la incertidumbre e ineficacia que se está creando. Pero el precio más importante recaerá sobre nuestro sistema legal y de justicia. Los propietarios simplemente piden que las Administraciones, y sus gobiernos obedezcan y cumplan las leyes, el derecho común y el derecho constitucional. En resumidas cuentas, están diciendo: paren de robar nuestras propiedades, y si deben apropiarse de ella, háganlo correctamente, paguen por ello. Esto, tristemente parece demasiado pedir.

Siguiendo esta misma línea, Eagle manifiesta que el siglo XX se ha caracterizado por el crecimiento del «regulatory state» —Estado regulador—²⁶⁶, cuya invasión progresiva en todos los ámbitos de la vida provenía del movimiento de reforma iniciado a principios del siglo: el progresismo basado en la idea de que solo los expertos gestores de los quehaceres del hombre (*human endeavors*) podrían aliviar y solucionar cualquier mal económico o social de la sociedad. A medida que el progresismo tomó forma se promulgaron de forma masiva normas que regulaban todos los aspectos de la vida del hombre, normas mercantiles, laborales, de vivienda, urbanísticas, etc. En este sentido ya en 1916 el flamante progresista Louis Brandeis —antes de ocupar su plaza de magistrado en el Tribunal Supremo— afirmó: «En el inicio nuestro compromiso se expresó como un gobierno de leyes y no de hombres, después se convirtió en un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, ahora es Democracia y Justicia social»²⁶⁷.

²⁶⁶ Para el entorno europeo español *vid.*, Andrés BETANCOR, *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 700.

²⁶⁷ «At first our deal was expressed as a government of laws and not of men, then it became a government of the people by the people and for the people, now it is Democracy and social Justice».

Este fue —según Eagle— el carácter distintivo que marcó el siglo xx desde su comienzo, él critica duramente esta evolución destacando que se ha pasado del «rule of law», bajo el cual el Gobierno se limitaba a la protección de las libertades, al calificado como «nanny state», en el que el Estado subordina la propiedad y otros derechos a la búsqueda y persecución de la justicia social a través de la regla de las mayorías o lo que otros califican como «la trampa del consenso»²⁶⁸.

En el ámbito del urbanismo no duda en hacer una interpretación muy crítica de la evolución de la intervención de la Administración en los usos del suelo. Entiende que los usos que se pueden calificar como «modernos» en Estados Unidos comenzaron con el desarrollo y la implantación forzosa de la zonificación a principios del siglo xx. La zonificación —según la define Eagle— fue producto del impulso del progresismo para alcanzar el orden y la paz social. Los verdaderos entusiastas y seguidores de la zonificación estuvieron luchando en una guerra santa contra los pecados liberales cometidos durante la época del desarrollismo de finales del siglo xix. El control sobre los usos del suelo sería despojado —anota el autor— de la inmoral intervención del mercado y confiado en las expertas manos de élites separadas de la política y los negocios. Y en este sentido, en Estados Unidos los abogados han buscado minimizar la significación social y política del planeamiento bajo la argumentación de que el planeamiento controla el suelo, pero no a las personas. Pero el valor de los recursos —discute ante estas tesis— descansa en su utilidad social de forma que la tierra y el hombre no pueden ser separados tan claramente²⁶⁹.

Continúa explicando que si los denominados expertos y las agencias gubernamentales fueron prontos al asumir este modelo intervencionista y la idea de que los problemas sociales y económicos que afectaban podían ser solucionados a través de la regulación, de la misma forma los asumieron los parlamentos estata-

²⁶⁸ *Vid.*, Thomas DARNSTÄPT, *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005.

²⁶⁹ «But the value of resources lies in their social utility, so man and land cannot so neatly be separated». *Vid.* Steven J. EAGLE, art. cit., 2001.

les (State Parliaments). De hecho, en la actualidad —como se ha comprobado anteriormente— las legislaciones estatales permiten regulaciones comprensivas y omnicomprendivas sobre los usos del suelo (*land use regulation*), formadas en su mayoría por leyes de delegación a las entidades locales.

Visto el talante y el acercamiento histórico y conceptual que realizan los defensores de los movimientos a favor de la propiedad, sus propuestas —apunta— están articuladas y estructuradas para interferir y dinamitar en la mayor medida posible cualquier acción administrativa basada en la delimitación de los usos del suelo. Es decir, el punto de partida no es el ajuste, la búsqueda de equilibrios de aquellas regulaciones que vayan demasiado lejos («*regulation that goes too far*»), sino que pretenden un asalto frontal a los derechos de la comunidad en oposición a los derechos individuales. La idea —según Epstein— es combatir el sistema de planeamiento en su totalidad, puesto que supone una forma de socialismo en microcosmos²⁷⁰.

Los defensores de los derechos de propiedad no aceptan —y esta es la clave de sus acciones— la legitimidad de la intervención y la actividad reguladora de la Administración. Desde su perspectiva, las sentencias que legitimaron la zonificación —como la temprana Euclid de 1922 o la cercana Kelo de 2005— han sido sentencias erróneas y —desde su punto de vista— la intervención reguladora de la Administración debe ser desmantelada a favor de un sistema que pivote en torno al derecho de propiedad y que, de esta forma legitime, los regímenes democráticos y la economía de mercado. Sus quejas y reivindicaciones no giran, por lo tanto, en torno a la necesidad de reajustar la compensación o la indemnización en las regulaciones que vayan demasiado lejos o que sean demasiado onerosas para los propietarios, sino que quieren desmontar el sistema entero: matar moscas a cañonazos.

De ahí que todas las iniciativas en torno a la implementación de un sistema de planeamiento o zonificación que implique la

²⁷⁰ «[...] the system of land use planning is a form of socialism in microcosm», *vid.* Richard A. EPSTEIN, «From Penn Central to Lingle: The Long Backwards Road», *John Marshall Law Review*, vol. 40, 2007, pp. 593–608.

existencia de un mayor número de controles o la implementación de cualquier regulación que suponga una posible privación del derecho de propiedad (*regulatory takings*) se presenten por sus defensores de forma absolutamente compleja e indescifrable. De esta manera dificultan la labor reguladora de la Administración y como medio de defensa de sus intereses recurren al aumento de la complejidad de la norma para hacer inviable su aplicabilidad.

Eagle no duda en afirmar que el PPRM ha surgido en respuesta a una creciente red de regulaciones administrativas de carácter confiscatorio —que califica como asalto a la propiedad privada— contra la que han reaccionado grupos de abogados y asociaciones de base, puesto que los tribunales no han reaccionado con suficiente fuerza ante esta violación.

Los principales frentes en torno a los cuales se han organizado los movimientos defensores de los derechos de propiedad se han basado en una estrategia planificada y organizada de carácter multidisciplinar y que afecta a distintos grados y ámbitos territoriales. En este sentido, Roger Pilon²⁷¹ señala cuatro recomendaciones principales que los activistas deben perseguir en su labor de presión en el Congreso:

1. La aprobación de una legislación que especifique los derechos constitucionales de los propietarios al amparo de la Quinta Enmienda Constitucional, la denominada Just Compensation Clause.
2. El seguimiento del tradicional derecho común (*common law*) en la definición de los siguientes términos: «private property», «public use» y «just compensation».
3. El tratamiento de la propiedad privada —vaciada de su contenido económico a través de la regulación— y de la propiedad expropiada físicamente.
4. Dotar y crear un foro único en el que los propietarios puedan perseguir y seguir órdenes judiciales (*injunctive relief*) e indemnizaciones justas (*just compensation*) de forma rápida.

²⁷¹ Roger PILON, en *Cato Handbook for Congress, Policy Recommendations for the 108th Congress*, Cato Institute, Washington D. C., 2009.

En la actualidad el PPRM (Private Property Rights Movement) es una coalición nacional con objetivos y alcance nacional, estatal y local, centrado en políticas y programas que afectan a los usos del suelo y a la legislación ambiental, a los que se refiere como atentados contra el uso de la propiedad y restricciones a la misma y los califica como antiamericanos, ineficientes e ineficaces.

El impacto y la repercusión de la oposición ejercida durante la década de los noventa por los defensores —principalmente abogados— de los derechos de propiedad han logrado cierto éxito, pues han conseguido introducir medidas legislativas de protección de los intereses de los propietarios en cada sesión del Congreso. En el ámbito infraestatal y local han promovido con mucho vigor la adopción de «custom and culture ordinances» que articulan y ordenan el derecho de propiedad de los propietarios y persiguen retomar el control de los suelos públicos —federales, estatales y locales— para devolverlo a los propietarios.

Pero quizás, e independientemente de la estrategia seguida en los distintos ámbitos territoriales, el verdadero éxito del PPRM radica no tanto en los éxitos puntuales conseguidos, —que tampoco son tantos, mucho ruido y pocas nueces—, sino más bien en que a través de este ruido han conseguido reequilibrar y reorientar el debate político y jurídico acerca de la relación entre la propiedad privada y la regulación.

Desde los años noventa, el movimiento ha ido ganando adeptos en las altas esferas judiciales y legislativas, de tal forma que se han realizado análisis y acercamientos al control de los usos del suelo, a la regulación y a la normativa ambiental desde la perspectiva del modo en que estas puedan afectar a los propietarios del suelo, más que en la medida o la perspectiva de los avances que estas puedan implicar en el ámbito de las políticas públicas y la consecución de sus objetivos. Esto se traduce en la aparición de determinados controles previos a la hora de ejecutar políticas públicas —entendidas en sentido amplio: planeamiento, zonificación, vivienda, etc.— que incidan en los derechos de los propietarios. Estos controles previos exigen estudios, análisis y previsiones de la relación entre

costes y beneficios —incluyendo en los costes una medición precisa de las posibles expectativas cumplidas (*investment-backed expectations*)—.

No han recogido tantos éxitos los ámbitos federal y judicial, por lo que, en los últimos años, el PPRM ha volcado sus esfuerzos hacia el ámbito estatal (*state houses*), donde se han introducido medidas de protección de los propietarios —como se muestra en el Anexo B—. La normativa aprobada se basa en su mayoría en modelos propuestos por la denominada American Legislative Exchange Council y se centran, principalmente, en tres ámbitos²⁷²:

Las Assessment Laws —también denominadas Takings Impact Assessments (TIA)— fueron las primeras en aplicarse y las más populares. Basadas en la Environmental Impact Assessment Provision de la National Environmental Policy Act, tuvieron su primera expresión como una Orden Ejecutiva (Executive Order 12, 630)²⁷³, desarrollada durante los últimos años de la presidencia de Reagan cuando se dirigían a los responsables de las agencias reguladoras federales. Esta normativa establecía e imponía la existencia de una agencia estatal que llevara a cabo un análisis previo y anticipado del impacto de las propuestas y proposiciones de ley, normas y reglamentos que recayeran o afectaran al derecho de propiedad. La finalidad de esta normativa era provocar la necesidad y obligatoriedad de un estudio previo que aclarara el impacto de las acciones y políticas públicas de forma que el

²⁷² La influencia de este tipo de *lobbies* es muy interesante, por desconocida en entorno político español y porque promueve una unidad *de facto* a través de la propuesta de modelos legislativos que puedan uniformar el ordenamiento jurídico. La American Legislative Exchange Council (www.walec.org) fue fundada en 1970 para promover políticas de derechas —así llamadas, «right wing policies»— a nivel estatal. En el ámbito del urbanismo han propuesto modelos centrados en la potestad expropiatoria, el derecho de reversión, el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los estados y las autoridades locales.

²⁷³ Las denominadas TIA siguieron el modelo de la Orden Ejecutiva 12, 630 que instaba a las agencias federales a tomar en consideración las posibles implicaciones de las propuestas legislativas en cuanto a la posibilidad de que estas tuvieran el carácter de *takings*, es decir, de expropiaciones normativas. La orden se volvió a imprimir en dos ocasiones en años posteriores bajo las rúbricas: 3 C.F.R. 554 (1988) y 5 U. S.C 601 (1994).

legislador o las agencias pudieran decidir si los beneficios públicos superaban o trasladaban en exceso su coste a los propietarios. Los defensores del movimiento legislativo conocido como «look before you leap» —mira antes de pisar— enarbolaron estas medidas en defensa de su causa.

Sin embargo, para los escépticos la intencionalidad de esta normativa es doble: por una parte, provee a los oponentes políticos de datos facilitados mediante una investigación pública para que puedan contraponer regulaciones en contra de esos datos presentados de forma más eficiente y, por otra parte, ralentiza la actuación del proceso político en el desarrollo y la promoción de nuevas normas, interponiendo más obstáculos para su aprobación.

Carol Rose²⁷⁴ añade —respecto a este tipo de medidas y en especial la Executive Order 12, 630— que este tipo de normas planteaba cuestiones que eran imposibles de responder en el momento en el que se realizaban —ya fuera con carácter previo al establecimiento de determinado programa o plan de urbanización, o antes de la aprobación de una ordenanza de zonificación—. Se establecía la denominada «orders list»²⁷⁵ con todos los requisitos necesarios, que eran —en opinión de Rose— redundantes y excesivos, ya que exigía la identificación, caso por caso, de cada una de las propiedades afectadas por la misma, además de la especificación de los usos actuales, del impacto económico que la medida a tomar pudiera tener, en cada una de ellas, cualquier beneficio del que se les pudiera privar y la duración de los efectos adversos sobre la misma, entre otros.

²⁷⁴ Carol M. ROSE, «A Dozen Propositions on Private Property, Public Rights, and the New Takings Legislation», en *Washington and Lee Law Review*, 1996, vol. 53, n.º 1, pp. 288-298. Disponible en línea: <<http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss1/8>>. [Consulta: 30/05/2013].

²⁷⁵ *Vid.*, al respecto Robin E. FOLSOM, «Executive Order 12,630: A President's Manipulation of the Fifth Amendment's Just Compensation Clause to Achieve Control over Executive Agency Regulatory Decisionmaking», en *Boston College Environmental Review*, vol. 20, n.º 639, 1993, pp. 658-669.

Compensation laws. Legislación indemnizatoria

Esta aproximación es mucho más directa y jurídica que la de las Assessment Laws, que no es más que una simple estrategia política, si bien puede conducir a resultados en los que el margen de discrecionalidad sea menor. En el caso de las Compensation Laws la propuesta se basa en la necesidad de solicitar y exigir indemnización para los propietarios de suelo a los que la regulación pública haya afectado en la disminución del valor de sus terrenos.

La normativa en este sentido establece²⁷⁶ que cuando una norma o regulación (*rule or regulation*) afecte una propiedad en un determinado porcentaje —establecido independientemente por cada uno de los estados en una horquilla entre el 10% y el 50%—, el propietario puede exigir indemnización por la misma. Algunas legislaciones estatales establecen incluso que la indemnización sea presupuestada por la agencia que estableció esa norma.

El argumento que esgrimen los defensores de este tipo de medidas indemnizatorias es que la Administración es la responsable directa de la acción realizada, por lo que la repercusión del coste de la indemnización sobre el presupuesto directo de la agencia responde a una llamada de atención sobre las Administraciones públicas para que sean conscientes del coste y de las consecuencias de sus decisiones. Por otra parte, el acceso judicial a la resolución de este tipo de conflictos es siempre muy costoso para el perjudicado —el propietario de suelo— y, además, en el caso en que se estimara la indemnización, esta no repercutiría directamente en el presupuesto propio de la entidad que hubiera realizado la regulación expropiatoria.

Los objetores a estas medidas contradicen estos presupuestos al defender que existe una casuística suficiente en la que se contempla la indemnización a los propietarios —que ni siquiera los

²⁷⁶ *Vid.*, entre otras: House Property Protection Act, 3 March 1995; Senate Property Rights Act.

tribunales reconocerían—. Argumentan además que el despliegue completo de este tipo de normas conduciría a la quiebra de la Administración. Estas medidas no son más que *budget busters* —propuestas aniquiladoras de presupuestos—, cuya intencionalidad real es desanimar a la Administración a llevar a efecto cualquier tipo de regulación por miedo a las posibles responsabilidades que pudieran desprenderse, es decir, lo que buscan es parar la maquinaria reguladora de la Administración de forma implícita o indirecta.

A este respecto, Rose²⁷⁷ critica la fijación de porcentajes a la hora de determinar la disminución del valor de la propiedad (*diminution in value*) y lo considera una expropiación que deba ser indemnizable por dos razones —según mi parecer— muy importantes. Por un lado, este tipo de normas que marcan porcentajes en relación con la disminución del valor de la propiedad presentan un problema de partida ya que no definen el porcentaje de qué se aplica, es decir, no definen la propiedad a partir de la cual se considera que ha existido una disminución del valor de la misma. Esto lleva directamente a la manida discusión sobre las valoraciones del suelo, en la que la cuestión ya no es tanto qué se valora, sino cómo se valora. Como bien indica Parada²⁷⁸, no existen distintos valores de la propiedad, sino formas o métodos diferentes de valorarla que incluirán la incorporación de unos derechos o no la incluirán. Y en el derecho americano —como se comprobará en el siguiente capítulo al analizar la jurisprudencia constitucional— la construcción jurisprudencial ha ido modulando el contenido de ese valor y el método o métodos de valoración de los mismos.

La segunda razón que apunta Rose es que este tipo de normas que fijan porcentajes solo complican aún más la normativa aplicable, la hacen más oscura y generan mayores litigios, sin acabar de resolver la cuestión o la reivindicación inicial de los defensores de los derechos de propiedad privada.

²⁷⁷ Carol M. ROSE, art. cit., 1996, p. 289.

²⁷⁸ José Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo III. Bienes públicos y derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Desde esta perspectiva, las iniciativas legislativas que han prosperado en distintos estados —independientemente del porcentaje que establezcan— han tenido como resultado una reducción del campo de visión que debe abarcar cualquier iniciativa legislativa —lo que quizá deba considerarse uno de los logros de este movimiento—. Se ha producido un cambio en la óptica reguladora, en su punto de partida, debido a que su premisa principal es la protección exclusiva del derecho de propiedad privada. Estas iniciativas se nombran herederas de la doctrina que regulaba las relaciones de vecindad (*nuisance law*), pero protegiendo únicamente la seguridad y la salubridad (*healthy and safety*) y obviando expresamente la tercera parte indisociable —la protección del bienestar común (*welfare*)— que marcó la publicación histórica de las *nuisance laws*.

Algunas normas, aparentemente inocentes, añaden una simple coetilla que transforma completamente el significado y el contenido de la regulación e, incluso, el significado mismo que de la propiedad privada y pública se desprende. Así, algunos estados añaden —en las cláusulas de disminución en el valor— que los porcentajes fijados podrán afectar a toda o cualquier parte de la propiedad —«the percentage applies to the value of the entire property, or to any affected part or portion»—, de forma que la reducción del valor se podrá concentrar siempre en cualquier mínima parte de la propiedad, garantizando que este tipo de regulaciones generen siempre una indemnización. Se fuerza, por tanto, desde abajo a que una regulación tenga sentido expropiatorio para generar indefectiblemente esa compensación.

Conflict resolution laws. Legislación para la resolución de conflictos

Ante el fracaso de las dos vías anteriores, la estrategia más reciente de los defensores de los derechos de propiedad opta por la resolución de conflictos utilizando el arbitraje y la mediación ideados en el campo de la legislación ambiental. De esta forma se busca el mal menor, estableciendo un proceso formal para el diálogo y la negociación entre las agencias reguladoras y los propietarios afectados por las mismas.

Otras medidas

Los efectos y el impacto que este tipo de medidas han generado en las políticas de suelo, en los sistemas de zonificación, en la forma de normar y regular los usos de suelo han sido mucho menores de lo que aparentemente pudiera parecer tras la descripción y enumeración hechas hasta aquí. Creo que no corresponde a este estudio detallar de forma pormenorizada el porqué de este fracaso en cada uno de los estados en particular. Este ha sido revisado y analizado por la doctrina en profundidad, dada la importancia, originalidad y rápida extensión de este movimiento social de defensa de los derechos de los propietarios. Además, —con carácter general— no tenemos una perspectiva espacio-temporal suficiente para medir con precisión los efectos que este tipo de medidas están causando en la estructura o en la dinámica de las agencias de planeamiento y zonificación, de los estados y de las entidades locales en las que se han aplicado, ni si estas medidas puedan suponer un cambio paulatino en sus estructuras o modos de obrar y relacionarse.

Por otra parte —y esta es una crítica que se puede hacer extensiva a casi toda la legislación urbanística, la española incluida, desde luego—, hay un punto de separación —abismal en unos casos, más pequeño en otros— entre la realidad urbanística local, el día a día de la gestión y ejecución de la ciudad y las decisiones normativas y jurisprudenciales tomadas. Esto se debe a que al Tribunal Supremo solo llegan —como apunta Jacobs²⁷⁹— «historias terroríficas» muy puntuales y significativas que los defensores de este movimiento toman como casos generales —cuando son la excepción que confirma la regla— de un día a día en el que la acatación —negociada o no— de la voluntad pública —sea de interés general o no— no permite en muchos casos llevar el asunto a tribunal alguno o porque simplemente no existe una verdadera problemática al respecto.

En definitiva —como he dicho antes—, el verdadero éxito de este tipo de medidas no son las medidas en sí mismas, sino

²⁷⁹ Harvey M. JACOBS, art. cit.

que a través de ese mucho ruido se ha conseguido llegar al menos a unas cuantas nueces para poder reformar y reorientar el debate sobre la verdadera naturaleza del equilibrio necesario entre derechos públicos y privados. Es decir, el verdadero éxito del movimiento en defensa de los derechos de propiedad es trasladar el planteamiento del debate de las políticas públicas a su favor, de forma que sean las entidades públicas las que deban justificar su intervención y las imposiciones sobre los derechos de propiedad.

Si bien los representantes de este tipo de movimientos en defensa del derecho de los propietarios de suelo suelen llevar a cabo una interpretación histórica —que podemos calificar como emocional— del derecho de propiedad y de la intervención pública en los Estados Unidos, insistiendo en negar cualquier forma de intervención o la existencia de una serie de derechos o bienes públicos, estos no son de nueva creación. Aunque fuera a partir de los años setenta cuando se empezaran a proteger por la vía del derecho ambiental, la necesidad de la pervivencia de estos derechos se asumía —pública y privadamente— en aras del bien común.

En este sentido, incluso Rose y Epstein —defensores a ultranza de una perspectiva iusprivatista sobre los derechos de propiedad— no dudan en afirmar la necesidad de coexistencia de bienes públicos y privados, y de su protección simultánea, así como la necesidad de encontrar un equilibrio —cambiante en función de las circunstancias, pero equilibrio al fin y al cabo— que module ambos derechos, siempre teniendo en cuenta el marco constitucional en el que se protejan. Esta es la línea divisoria que en muchas ocasiones han cruzado los defensores de este movimiento: muchas de las nuevas propuestas relativas a las posibles expropiaciones van más allá de la regulación constitucional de la propiedad privada, incluso, a pesar de estar basados en pronunciamientos jurisprudenciales sobre las mismas. Por esta razón, las recientes sentencias *Lingle* y *Kelo* del año 2005 pretenden devolver el debate a su terreno de juego que había sido —gota a gota, sentencia tras sentencia— desbordado y complicado a lo largo del último medio siglo.

Una vez realizada esta visión panorámica desde una perspectiva institucional, será posible tratar, a continuación, con menor dificultad y con una visión más amplia —y al tiempo más profunda— que sintonice y enraíce con la tensión constitucional que supone la intervención administrativa sobre los usos del suelo, sin que exista una declaración explícita de la función social de la propiedad y las enmiendas constitucionales que legitiman, en cierto modo, estas intervenciones.

Capítulo 4

Marco constitucional: Urbanismo y propiedad en la jurisprudencia del siglo xx. Vuelta a la cuestión de las *takings*

Hasta aquí he presentado una visión que se podría calificar como institucional para enmarcar la intervención pública urbanística estadounidense, analizando las técnicas utilizadas para configurar esa concepción moderna de la ciudad que se inicia en los comienzos del siglo xx mediante la zonificación y no tanto del planeamiento urbanístico.

Asimismo he descrito cómo —a pesar de que el urbanismo se presenta en Estados Unidos como un asunto local— la denominada *quiet revolution* —revolución silenciosa— ha ido reformando implícita —y al final expresamente— la concepción localista del urbanismo latente en la sociología y en la política urbana norteamericanas, mediante programas e iniciativas federales y estatales cuyo hilo conductor no ha sido —en muchas ocasiones— la intervención directa sobre los usos del suelo desde una perspectiva netamente urbanística, sino una intervención —aparentemente— sectorial, abordada desde la protección ambiental o desde la perspectiva de la satisfacción de necesidades primarias, como la vivienda.

Se ha estudiado también cómo desde mediados de los años ochenta ha surgido un importante movimiento social a favor de la propiedad —el *Wise-Use Movement* o *Property Rights Movement*— como reacción sociológica y emocionalmente exacerbada, muy polarizada y popularizada, pero que, con una estrategia multidisciplinar, ha logrado algunos hitos importantes y, sobre todo, ha forzado un cambio en la mentalidad del legislador a la hora

de iniciar programas o implementar medidas de control o planificación de los usos del suelo.

Para completar y redondear este acercamiento a los principales problemas y realidades que atraviesa el urbanismo estadounidense es necesario recalcar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Analizaré —cronológicamente primero y materialmente después— el modo en que se ha ido modulando, delimitando, socializando y casi concibiendo estatutariamente el derecho de propiedad en los Estados Unidos, para posteriormente desglosar las enmiendas constitucionales y de esta manera examinar ya de forma algo más microscópica las tensiones jurídicas actuales y las soluciones más recientes que el Alto Tribunal estadounidense ha propugnado y que han supuesto una vuelta de tuerca para algunos —un giro copernicano para otros— en la tradicional interpretación que de los mismos se estaba llevando a cabo.

A lo largo del siglo xx el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha impulsado una interpretación de la relación jurídica y de los límites de la intervención de la Administración en los usos de suelo, recurriendo a la técnica de la zonificación, pero, poco a poco, desde mediados del siglo xx, ha ido interpretando la legalidad de los condicionamientos, cada vez mayores, surgidos de las regulaciones de las agencias ambientales, entre otros. El marco constitucional en el que se encuadran este tipo de reclamaciones se apoya principalmente en la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense y en su versión estatal —la Enmienda XIV— que ha sido aprobada por todos los estados a excepción de Florida.

El grueso de la jurisprudencia está basada en los tres pilares que sustentan la Quinta Enmienda, a saber: el principio de legalidad —entendido como transparencia o tutela judicial efectiva (Due Process Clause)—, el principio de igualdad y la cláusula que hace referencia a la necesidad de indemnización en caso de expropiación (*Eminent Domain Clause*). De esta última se deriva el insistente combate para lograr la identificación de la regulación de los usos del suelo con una expropiación virtual o regulación expropiatoria (*Regulatory Takings Clause*).

El análisis más ordenado y claro de la trayectoria jurisprudencial en este sentido debería partir de un estudio en bloques sustantivos y materiales de las sentencias que afecten a cada una de estas cláusulas, como así haré a continuación. El problema —como advierte William Fischel²⁸⁰— parte de la dificultad de distinguir los casos que están basados en cada cláusula, ya que en muchas ocasiones estas se invocan de forma simultánea, incluso los tribunales ordinarios en muchas ocasiones no han citado expresamente sus resoluciones en una cláusula concreta, sino —como señala la reciente sentencia Lingle²⁸¹— se han basado en citas de citas de jurisprudencia que poco a poco han ido deformando el original y verdadero sentido de las mismas, jugando a algo así como a un teléfono estropeado jurisprudencial.

Por esta razón se impone —para ofrecer una visión más clara de la evolución que se quiere mostrar aquí— comenzar por un primer acercamiento histórico de la jurisprudencia que afecta a los usos del suelo para —con esta visión global— tratar después la pormenorización de cada una de las tres ramas más importantes a las que hacen referencia y concluir finalmente con las principales novedades que las sentencias Tahoe Sierra²⁸², Lingle y Kelo²⁸³ han supuesto en este complicado entramado jurisprudencial.

4.1. Introducción. Una visión lineal y de conjunto

Ante la cuestión planteada de si existían límites a la regulación administrativa, la respuesta inicial de la jurisprudencia estadounidense había sido un no rotundo, ya que se entendía que los poderes públicos estaban legitimados para intervenir en los usos de suelo sin que debiera mediar indemnización alguna por la misma. En 1915, el Tribunal Supremo en la sentencia Hada-

²⁸⁰ William A. FISCHER, ob. cit., 1987, pp. 43 y ss.

²⁸¹ Lingle v. Chevron U. S. A., Inc., sentencia cit., 2005.

²⁸² Tahoe Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, sentencia cit., 2002.

²⁸³ Kelo v. City of New London, sentencia cit., 2005.

check v. Sebastian²⁸⁴ examinó de forma específica la cuestión de la intervención administrativa y sus consecuencias en el individuo y llegó a la siguiente y prematura conclusión, que expresó en términos que en la actualidad podrían sonar algo dramáticos, majestuosos e incluso ampulosos:

Debe ser recordado que estamos tratando con uno de los poderes más esenciales de la Administración o al menos el menos imitable, el más peculiar y original. Puede parecer, de hecho, que su ejercicio tiene consecuencias graves sobre los individuos, pero la necesidad imperativa e imperante de su existencia impide ningún tipo de limitación sobre la misma siempre y cuando no sea ejercida arbitrariamente. No pueden esgrimirse intereses o derechos establecidos y preexistentes contra esta intervención una vez que se está legitimado para su ejercicio [...] debe haber progreso y si en su andadura y su búsqueda los intereses privados están en el camino deben someterse al bien de la comunidad²⁸⁵.

No fue hasta 1922 cuando el Tribunal Supremo se vio obligado a pronunciarse de nuevo sobre el mismo aspecto, aunque en esa ocasión en un sentido mucho más matizado. La conocida sentencia Penn Coal se convirtió así en la piedra angular de toda la jurisprudencia sobre las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*) del siglo xx. El Tribunal debía pronunciarse sobre la validez de la regulación estatal que hacía referencia a la limitación de la potestad de uso de los derechos mineros de los propietarios de las minas. El archiconocido párrafo de la sentencia, causa de una profusa y confusa jurisprudencia posterior en esta materia

²⁸⁴ Hadacheck v. Sebastian, sentencia cit., 1915.

²⁸⁵ «It's to be remembered that we are dealing with one of the most essential powers of government, one that is the least imitable. It may, indeed, seem harsh in exercise, usually is on some individual, but the imperative necessity for its existence precludes any limitation upon it when not exerted arbitrarily. A vested interest cannot be asserted against it because conditions once obtaining [...] There must be progress, and if in its march private interests are in the way they must yield to the good of the community». Hadacheck v. Sebastian, 239 U. S. 394 (1915).

estableció que «la regla general [...] es que mientras que la propiedad puede ser regulada en cierta medida, si la regulación va demasiado lejos se debe reconocer como una expropiación»²⁸⁶. Es decir, que la potestad normativa de la Administración podía ser identificada con una expropiación bajo el paraguas de la Quinta Enmienda y en caso de que existiera esta identificación el propietario estaría legitimado para exigir una indemnización.

Pero lo que el Alto Tribunal no determinó fue qué se entendía por ese *ir demasiado lejos* y qué no lo era, y en esa batalla la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estado enfangada durante un siglo.

El siguiente hito jurisprudencial tendrá lugar en 1926, con la también representativa sentencia *Euclid*²⁸⁷ que da carta de naturaleza a la zonificación como medida constitucional. Solo por un voto de margen, el tribunal dio su aprobación a esta nueva técnica importada de Alemania. De forma que —como bien indica Jacobs²⁸⁸—, conjugando el momento histórico que devino posteriormente —la Gran Depresión— con estas dos sentencias el resultado práctico fue que no se interpretaba que la zonificación fuera una técnica de intervención sobre los usos del suelo delimitadora de los derechos de propiedad que fuera *demasiado lejos* y por ello no era considerada una expropiación, ni las propiedades a las que afectara eran susceptibles de indemnización.

El problema y la cuestión de los derechos de propiedad no resurgieron en la arena del Tribunal Supremo hasta mediados del siglo xx, en 1954 —en plena época de la renovación urbana—, cuando el Tribunal Supremo se pronunció en la sentencia *Berman v. Parker*²⁸⁹. Con este caso se entra en la cuestión de la expropiación por razones de uso público (*public use*) y la legiti-

²⁸⁶ «[T]he general rule [...] is that while property may be regulated to a certain extent, if regulation goes too far it will be recognize as a takings». *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, sentencia cit., 1922.

²⁸⁷ *Village of Euclid v. Ambler Realty Company*, sentencia cit., 1926. *Vid. supra* § 3.2.1.b.

²⁸⁸ Harvey M. JACOBS, art. cit.

²⁸⁹ *Berman v. Parker*, 348 U. S. 26 (1954).

dad de llevarla a efecto con un tercero beneficiario de la misma. El tema objeto de debate era si la Administración estaba legitimada para expropiar terrenos indemnizando al propietario por la privación de los mismos, en el caso de que la finalidad pública —causa expropriandi— fuera la reagrupación de las propiedades para posibilitar la reforma urbana ejecutada por un tercer beneficiario —no propietario— que se beneficiaba de la misma, todo bajo el paraguas o la justificación del estado de ruina de las edificaciones²⁹⁰. El tribunal confirmó la legitimación de la Administración para llevar a cabo este tipo de operaciones.

En 1978 comenzó un nuevo período marcado tanto por la composición del Tribunal Supremo como por el cambio en las condiciones sociales y económicas. Estas condiciones propiciaron que —una vez sentadas las bases por parte de esta incipiente jurisprudencia— se empezaran a buscar fórmulas y métodos de control de la discrecionalidad administrativa y de la potestad de zonificación, así como de la determinación de lo que hubiera de ser un «uso o finalidad pública» que legitimara las expropiaciones a través de los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales.

Como ya se ha visto más arriba, este es el período en el que la actividad administrativa se extiende a todos los ámbitos, competenciales y materiales. En los ámbitos materiales la preocupación ambiental tiene su reflejo en la aprobación de una pluralidad de normas que —directa o indirectamente— afectaban al derecho de propiedad, y en los ámbitos competenciales es el momento de la revolución silenciosa (*quiet revolution*) —a la que me he referido anteriormente— en el que un número significativo de estados aprobaron normas en las que reafirmaban su autoridad constitucional en la regulación de los usos de suelo en el nivel estatal.

En suma, el Estado administrativo pasa de la infancia a lo que podríamos calificar como Estado adolescente, en el que las hormonas ambientales —algo disparadas— provocaron un crecimiento desordenado y, quizás, excesivo que la jurisprudencia

²⁹⁰ Benjamin BARROS, «Berman v. Parker, 348 U. S. 26 (1954)», en *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, David S. Tanenhaus, Gale, 2008, p. 140.

debería haber limitado o encauzando. Por el contrario, dificultó que la normativa profusa y difusa pudiera alcanzar su grado de madurez, estabilidad y equilibrios ponderados reales, puesto que las técnicas de control que fue implantando sucesivamente complicaron aún más el entendimiento y la aplicabilidad normativa, dando la razón —en algunos aspectos— a los defensores de los derechos de propiedad, quienes tildaban toda esta regulación de ineficaz e ineficiente²⁹¹.

El período que abarca entre 1978 y 1994 se caracteriza por distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo en el que se redefinieron las reglas de interacción e influencia mutua entre la Administración y los propietarios del suelo. El Tribunal Supremo empezó a trazar los límites de lo que pudiera significar ese «going too far» y comenzó a establecer ciertas barreras y a definir en qué casos y —sobre todo y lo más importante— con qué parámetros jurídicos de medición normativa habría de establecerse esa medida de extralimitación.

Una de las sentencias más emblemáticas en este sentido fue la sentencia Lucas²⁹² en la que el Tribunal estableció que si la regulación privaba de todo o cualquier valor económico a la propiedad se consideraba que esta había ido demasiado lejos y debería compensarse al propietario del suelo.

El siglo XXI comienza con un nuevo dinamismo y una nueva orientación de los pronunciamientos realizados en torno a la búsqueda de límites de la acción administrativa en cualesquiera usos del suelo. La adolescencia administrativa —entendida como profusión intensiva y extensiva de todo tipo de normas—, junto con la paralela aparición de controles muy abstractos y confusos sobre las mismas, fue suplantada por un nuevo período en el que —contrariamente a lo que podríamos suponer, debido a las características de la compleja y global sociedad actual— se empieza a atisbar una nueva forma de abordar la cuestión de la intervención

²⁹¹ También la califican de anti-americana, aunque ya he mostrado que no es más que una interpretación emocional de la evolución histórica de la intervención administrativa sobre los derechos de propiedad.

²⁹² Lucas v. South Carolina Coastal Council, sentencia cit., 1992.

administrativa en los usos del suelo que se asemeja en mucho a los ordenamientos europeos.

En 2002, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos volvió a centrar la atención en el tema de las *takings* en el asunto *Tahoe Sierra Preservation Council v. Tahoe Regional Planning Agency*²⁹³ (en adelante, *Tahoe Sierra*), en un pronunciamiento muy importante a favor del concepto tradicional —o muy europeo— del poder de policía (*police power*) y del entendimiento del planeamiento urbanístico como una potestad pública genuina, inherente al actuar de la Administración y, en todo caso, no encajable como una expropiación normativa.

Se planteaba el problema sobre si el establecimiento de una moratoria de algo más de tres años en algunas de las decisiones fundamentales del planeamiento se podría considerar —bajo el paraguas de *Penn Coal*— como una regulación que fuera más allá —ese «going too far» que ya es tan familiar— de lo permitido. De hecho, el Tribunal Supremo entendió que el planeamiento y la regulación eran funciones habituales e inherentes a la Administración pública, al poder público, el tribunal, por tanto, no encontró razón alguna para interferir en la actividad de planeamiento.

Esta sentencia es uno de los golpes más duros recibidos hacia los defensores de la concepción del planeamiento urbanístico, de la zonificación y, en general, de la actividad administrativa sobre los usos de suelo como una acción reguladora que debiera ser indemnizable en todo caso.

Tahoe Sierra es importante porque no reconduce la cuestión a los controles tecnificados que había construido la jurisprudencia sobre las expropiaciones en los últimos años, sino que simplemente entiende que las regulaciones urbanísticas (*land-use regulations*) son omnipresentes, es decir, que normalmente afectan al menos tangencialmente a los valores de la propiedad y aclara que sería un lujo que pocas Administraciones y Gobiernos podrían sostener y permitirse —en 2002, la sentencia cobra mayor peso

²⁹³ *Tahoe Sierra Preservation Council v. Tahoe Regional Planning Agency*, sentencia cit., 2002.

aún en la actualidad tras la crisis inmobiliaria y financiera estadounidense—, si se aplicara ampliamente la apreciación de este tipo de normativa de forma automática como regulación expropiatoria, ergo derecho a indemnización.

En junio de 2005 el Tribunal Supremo dictó la precitada sentencia Kelo una de sus más sonadas sentencias de los últimos años, especialmente por la trascendencia y repercusión mediática que adquirió. Presionado y estrechamente vigilado por los defensores del PPRM, el tribunal accedió a entrar y aclarar su doctrina (*thinking guidance*) sobre la determinación en la Quinta Enmienda de que las expropiaciones deben realizarse para un «uso público», revisando así los presupuestos establecidos en la controvertida sentencia Berman v. Parker de 1954.

La cuestión debatida en Kelo es la legitimación de la expropiación, si su finalidad es llevar a cabo una redistribución y reordenación física y jurídica del suelo para concederla, cederla o venderla con posterioridad —o anterioridad— a otro propietario o empresario privado. Todo ello justificado por la necesidad de facilitar el desarrollo posterior, favorecer el crecimiento económico de la ciudad, proporcionar más puestos de trabajo y conseguir un aumento proporcional de la tasa sobre la propiedad. Con solo un voto de margen el Tribunal Supremo interpretó que la Administración —en este caso la City— está legitimada para llevar a cabo este tipo de actuaciones. Independientemente de que en los terrenos que hubieran de ser expropiados se hubiera establecido el estado de ruina de los mismos.

El caso Kelo causó una tormenta de protestas populares y un buen número de reacciones legislativas para limitar los efectos de este pronunciamiento. Para muchos supuso una forma elegante de tirar la toalla en la lucha conceptual —aunque infructuosa— por lograr un intento de delimitación de aquello que suponga que los poderes públicos *han ido demasiado lejos* en su intervención para que sea concebido y valorado y sobre todo pagado como si se tratase de una expropiación física. Para autores como Bes-

sel, Kayden o Jacobs²⁹⁴ ese *demasiado lejos* es una idea —casi un eslogan jurisprudencial— de significación muy profunda —quizás excesiva—, tan hundida y escondida o de tan difícil delimitación que la jurisprudencia, en casi un siglo, no ha sido capaz de poner límites claros a la misma y si los ha puesto, estos no han gozado de ninguna relevancia posterior en la legislación o en las actuaciones urbanísticas de intervención, modulación o modificación de los usos del suelo.

Por tanto, a pesar de que ha existido una construcción sucesiva y paulatina de un marco legal y jurisprudencial para la conceptualización, entendimiento y abstracción de qué se ha de entender por regulación expropiatoria (*regulatory takings*), en la práctica, este marco tiene escasa o mínima relevancia.

El broche de oro —o al menos el mayor estrechamiento jurisprudencial en la interpretación amplia y casuística de las *takings*— lo puso, en el mismo año 2005, la sentencia Lingle, después de que Tahoe Sierra cerrara filas en torno a la consideración del planeamiento y de las actividades públicas que regulan los usos de suelo como constitucionales y legítimas y no encasillables dentro de la teoría y la concepción de la regulación expropiatoria (*regulatory takings*) y después de que la sentencia Kelo afianzara esa postura permitiendo y legitimando una práctica absolutamente habitual en todos los ordenamientos como es la expropiación a beneficio de tercero con finalidades urbanísticas.

Partiendo de esa base, Lingle sirve como cláusula de cierre al reconducir el debate mantenido enconadamente desde 1922, desde la perspectiva constitucional. Reorienta además el sentido de la Due Process Clause —aunque solo se podrá apreciar el efecto normativo de Lingle pasados unos años—, apuntando cuáles deben ser las claves de los controles a las agencias urbanísticas y de planeamiento, puesto que la cuestión fundamental que plantea no es debatir si la intervención sobre los usos de suelo debe ser entendida como indemnizable en todos o casi todos los casos en los que exista determinado sacrificio patrimonial, ya que

²⁹⁴ Harvey M. JACOBS, art. cit.

este —como claramente expresa Kelo— siempre o casi siempre va a existir, de una forma o de otra. El debate entonces debe centrarse en la primera parte de la Quinta Enmienda —la Due Process Clause—, es decir, en la necesidad de garantizar un procedimiento transparente y las medidas administrativas que aseguren que, efectivamente, este tipo de intervenciones son de interés general y se enmarcan dentro de la legalidad.

4.2. La Quinta Enmienda

«No person shall be [...] deprived of life, liberty or property, without due process of law, nor shall private property be taken for a public use, without just compensation»²⁹⁵.

Quinta Enmienda de la Constitución
de los Estados Unidos (1787)

Las tendencias sociales y corrientes doctrinales, legislativas y jurisprudenciales que se han descrito aquí hasta este momento tienen su reflejo directo en la evolución de la interpretación de la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense y de las resoluciones jurisprudenciales que desde 1915 han ido delimitando u oxigenando el derecho de propiedad urbana frente a las diferentes formas de intervención de los poderes públicos sobre el mismo.

La Quinta Enmienda consta de dos partes fundamentales, de las cuales la primera hace referencia a la Due Process Clause —el principio de legalidad—; la segunda a la Takings Clause —cláusula expropiatoria—, que tiene un doble acercamiento, por una parte, la construcción de la teoría sobre las *regulatory takings* y su asimilación a una expropiación y por otra la referencia expresa a los casos de expropiación forzosa propiamente dichos y la deli-

²⁹⁵ «Ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad y la propiedad sin un proceso legal justo, ni tampoco se podrá expropiar la propiedad privada para un uso público sin una justa indemnización».

mitación en los mismos tanto del uso o fin público al que hayan de ser destinados como del valor que haya de darse a la propiedad en caso de expropiación.

Como acertadamente apunta Moreno Molina, a pesar de que la expresión «función social de la propiedad» no forma parte del vocabulario jurídico-público norteamericano, lo que sí es cierto es que ha existido una evolución importante —que he ido desgranando hasta aquí— que corre pareja al surgimiento y consolidación de un Estado administrativo y aún de bienestar que ha transformado la concepción absoluta de la propiedad en la posibilidad in abstracto del sacrificio patrimonial privado en interés público con base en una actividad administrativa de promoción del bienestar e interés público calificado como «*promotion of the public welfare, advancement of the public interest*» y esta acción administrativa se enmarca constitucionalmente en el paraguas de la Quinta Enmienda²⁹⁶.

En definitiva, la jurisprudencia estadounidense se ha orientado históricamente en una triple visión casuística que emana de las tres partes o cláusulas de la Quinta Enmienda.

4.2.1. *Due Process Clause*

La interpretación que de la primera cláusula de la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense se ha realizado avanza en la determinación de lo que se ha de entender por Due Process. En este sentido, el punto de partida es la prohibición al Congreso federal de aprobar normas «that not substantially advance legitimate interest», es decir, cualquier norma que afecte al uso del suelo (*land use regulation*), cualquier norma urbanística —en el caso español— será nula si no persigue un interés legítimo.

Por otra parte, la Enmienda XIV traslada estas dos obligaciones básicas que vertebran la estructura del contenido limitador y

²⁹⁶ Ángel Manuel MORENO MOLINA, art. cit., 2001, p. 525.

delimitador del derecho de propiedad a los estados y gobiernos locales en los que se haya delegado la potestad de aprobar normas urbanísticas (*land use regulations*) especificando que:

Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria²⁹⁷.

Mediante la Enmienda XIV —como ya avanzó una muy temprana jurisprudencia en 1897— queda incorporada la protección y las determinaciones de la Quinta Enmienda como regulación estatal y local, por lo que cualquier regulación local, planeamiento, zonificación u otra limitación que recayera sobre el uso del suelo estarán limitadas por estas dos obligaciones.

Si la Constitución estadounidense no afirma expresamente la función social de la propiedad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales estatales serán las encargadas de modular este —aparente— derecho absoluto constitucionalizado —apoyándose en su concepción napoleónica— de poner puertas al campo, nunca mejor dicho.

En efecto, será la *Due Process Clause* —que, como certeramente indica Moreno Molina²⁹⁸, debe traducirse como la necesidad del «principio de legalidad» y no como «el proceso debido»— la que dé carta de naturaleza a la zonificación, no solo como técnica de separación de usos en las nuevas ciudades, sino sobre todo, como un modo de delimitar el contenido urbanístico y económico de la propiedad sin que quepa indemnización alguna por el mismo.

²⁹⁷ «No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within the jurisdiction the equal protection of the laws». Fuente: Wikipedia.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 523.

Tan solo cuatro años después de la Standard State Zoning Enabling Act de 1922, en 1926, el Tribunal Supremo de Estados Unidos tendrá ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la legitimidad de la técnica de zonificación, puesto que el contenido de la demanda estribaba sobre la constitucionalidad de la misma. Basándose en la primera cláusula de la Quinta Enmienda —*Due Process Clause*— al entender que esta no perseguía un interés público legítimo, falló que, por tanto, era arbitraria e irracional: «La demanda se basaba en que la zonificación violaba su derecho constitucional a un principio de legalidad partiendo de normas arbitrarias o irracionales que no perseguían un fin público legítimo»²⁹⁹.

El caso es el primero y el más conocido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de urbanismo. En el siguiente —en el estado de Ohio— la autoridad constitucional de la ciudad de Euclid fue demandada por Ambler Realty al haber aprobado normas de zonificación que limitaban el uso de la propiedad del suelo y las orientaban a las necesidades del mercado. El Tribunal Supremo, sin embargo, determinó en su conocida sentencia —que ha dado nombre a la zonificación como *Euclidian zoning*— que la separación de usos en distintos distritos o zonas perseguía un interés público utilizando por analogía la doctrina de las relaciones de vecindad en la propiedad privada. El Tribunal determinó que el efecto de la zonificación era establecer usos de suelo uniformes u homogéneos (*land use standards*) y usos de suelo para proteger a los vecinos de actividades molestas (*nuisance-like uses*) en zonas limítrofes y continuas. Es decir, la cláusula del *Due Process* de la Quinta Enmienda no había sido vulnerada porque la separación de usos constituía una técnica racional en aras de la protección y la consecución del interés público.

²⁹⁹ «The plaintiff's technical claim was that zoning violated its constitutional right to due process: to be protected from arbitrary or unreasonable laws that did not further a legitimate public purpose». *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, sentencia, cit., 1926.

Sin embargo, *a sensu contrario*, en 1928, la sentencia *Nectow v. City of Cambridge*³⁰⁰ (en adelante, *Nectow*) declaró —con el juez Sutherland como ponente— la inconstitucionalidad de una ordenanza de zonificación y daba así la razón al demandante. El propietario de suelo expuso que la ordenanza de zonificación permitía exclusivamente el uso residencial cuando no existía en aquel momento mercado residencial alguno en la zona que era industrial. El argumento de *Nectow* se basaba en que la ordenanza de zonificación aplicable al terreno del propietario no perseguía el interés público. Como no había mercado para el desarrollo residencial, la norma aplicada al terreno del propietario privaba al terreno de contenido económico y no era eficaz, y, por lo tanto, transgredía el principio de legalidad porque no perseguía ningún interés público legítimo.

La principal diferencia entre ambas sentencias es que la primera abarcaba el concepto genérico de la zonificación como técnica jurídica en su conjunto, que fue lo que salvó al juez Sutherland, mientras que *Nectow* es una sentencia aplicativa de la normativa de zonificación porque valoraba la ordenanza de zonificación en la medida en que afectaba a la propiedad del demandante. En *Euclid*, sin embargo, el ataque era directo contra la técnica misma.

Si bien encontramos en algún momento previo sentencias de los tribunales estatales absolutamente contrarias al concepto de la zonificación —en aplicación de la Enmienda XIV—, a raíz de *Euclid*, los tribunales estatales fueron ratificando la normativa zonificadora. Sirva de ejemplo la sentencia *Goldman v. Crowther*³⁰¹, que anuló las ordenanzas de Baltimore y estableció las garantías del Estado y la Constitución federales que aseguraban a cada ciudadano el derecho a ostentar y disfrutar de su propiedad de la forma que quisiera, en la medida en que no afectara a la salud, la seguridad o el bienestar de sus vecinos o del público en general —en el sentido en que las palabras salud, seguridad y bienestar se han entendido tradicionalmente en este estado—. Se

³⁰⁰ *Nectow v. City of Cambridge*, 277 U. S. 183 (1928).

³⁰¹ *Goldman v. Crowther*, 147 Md. 282 (1925).

subrayaba además que la normativa de zonificación coartaba la evolución orgánica o natural de una ciudad compleja de un golpe y que suponía un plan artificial de segregación.

No es casualidad que el año 2005 marcara dos hitos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en relación a las dos cláusulas que hasta ese momento habían sustentado y permitido ir edificando las bases constitucionales del derecho urbanístico estadounidense. En el ámbito de la Due Process Clause recogida en la Quinta Enmienda —tras muchos años de silencio en la aplicación de esta cláusula entendida como principio de legalidad—, la sentencia Lingle ha supuesto una auténtica revolución, incluso mayor que la sentencia Kelo, a pesar de que su revuelo y repercusión social hayan sido menores.

En Lingle el Tribunal acudía al principio de legalidad explicando que las cuestiones afectadas por la Due Process Clause debían someterse al control de los *substantially advances* o mejoras substanciales del interés general. La cláusula conduce a un control no tanto de mera legalidad, como parecería suponer, sino también de oportunidad (*means-end test*), es decir, en esencia se planteaba si la regulación que recae sobre una propiedad privada era efectiva en el cumplimiento de sus fines públicos (*legitimate public purpose / legitimate state interest*). Puesto que la regulación que fracasase en la persecución y obtención de un aparente y legítimo interés público, puede ser tan arbitraria o irracional que se vea perjudicada (*runs afoul*) del propio principio de legalidad y, por tanto, será nula e inconstitucional.

En este sentido el Tribunal citó la sentencia *County of Sacramento v. Lewis*³⁰² en la que se establecía que la denominada Due Process Clause tiene como finalidad la protección de los ciudadanos contra el ejercicio del poder sin una justificación razonable en aras de un interés público legítimo. Esto —traducido al ámbito de los usos del suelo— significa que la norma urbanística (*land use regulation*) atenta contra la denominada Due Process Clause —el principio de legalidad— si persigue un objetivo o fin

³⁰² *County of Sacramento v. Lewis*, 523 U. S. 833 (1998).

que no es público por naturaleza (*public in nature*) o no es eficaz (*effective*) en la consecución de ese fin público³⁰³.

El caso Lingle se caracteriza por eliminar gran parte de la confusión generada por la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia *Agins v. City of Tiburon*³⁰⁴ (en adelante, *Agins*) en relación con la legislación urbanística puesto que permite reconducir la problemática en muchos casos a la protección dada por el principio de legalidad y no tanto a la segunda parte de la Quinta Enmienda, las *regulatory takings*.

La sentencia *Agins* había establecido que la norma podía ser considerada de carácter expropiatorio cuando no persiguiera, ni fomentara un interés público legítimo (*substantially advance*), o bien cuando negara económicamente el uso del suelo al propietario (*denies an owner economically use of his land*).

La sentencia *Agins* proponía, por tanto, un test o un juicio disyuntivo a modo de control, por el cual si se infringía cada una de las vías, entonces se consideraba que la medida era expropiatoria y por tanto daba lugar a indemnización. Se trataba del test de los avances sustanciales que la jurisprudencia ha ido perfeccionando o enrevesando, según se mire, en las tres últimas décadas.

En este punto se observa que *Agins* entremezclaba los dos principios, las dos cláusulas —el de legalidad de la primera parte y el de expropiación de la segunda parte—, dando un salto cualitativo, que es lo que Lingle se ocupó de corregir. Si la norma no es legal porque no es de utilidad pública —porque no persigue un fin público—, entonces, será nula, inválida y habrá que expulsarla del ordenamiento jurídico, pero no se deberá considerar por ello que la nulidad de la misma confiere derechos indemnizatorios como si se tratara de una expropiación. Y tampoco se deben adoptar —como medidas de su legalidad o no— controles que hagan referencia a la expropiación, pero no a la regulación,

³⁰³ «[...] a land use regulation violates Due process clause if it pursues an objective that is simply not public in nature or if its not effective in achieving a valid public objective». *Ibidem*.

³⁰⁴ *Agins v. City of Tiburon*, 447 U. S. 255 (1980).

al *police power* como facultad normativa del Gobierno en todas sus personificaciones.

Agins proponía una forma de control que era en sí misma contradictoria porque ponderaba dos intereses de naturaleza diferente: por un lado, analizaba los posibles avances sustanciales que la norma de delimitación de los usos de suelo suponía y, por otro lado, en caso de que no se diera ese uso público —y ahí llega la corrección de Lingle—, entender que el propietario tenía derecho a indemnización.

La decisión unánime de la sentencia Lingle partía de que la fórmula de los avances sustanciales establecida en Agins no era apropiada para determinar si la regulación es contraria o no a la Quinta Enmienda. La fórmula establece una cuestión que recae en el ámbito del principio de legalidad y transparencia—Due Process Clause— y no recae en el ámbito de las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*). Esta declaración ha sido fundamental y casi revolucionaria en el sentido de que pretende aclarar y delimitar el campo de las *regulatory takings* en aplicación y en referencia a la normativa urbanística y las determinaciones establecidas por las agencias (*land use regulations and agency determinations*), cuestión que nadie había abordado de esta forma hasta el momento.

La relevancia de la sentencia Lingle estriba, por tanto, en cuatro puntos —que se podrían calificar como virtudes— descritos muy acertadamente por Benjamin Barros³⁰⁵:

1. El tribunal reconoció que ocasionalmente comete errores y que la simple repetición de un principio en una serie de opiniones no significa que, necesariamente, haya pensado en la validez o las ramificaciones del citado principio. Humildad y arrebató de sinceridad, quizás excesiva.

³⁰⁵ Benjamin BARROS, «At Last, Some Clarity: The Potential Long-Term Impact of Lingle v. Chevron and the Separation of Takings and Substantive Due Process», en *Albany Law Review*, vol. 69, n.º 345, 2005, pp. 343-356.

2. El tribunal reconoció que las sentencias *Euclid*, *Nectow* y *Goldblatt*³⁰⁶ eran importantes casos de debido proceso —«substantive due process cases»— o al menos en *Goldblatt* estaba principalmente afectada por la cláusula del principio de legalidad. Claridad.

3. El tribunal reconoció que el principio de los avances sustanciales originado en *Agins* había derivado hacia el análisis de la expropiación virtual o impropia, las *regulatory takings*, a través de citas erróneas e incluso equivocadas del análisis del principio de legalidad en los tres casos anteriormente citados. Veracidad.

4. El tribunal reconoció que el principio de los avances sustanciales y la expropiación virtual, la regulación expropiatoria (*takings and due process analyses*) plantean en esencia cuestiones diferentes. La primera *Takings Clause* se centra principalmente en el efecto de la acción pública sobre el propietario de suelo y la segunda —*Due Process Clause*— en la legitimidad en el ejercicio del poder público. Sencillez.

Tomando estos cuatro puntos de forma conjunta se puede llegar a una primera conclusión: muchos de los casos decididos bajo el paraguas de la regulación expropiatoria (*regulatory takings*) —especialmente los desarrollados plenamente en el período posterior a *Penn Central*, la primera sentencia que se ocupó de las *regulatory takings*— comparten como problema de fondo que el principio decisorio al que recurrieron fue el método de control de la norma mediante los avances sustanciales de la misma en cuanto a la aplicación del principio de legalidad.

El reconocimiento de la inconsistencia de muchas sentencias en el ámbito de las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*) se debió, por tanto, a la fusión indebida —y la consecuente confusión— del análisis de las cláusulas de la Quinta Enmienda. Por esta razón, reconocer que los casos deben caer bajo el paraguas del principio de legalidad es un primer paso importantísimo para intentar aclarar, en cierta forma, el espectacular embrollo —y no es exageración— en que se ha convertido la jurisprudencia sobre

³⁰⁶ *Goldblatt et al. v. Town of Hempstead*, sentencia cit., 1962.

las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*) y en la que, a pesar de todo, deberé hacer parada obligatoria a continuación.

Lingle destaca el error de la jurisprudencia en materia de regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*), pues esta se ha centrado, casi obsesivamente, en una ponderación entre el interés público y el privado. Sin embargo, —como bien desgrana la sentencia— el análisis de estas regulaciones no debe orientarse tanto hacia si la acción pública tiene una buena o mala razón para llevarse a cabo, sino hacia el hecho de que la acción del Gobierno haga suya la propiedad privada o no y, entonces, determinar si cabe o no indemnización por la misma, porque este es el hecho que, en origen, causa la expropiación y la obligación de indemnizar.

«Si la jurisprudencia se encamina en esta dirección —apunta la jueza O'Connor, ponente de la sentencia Lingle—, entonces se podrán inferir serias dificultades prácticas que resultarán del hecho de que los tribunales deban escrutar la eficacia de una amplia colección de legislaciones estatales y federales».

La invocación permanente del control o del test de los avances sustanciales (*substantially advances*) como un estándar o denominador común para dilucidar si una actuación pública es una expropiación (*taking*) no legitimaría en muchas ocasiones que los tribunales sustituyeran sus sentencias por las valoraciones externas de agencias expertas. Y esto lo defiende O'Connor, en el sentido de que deberán ser estos agentes externos los que valoren la proporcionalidad de la medida y su justicia, es una llamada pues a la vuelta de los principios sobre justicia y equidad establecidos en la sentencia *Armstrong v. United States*³⁰⁷ (en adelante, *Armstrong*).

Por otra parte, la sentencia Lingle consideraba que la pregunta sobre las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*) versaba sobre si la acción pública (*government act*) es tan onerosa que sus efectos son equiparables a una apropiación directa. Al plantear así la cuestión el tribunal orientó la cuestión de las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*) hacia los efectos sobre los

³⁰⁷ *Armstrong v. United States*, 364 U. S. 40, 49 (1960).

propietarios. Y, en este sentido, estableció que solo se podría dar el caso de una expropiación virtual o *taking*, cuando se diera una disminución del valor total o casi total porque una disminución del valor menor no era equivalente a una expropiación total del bien. De esta forma, se corregía la sentencia Lucas del juez Scalia.

La cláusula de la justa compensación (Just Compensation Clause) debía ser leída e interpretada solo en los casos en los que se exija compensación por una privación total del valor del bien. La cuestión más espionosa será cuál es la medida —ese denominador común— para determinar la pérdida del valor total del bien. Cuestión que aún permanece abierta.

La sentencia Lingle ha tenido una gran repercusión tanto por la unanimidad con la que fue adoptada, como por su capacidad inusual de formular una doctrina coherente en el farragoso campo de las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*).

La aparente sencillez de la sentencia esconde una complicada tensión política que se había ido urdiendo en los últimos años, que no sorprende tanto desde una perspectiva histórica, pues muestra las dos visiones o concepciones que de la propiedad existen y también de la forma o los modos de intervención de la Administración pública en la sociedad.

Algunos autores destacaron en su momento que Lingle parecía mostrar que el Tribunal Supremo se orientaba hacia la moderación, haciendo un guiño a las presiones de los defensores del Wise-Use Movement, pero nada más lejos de la realidad.

Muchos conservadores —incluidos los que forman parte del Tribunal Supremo— son defensores del ya renombrado PPRM, que se resiste a cualquier interferencia en la propiedad privada. En puridad, estos defensores de la propiedad privada proponen que exista compensación por cualquier regulación que interfiera con el interés de la propiedad.

Aunque esta idea nunca se ha llegado a tomar demasiado en serio, el PPRM —como ya he apuntado previamente³⁰⁸ (se

³⁰⁸ *Vid. supra* § 3.5.

entiende ahora la necesidad que había de mostrar esta tendencia con anterioridad al comentario de las sentencias)— ha recibido en distintos ámbitos su respaldo en sede judicial. De hecho, como se verá extensamente más tarde, uno de los grandes éxitos de este movimiento se logró en los tribunales.

La presencia formal e informal en los tribunales a través de la acción pública de los defensores de la propiedad privada mediante sus grupos de presión ha generado una tensión considerable entre la judicatura, puesto que se ha cargado a los jueces con la labor de escrutar decisiones políticas muy delicadas, incluso en aquellos casos en los que las agencias encargadas de tomar la decisión o los poderes públicos contaban con las garantías jurídicas y procedimentales necesarias para llevar a cabo tal decisión.

Esta tensión era patente en la sentencia *Lingle*, ya que la medida que se debatía —la subida del arancel de las gasolinas en Hawái— provocó, en su momento, un agitado debate en sede legislativa y un enorme revuelo social y político. Al cabo de unos años toda esa polémica se sometió a la decisión de un solo juez metido en su despacho. Lo que no es ni moderado, ni liberal.

Esta tendencia no termina de encajar —como señala Sarah B. Nelson³⁰⁹— con la política conservadora que incide continuamente en el control al que se debe someter el poder judicial, la moderación de los poderes y la fidelidad a un espíritu originario de la democracia. Para los defensores de los derechos de propiedad también es excesiva esta toma de decisiones por parte de los jueces.

Se ha llegado demasiado lejos y ahora ese *going too far* de la jurisprudencia en materia de derechos de propiedad puede ser aplicado a la inversa: los tribunales no pueden ni deben —desde esta perspectiva de la defensa de la propiedad— ir demasiado lejos en su defensa porque la sustitución del poder legislativo supondría un menoscabo mayor al orden democrático que el desarrollo de una interpretación más restrictiva y acorde con el princi-

³⁰⁹ Sarah B. NELSON, «*Lingle v. Chevron USA, INC.*», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 30, n.º 1, 2006, pp. 281-293.

pio de legalidad (*Due Process*) en el enjuiciamiento o la valoración de las decisiones tomadas en el ámbito del planeamiento urbanístico y en el fondo, en cualquier otro ámbito de actividad administrativa.

El Tribunal Supremo estadounidense no se ha mantenido al margen en esta tensión política. Se ha producido un posicionamiento muy claro de los magistrados en dos facciones: representados, sobre todo, por el conocido juez Scalia, los defensores de los derechos de propiedad; frente a los que no los defienden, representados por la jueza O'Connor. Este enfrentamiento apareció como consecuencia del *judicial activism*, una cuestión que debería ser analizada en profundidad ³¹⁰.

4.2.2. *Regulatory takings. Del «demasiado lejos» a los «avances sustanciales»*

Hasta este punto he analizado aquí uno de los pilares constitucionales sobre los que se sustenta el derecho urbanístico estadounidense y que —hasta la sentencia Lingle de 2005— había quedado desplazado por la farragosa —y más provechosa, en principio— jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las regulaciones expropiatorias (*regulatory takings*).

Si bien el análisis previo del principio de legalidad que se desprende de la *Due Process Clause* me ha permitido aproximarme a la evolución de esta jurisprudencia, considero importante hacer ahora una recapitulación o síntesis de este proceso, ya que es fundamental no perder de vista el punto de partida, así como la repercusión o la incidencia que la regulación administrativa de planeamiento y control de los usos de suelo genera.

³¹⁰ Lucha personal y personalista en la que se utilizan los pronunciamientos jurisprudenciales como esloganes o triunfos políticos de mayor o menor calado. *Vid.* en todos los medios y prensa, entre otros: Tim RUSSETT (reportero) y Brian WILLIAMS (presentador). «Supreme Court Justices O'Connor, Scalia and Breyer Attend Symposium» [clip de televisión], NBC Nightly News (22 de abril de 2005). Disponible en línea: <<http://archives.nbclearn.com/portal/site/k-12/browse/?cuecard=34602>>. [Consulta: 30/05/2013]

Y como quien sabe que la historia tiene un final feliz o un nuevo comienzo no esperado o al menos un desenlace más sencillo que las construcciones jurisprudenciales de la defensa de la propiedad frente a las «invasiones» o las decisiones administrativas que se han ido tomando a largo de estos dos últimos siglos, en algunos ámbitos académicos, quizá con un punto de ironía, se habla de la «muerte de los *regulatory takings*»³¹¹.

Como indica Moreno Molina³¹² —a quien sigo en este punto— «el planeamiento urbanístico en Estados Unidos representa un ejercicio lícito del *police power*, que en principio no da lugar a indemnización, tal y como se declaró tempranamente en la sentencia *Golden v. Planning Board of Town of Ramapo* de 1971³¹³. Y más recientemente —se añade aquí— en *Tahoe Sierra* de 2002.

»Sin embargo, el ejercicio de esa potestad administrativa genérica de conformación y de limitación de las facultades urbanísticas de la propiedad inmobiliaria no es absoluto, sino que la jurisprudencia lo ha ido acotando. Cuando “excede los límites de lo razonable”, cuando se convierte en “*arbitrary and capricious*” o cuando materializa de facto una confiscación patrimonial se produce lo que en el lenguaje jurídico estadounidense se califica como *regulatory taking*, esto es, una expropiación patrimonial de facto, impropia o virtual, materializada por medio de la intervención administrativa de porte normativo (*regulation*) (...).

»Por ello, la determinación de en qué casos el *police power* se manifiesta de forma lícita y cuándo constituye una expropiación inconstitucional se ha convertido en el nudo gordiano de todo el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria en Estados Unidos.

»Lo interesante y peculiar de la doctrina de las *regulatory takings* es que no tiene apoyatura constitucional expresa, sino que es una creación netamente jurisprudencial, cuyo precedente se

³¹¹ John ECHEVERRÍA, «The Death of Regulatory Takings», en *Ecology Law Quarterly*, vol. 34, 2007, pp. 291-297. Disponible en línea: <<http://www.vermontlaw.edu/Documents/102009theDeathOfRegulatoryTakings.pdf>>. [Consulta: 30/05/2013].

³¹² Ángel Manuel MORENO MOLINA, art. cit., 2001, pp. 520 y ss.

³¹³ *Golden v. Planning Bd. Ramapo*, 37 A. D. 2d 236 (1971).

sentó en la sentencia *Penn Coal* en la que, se estableció que aunque el uso de la propiedad puede ser regulado en cierta medida, si la regulación va demasiado lejos será tenida por una privación patrimonial.

»La sentencia *Penn Coal* —a pesar de recoger por primera vez la obligación de indemnizar por ejercicio del *police power*— no ofreció una doctrina acabada de los supuestos en que procedía la indemnización ni su cuantía, sino que consagró un acercamiento metodológico casuístico —muy propio del pragmatismo jurídico estadounidense—, que se ha mantenido hasta la actualidad. Como consecuencia, la jurisprudencia se ha abstenido de proporcionar una línea divisoria entre los polos poder de policía y derecho de propiedad, y ha preferido llevar a cabo una sucesión del análisis *ad hoc* y de soluciones concretas determinando en cada caso planteado si se ha producido una lesión patrimonial al propietario (*taking*), si esta es permisible o no, e indemnizable o no».

Hasta el año 2005, el estado de la cuestión era el resumido por Moreno que acabamos de exponer, sin embargo, en ese año la sentencia *Lingle* lleva a cabo una reorientación y una reordenación de la jurisprudencia y sobre todo una crítica a toda la construcción jurisprudencial realizada hasta el momento.

El punto de partida, pues, en la jurisprudencia sobre las expropiaciones impropias por razones normativas se basa, desde la Quinta Enmienda en el entendimiento de que esta no está prevista para limitar el poder de la Administración en el ámbito urbanístico frente a la propiedad del suelo como tal, sino —como ya he señalado antes— para asegurar una indemnización, una justa compensación en los casos en que estas ocurran. En palabras del tribunal: «la expropiación paradigmática que requiere una compensación justa es una apropiación directa del gobierno de una invasión del título o física de la propiedad privada»³¹⁴.

³¹⁴ «The paradigmatic taking requiring just compensation is a direct government appropriation of title or physical invasion of private property» (*Lingle v. Chevron U. S. A. INC.*, sentencia cit., 2005).

Lo que reconoce el tribunal en Lingle es que, en algunos casos —comenzando con la sentencia *Penn Coal v. Mahon*—, la intervención administrativa normativa sobre la propiedad del suelo puede ser tan onerosa que su efecto es equivalente a una apropiación directa y que este tipo de *regulatory takings* podrán ser compensados bajo el amparo de la Quinta Enmienda. El problema estará entonces en la determinación de qué tipo de norma ha de ser una expropiación impropia o no y qué se entiende por «tan onerosa».

El tribunal parte de la premisa de que la intervención administrativa presupone o conlleva el ajuste de los derechos privados al bien común (*adjustment of rights for the public good*) y, por tanto, la Administración difícilmente podrá continuar en su tarea si en determinados aspectos la incidencia sobre la propiedad no pudiera verse disminuida sin tener que pagar en cada ocasión por ello. Se presupone la asunción de una forma de distribución de poderes, un modo de intervención de la Administración en la sociedad en el que prima ese bien común, el *welfare* —algo que el PPRM llega incluso a poner en duda—.

La sentencia Lingle reordenó las cuatro categorías principales de las *regulatory takings*, así como los distintos modos o formas de control (*test*) que la jurisprudencia había ido determinando para calibrar o encuadrar cada uno de los casos en una forma de *taking* o apropiación indebida. De esta forma se puso un poco de orden en una construcción jurisprudencial, que se había tornado muy complicada.

Es importante recordar en este punto que la doctrina de las *regulatory takings* hace referencia a lo que en España se conoce como expropiaciones normativas, impropias o virtuales, pues la expropiación propiamente dicha y los problemas derivados de la misma se tratarán en el siguiente punto, cuando se traten las causas de expropiación —el *eminent domain*— y la reciente polémica surgida en torno a la expropiación con beneficiario privado —que la sentencia *Kelo* ha puesto de manifiesto— y donde se dará, parcialmente, respuesta a una de las preguntas clave en cualquier ordenamiento urbanístico: a quién pertenece o quién y cómo pueden ejercitar el derecho a urbanizar, a hacer ciudad.

La distinción de estas categorías y las formas de control de las mismas tiene como finalidad —tal y como apunta Lingle—identificar las acciones reguladoras que funcionalmente son equivalentes a la clásica expropiación en la que la Administración se hace con la propiedad privada o desaloja al propietario de su propiedad.

Lingle ordena los criterios o los métodos de control que permiten distinguir las regulaciones que puedan ser consideradas como expropiatorias a través de las corrientes jurisprudenciales que se han ido abriendo.

4.2.2.1. *Per se takings. Expropiaciones regulatorias de carácter propio*

Lingle califica las regulaciones que pueden asimilarse o identificarse con una expropiación y que por tanto darán lugar a indemnización como *per se takings* y concreta la necesidad de una interpretación estricta de los casos. El principal problema de esta jurisprudencia ha sido la extensión analógica *ad infinitum* y de considerar un caso de *regulatory takings* lo que no lo es.

a. Invasión u ocupación física indefinida de la propiedad

Son aquellas regulaciones sectoriales que no tienen porqué suponer una actividad urbanizadora, pero que conllevan una invasión permanente de la propiedad. Estos casos se han considerado análogos a una expropiación y, por lo tanto, susceptibles de indemnización desde la sentencia *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*³¹⁵.

La señora Loretto impugnó la ordenanza de la ciudad de Nueva York en la que se le requería —como propietaria de un edificio de apartamentos— que permitiera a una empresa de televisión por cable instalar su equipo en su propiedad. No se impugnaba, por tanto, ninguna norma urbanística propiamente dicha, sino el hecho de que la propietaria estuviera obligada a ceder de

³¹⁵ *Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp*, 458 U. S. 419 (1982).

forma permanente el espacio para el equipamiento de la compañía de televisión, que ocupaba la octava parte de un pie cúbico (la octava parte de 28,32 dm³) y quedaba adherido a su edificio de forma indefinida.

b. Apropiación completa del bien. Privación o vaciamiento de la utilidad económica del bien

La jurisprudencia estadounidense identifica y asimila a una expropiación —y, por tanto, es susceptible de indemnización— aquellos casos en los que la regulación es tan severa que no permite al propietario aprovechamiento económico alguno de su propiedad, lo que la doctrina ha venido calificando como condena inversa (*inverse condemnation*).

El efecto de la intervención pública, de la acción administrativa, es la producción a modo de indemnización del equivalente económico del que es privado el propietario y al que se le priva de la propiedad de forma completa. Atendiendo a la clasificación que hace la sentencia Lingle de estos supuestos, «esta segunda categoría hace referencia a aquellas regulaciones que privan completamente al propietario de todo uso que pueda reportar algún beneficio económico de su propiedad»³¹⁶. Cuando el propietario sobre el que recae la regulación pueda probar que se ha producido una privación total, el tribunal trata el asunto como una privación *per se* o propia y exige el pago de una justa compensación sujeta a muy limitadas excepciones.

En estos casos de privación total de cualquier uso económico de la propiedad la jurisprudencia articula una serie de controles para determinar el cuándo y el cómo de esa privación y así poder establecer si cabe indemnización o no por esa privación.

³¹⁶ «[...] a second categorial rule applies the regulations that completely deprive an owner of “all economically beneficial use” of her property». Lingle v. Chevron U. S. A. INC., sentencia cit., 2005.

En este caso la sentencia de referencia es la precitada Lucas³¹⁷, del juez Scalia.

En Lucas, el tribunal determinó que la regulación estatal de costas (Beachfront Management Act) del estado de Carolina del Sur dejaba al propietario dos parcelas sin valor debido a que la norma prohibía cualquier desarrollo dentro de una línea establecida para evitar la erosión a lo largo de la playa. La regulación no permitía a los propietarios ninguna variación por la privación ocasionada a causa de la prohibición.

La sentencia establecía que las regulaciones que dejaban al propietario de suelo sin un beneficio económico o —lo que es más importante— sin opciones productivas de uso del mismo, es decir, que dejaban el suelo en su estado prácticamente natural, llevan en sí mismas un mayor riesgo de que la propiedad privada esté siendo conducida hacia alguna forma de servicio público bajo el aspecto de un mitigado perjuicio o cesión. Aparece de nuevo aquella idea latente de la privación del uso aunque permanezca la propiedad.

En el caso de autos, el Tribunal Supremo entendió que se había privado a la propiedad de todo uso económico o productivo de forma que el Estado debía compensar al propietario por esta privación a no ser que —y esto es muy interesante— pudieran identificarse principios en las relaciones de vecindad y propiedad anteriores que recogieran esa normativa. En ese caso se entendería que esa restricción era «inherente al título de la tierra» (*inherent in the title to the land*), por lo que la privación administrativa del uso sería válida y conforme a derecho.

Cuando se presupone una privación total, no tanto del bien en sí mismo, sino de su uso —ahí está la clave— la carga de la prueba recae sobre el propietario. Una vez que este ha demostrado la pérdida del uso, entonces corresponde a la Administración probar que no existe ninguna regulación de derecho civil que mantenga esta restricción y, en ese caso, podrá considerar que cabe indemnización.

³¹⁷ Lucas v. South Carolina Coastal Council, sentencia cit., 1992.

La sentencia Lucas —cuyo principal valedor y ponente fue el juez Scalia— fue tan significativa que en su momento parecía que iba a marcar una época. Fue una de las *landmarks* más conocidos del citado juez estrella, a pesar de que —como estiman algunos críticos de su forma de juzgar— adolecía de importantes lagunas jurídicas, las cuales no impidieron que los efectos colaterales de la sentencia fueran, quizás, mayores de lo previsto.

Como indica Richard Lazarus³¹⁸, el movimiento ambientalista intentó, desde un primer momento, controlar en los medios de comunicación el contenido de la sentencia con el fin de minimizar sus efectos, puesto que la exigencia de indemnización a los propietarios de suelo en los casos que planteaba Lucas podía fomentar —como reacción legislativa a la misma— una desaceleración o desregulación en la materia, con el objetivo de evitar las posibles indemnizaciones que cualquier tipo de regulación pudiera tener sobre la Administración productora de las mismas.

La mayor imprecisión que Lucas contenía era la consideración muy genérica —sin determinación concreta alguna— de que cualquier regulación que supusiera una privación o un vaciamiento completo del valor económico de la propiedad conllevaría una indemnización, pues debería atenderse como si de una expropiación forzosa se tratara. Y a pesar de que cuatro de los ponentes formularon expresamente su objeción a la ausencia de exactitud y precisión sobre lo que pudiera significar la privación de cualquier valor económico, ningún miembro del tribunal debió darle mayor importancia a esta cuestión o considerar que esta afirmación era completamente válida.

Paradójicamente, los efectos colaterales y secundarios de esta falta de precisión han sido incluso mayores que si se hubiera concretado en qué consistía verdaderamente el vaciamiento de valor económico de la propiedad. Es una característica particular del juez Scalia, maestro en dotar a sus sentencias —aparentemente inocuas por su falta de concreción y determinación— de efectos

³¹⁸ *Vid.*, entre otros, Richard J. LAZARUS, «Putting the Correct 'Spin' on Lucas», en *Stanford Law Review*, vol. 45, 1992-1993, pp. 1411-1432.

secundarios y colaterales mucho mayores de lo previsto. Precisamente, las críticas dirigidas al juez Scalia apuntan en la dirección de que promete mucho más de lo que da, quizás, con la esperanza de que los tribunales inferiores confundan la promesa con el regalo y adopten su lenguaje y sus interpretaciones amplias sin los efectos estrechos y menores.

Lo más interesante de la sentencia Lucas fue que ni sus detractores ni el juez ponente de la misma previeron muchas de sus repercusiones, ya que ni siquiera tuvo verdaderamente efectos positivos a favor de la equiparación o extensión de las regulaciones que vacían de contenido económico la propiedad como regulaciones expropiatorias porque —como estableció el tribunal— este principio no era el único utilizado para determinar si la regulación podía ser equiparada con una *taking* o no. Estableció que la privación total del valor económico (*total takings enquiry*) conllevaba «el análisis, entre otros elementos, de la graduación del daño injerido a los terrenos y recursos públicos o a los adyacentes a la propiedad privada afectada y derivado de las actividades del demandante; [...] el valor social de las actividades del demandante y su adecuación a la localidad en cuestión, y la relativa facilidad con la que el supuesto daño pudiera ser anulado a través de medidas adoptadas por el reclamante y el gobierno (o los propietarios de tierras privadas adyacentes iguales)»³¹⁹.

c. Cesiones obligatorias (*forced entry exactions*):
control del nexo causal y principio de proporcionalidad

Son aquellos casos en los que la normativa de usos de suelo (*land use approval board*) establece una serie de condiciones para

³¹⁹ «Ordinary entail... analysis of, among other things, the degree of harm to public lands and resources, or adjacent private property posed by the claimant's activities [...] the social value of the claimant's activities and their suitability to the locality in question, and the relative ease with which the alleged harm can be voided through measures taken by the claimant and the government (or adjacent private landowners alike)». Robert M. WASHBURN, «Land Use Control, the Individual, and Society: Lucas v. South Carolina Coastal Council», en *Maryland Law Review*, vol. 52, n.º 1, 1993, pp. 162-216.

aquellos propietarios a los que se les imponga una servidumbre de paso en su propiedad o la cesión de una parte de la misma a la localidad.

El efecto de este tipo de regulación es la expulsión del propietario de una parte de su dominio. Aunque no haya privación del uso, ni tampoco un vaciamiento de su valor económico, en Lingle el tribunal entendió que se negaba a los propietarios el derecho a excluir a otros de su uso, lo que situó a la regulación bajo creciente sospecha y se produjo un aumento de la tendencia de calificarla como una *taking*.

La jurisprudencia estadounidense ha sido la responsable de aclarar estos casos, que en el contexto español se han resuelto tradicionalmente por la vía de la reparcelación y la equidistribución de beneficios y cargas.

El problema fundamental que se planteaba era la determinación de la legitimidad de la imposición de servidumbres por parte de las agencias cuando presentan un proyecto para el desarrollo urbanístico de la propiedad. La medida de control en estos casos era la valoración de la existencia de un nexo esencial o un nexo de causalidad y la estricta proporcionalidad entre la condición impuesta —la cesión de la porción del terreno— y el impacto o las consecuencias del desarrollo propuesto y del fin público de la actividad. Los principales casos que han ido estableciendo las reglas aplicables en este sentido fueron el caso *Nollan v. California Coastal Commission* (en adelante, *Nollan*) y la sentencia *Dolan v. City of Tigard* (en adelante, *Dolan*)³²⁰.

La sentencia Lingle arrojó mucha luz sobre la oscuridad forzosa y forzada que la ingeniería jurídica de salón había ido construyendo en torno a la protección de los derechos de propiedad (*property rights*) por la vía de las expropiaciones impropias o normativas que *Nollan* y *Dolan* representaban.

Explicaré primero en qué consisten estos casos y después se verán la forma con que Lingle acaba con ellos —casi de un plu-

³²⁰ *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U. S. 825 (1987) y *Dolan v. City of Tigard*, 512 U. S. 687 (1994).

mazo— por la vía del principio de legalidad y las futuras repercusiones que puede tener esta nueva práctica jurisprudencial.

En efecto, Lingle explica que Nollan y Dolan conducían a una aplicación especial de la doctrina de las condiciones inconstitucionales (*doctrine of unconstitutional conditions*) en la que establecía que la Administración no puede instar a la renuncia de un derecho constitucional —en este caso el derecho a ser indemnizado por la privación de un bien destinado a un uso público—, en favor de un beneficio discrecional establecido por la Administración pública cuando este beneficio tiene poca o ninguna relación con la propiedad.

Nollan y Dolan hacen referencia a aquellos casos en los que las agencias de planeamiento urbanístico (*land use agencies*) presentan una solicitud para desarrollar, urbanizar y edificar una determinada propiedad en la que se imponen como condiciones que los propietarios permitan el acceso público a sus terrenos o bien cedan parte de los mismos.

En estos casos la jurisprudencia determinó que las decisiones debían someterse a un control de estricta proporcionalidad y a la demostración de la existencia de un nexo causal o esencial entre la medida de cesión impuesta y las consecuencias del desarrollo sobre esta.

En Nollan el tribunal —en esta búsqueda del nexo esencial— estableció que cuando en un proyecto se imponen determinadas condiciones compromisorias (*dedication conditions*) para su aprobación, la concesión de la licencia urbanística (*land use permit*) deberá apoyarse en un nexo esencial o causal para legitimar su objetivo o finalidad pública.

Desde la perspectiva de aclarar el fallo y los fundamentos jurídicos que lo sostienen el tribunal desarrolló una forma de control que pudiera ser usada para determinar «el nivel o el grado requerido de conexión entre las condiciones de desarrollo exigidas (*dedication conditions*) y el impacto previsto (*projected impact*) del desarrollo urbanístico propuesto»³²¹.

³²¹ Nollan v. California Coastal Commission, sentencia cit., 1987.

Para este propósito, el tribunal construyó la doctrina que fijó la estricta proporcionalidad (*rough proportionality*) como la mejor forma de mostrar los requerimientos, las necesidades y las implicaciones de la Quinta Enmienda. Aunque no se trataba de una valoración matemática, instaba a la entidad local a realizar una evaluación individualizada que determinara que la cesión o la obligación establecida estaba relacionada y vinculada en naturaleza y extensión a las consecuencias del desarrollo propuesto.

En Dolan, por su parte, el tribunal falló que la ciudad no había justificado las razones de la necesidad de un pasillo verde público frente a uno privado para controlar las inundaciones. Y, en relación con la necesidad de construir un carril bici, el tribunal estableció que la justificación empleada por la ciudad —poder minimizar parte de la demanda de tráfico— era demasiado general. La ciudad no llegó a demostrar la relación directa y por ello el tribunal instó a la misma a «realizar un esfuerzo en la cuantificación de sus decisiones fundamentándose en el destino». Lo importante aquí —independientemente del caso— es que el tribunal impuso la carga de la prueba a la propia Administración.

4.2.2.2. Non per se takings y su valoración. The balancing test

Continuando con la reordenación que lleva a cabo Lingle, cuando los hechos implicados en un caso sobre *regulatory takings* caen fuera de alguna de estas relativamente estrechas categorías, la cuestión debe regirse por los parámetros establecidos en la importante sentencia Penn Central. En esta conocida sentencia el tribunal adoptó una aproximación al caso desde diferentes perspectivas —«a multifactor balancing approach»— para llevar a cabo una revisión de las normas sobre edificios protegidos en la ciudad de Nueva York.

La New York City's Landmarks Preservation Law (en adelante, Landmarks Law) identificaba 31 distritos con alrededor de 400 edificios protegidos sometidos a una regulación especial. Estos edificios representaban menos de una décima parte, es decir, el 10% de los edificios de la ciudad de Nueva York. Los dueños de

estos edificios estaban obligados a solicitar un certificado de adecuación antes de alterar la fachada exterior del edificio. La sociedad Penn Central que poseía la estación Grand Central Terminal solicitó una licencia para demoler el inmenso hall interior de la conocida estación y para la construcción de un moderno edificio de cincuenta plantas sobre la estación que alteraría la fachada histórica. La solicitud de la licencia se rechazó y Penn Central consideró que tal denegación constituía una medida expropiatoria, una *taking*.

El tribunal caracterizó este tipo de análisis de las regulaciones expropiatorias apoyándose en la normativa de control de los usos de suelo, como investigaciones de los hechos esencialmente ad hoc —«essentially ad hoc factual inquires»—. La sentencia hacía referencia a algunos factores establecidos ya en la jurisprudencia precedente para ponderar si la decisión administrativa suponía una regulación expropiatoria (*regulatory taking*) o no.

Los parámetros establecidos para llevar a cabo el análisis ponderativo fueron: el impacto económico de la regulación sobre el demandante; la extensión o la medida en que la regulación hubiera interferido en las expectativas e inversiones ya realizadas (*distinct backed expectations*) y el carácter de la acción pública. Teniendo en cuenta estos tres factores el tribunal entendió que se podría producir una regulación expropiatoria —una *taking*— en los casos en que la injerencia se produjera porque existiera una invasión física —una ocupación de facto o de hecho— por parte de la Administración, más que cuando la injerencia proviniera o tuviera su origen en algún programa de carácter público en el que se realizara un ajuste de beneficios y perjuicios económicos para la promoción del bien común³²².

El tribunal encontró una clara identificación entre la normativa de protección del patrimonio edilicio y la normativa urbanística que —en palabras del tribunal— había sido aceptada tra-

³²² «A taking may more readily be found when the interference arises from some public program adjusting the benefits and burdens of economic life to promote the public good». Penn Central Transportation Co. v. New York City, sentencia cit., 1978.

dicionalmente como una acción administrativa permitida incluso en los casos de prohibición del mayor uso económico de la propiedad. Este hecho y que no se vaciara de contenido económico al propietario —pues seguía siendo titular de determinados derechos edilicios transferibles en otro lugar de la ciudad (*transfer of development rights*)— fueron las claves para determinar que no se había producido una regulación expropiatoria o *taking*.

4.2.2.3. *Principales aportaciones de Lingle*

La sentencia Lingle del año 2005 condujo —como certeramente indica Jane Baron³²³— a una vuelta a los razonables criterios de control de la discrecionalidad administrativa establecidos en Penn Central y no tanto a la univocidad de criterios y valoraciones introducidos desde Lucas y hasta Nollan y Dolan.

Lingle es una sentencia de extraordinario potencial, pues se dirige a la cuestión capital de la Takings Clause en la tarea de distinguir qué son expropiaciones y qué no lo son. Establece una clara línea divisoria entre las dos cláusulas de la Quinta Enmienda —la Due Process Clause, el sometimiento al principio de legalidad, y la Takings Clause, la necesidad de justa indemnización—, puesto que estas se dirigen o responden a cuestiones diferentes.

Lo importante de Lingle es que estableció y describió una secuencia en el análisis de las dos cláusulas. Las cuestiones que afectaban al principio de legalidad (*substantive due process*) se examinaron en primer término, asumiendo la cuestión desde los controles de legalidad establecidos en este sentido lo que es fácil y seguro de asumir en la regulación económica. De esta forma —como indica el tribunal—, si la acción administrativa no fuera conforme a derecho (*impermissible*) porque, por ejemplo, fuera tan arbitraria que violara o transgrediera las normas del principio de legalidad, este sería

³²³ Jane B. BARON, «Winding Toward the Heart of the Takings Muddled: Kelo, Lingle and Public Discourse about Private Property», en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 34, n.º 2, 2006, pp. 613–655. Disponible en línea: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol34/iss2/2/>>. [Consulta: 30/05/2013].

el final del asunto y no cabría compensación alguna por este tipo de acciones. A mi juicio, este es el gran paso de Lingle.

Por otra parte, Lingle finalmente rechazaba la oportunidad de utilizar la Takings Clause para reinstalar el método de control Lochner en las revisiones judiciales de las regulaciones económicas y afirmaba que continuaría desplazando al poder legislativo «la necesidad e incluso la eficacia de las acciones regulatorias», es decir, el control de oportunidad de las mismas.

Por lo tanto, la reordenación en Lingle de las técnicas o tests de control de la discrecionalidad administrativa que —*a priori*— se emplearían para dilucidar si la acción administrativa tiene carácter expropiatorio o no, confirió a estos controles —que seguían siendo los mismos que se habían establecido principalmente en Penn Central— el objetivo de dilucidar si la acción era conforme a la ley, es decir, se centran en el control de la legalidad.

Tienen en común —tal y como lo estimó el tribunal— que todas ellas tratan de identificar acciones regulatorias que sean funcionalmente equivalentes a las expropiaciones clásicas en las que el Gobierno se hace con la propiedad privada o expulsa al propietario de sus dominios. El tribunal en Lingle habla de que los distintos métodos de clasificación —que he analizado previamente— tienen un denominador común: que cuanto más cerca esté la norma de imponer el tipo de daño que afecta a las invasiones o privaciones del terreno, más probable es que se clasifique como una *taking*. Solamente desde esta perspectiva puede anudarse la justificación básica de permitir que acciones regulatorias sean dirimidas bajo la Takings Clause.

Esta afirmación del tribunal de Lingle es de gran interés ya que pone las cosas en su lugar. La clave es el cambio de perspectiva en el origen, la cuestión ya no es buscar qué tipo de *taking* es determinada regulación porque esto supondría asumir de forma implícita y previamente que toda regulación administrativa implica la expropiación de bienes en una medida u otra. Estos párrafos son pues de extraordinaria importancia puesto que el tribunal —a diferencia del de Kelo, sentencia que se analizará más tarde— quería ocuparse del corazón del problema jurídico de la

Takings Clause de la primera parte de la Quinta Enmienda. Lo importante es que definieron este asunto esencial en la medida de la lesión patrimonial sufrida cuando se lleva a cabo una apropiación directa, lo que suponía un salto a la Public Use Clause, la segunda parte de la Quinta Enmienda. Pero la lesión patrimonial sufrida en los casos de expropiación —es decir, cuando hay una apropiación directa— es diferente en función de dos elementos: su magnitud y en la proporción con que esté distribuida entre los propietarios.

El establecimiento de estos dos nuevos parámetros recondujo la cuestión de las *takings*, primero al principio de legalidad (Due Process Clause) y después o paralelamente al principio de proporcionalidad, pero reinterpretado de forma más amplia. En *Lingle* se interpretó como la magnitud de la lesión y la medida de distribución del daño.

Este concepto es un clásico en la jurisprudencia estadounidense. Se estableció en la sentencia *Armstrong*³²⁴, en la que se interrogaba sobre la cuestión de si determinadas cargas debían ser soportadas por algunos ciudadanos con todo derecho y justicia —«in all fairness and justice»— o por la sociedad en su conjunto. El tribunal sugirió que «fairness and justice» implicaran y exigirán indemnización ya que la acción reguladora (*regulatory action*) imponía una carga especial y particular sobre los derechos patrimoniales del ciudadano o cuando esta carga fuera distribuida estrechamente, de forma singular en lugar de ampliamente.

En la sentencia *Lingle* no se establece un nuevo test o una nueva forma de control, sino que se pretende distinguir aquellos casos que caen fuera del ámbito del control de legalidad y aquellos que hacen referencia a la expropiación (Takings Clause), para —de esta forma— fijar las bases que establecieran un marco claro en el que pudieran entenderse las distintas formas de control acordadas hasta el momento.

De esta modo, las reglas de las *per se takings*, previstas para las invasiones físicas de terreno con carácter permanente y las priva-

³²⁴ *Armstrong v. United States*, sentencia cit., 1960.

ciones completas del valor económico de la propiedad —junto con las cuestiones establecidas en Penn Central para el resto de los casos— se entienden y se pueden aplicar mejor a instancias de la Takings Clause, teniendo siempre en cuenta la magnitud y distribución de las cargas procedentes de la intervención administrativa (*the magnitude and distribution of regulatory burdens*).

De estas dos categorías, las calificadas como *per se takings* son una réplica de los daños causados en expropiaciones físicas (*actual physical takings*), y el resto se pueden considerar como *takings* —bajo el prisma de Penn Central— si se llega a demostrar la existencia de daños equivalentes a los casos de cesiones (*exactions*). Este es el marco en el que se situaron Nollan y Dolan. En la primera, se exigía la existencia de un «nexo esencial» entre la condición impuesta y la razón de la Administración para imponerla y en la segunda se exigió un juicio de estricta proporcionalidad (*rough proportionality*).

En definitiva, lo que hizo el Tribunal Superior en Lingle fue contextualizar la doctrina existente acerca de las *regulatory takings* en términos más amplios, destacando importantes cuestiones que descansan bajo esta cláusula.

El tema de fondo, por tanto, era la magnitud y la distribución de las cargas que —inevitablemente— conlleva la intervención administrativa. De esta forma, el énfasis en la cuestión distributiva reconducía el problema a los principios constitucionales sólidamente asentados por la doctrina jurisprudencial de «fairness and justice» expuestos en Armstrong, donde se consideraba la intervención de la Administración como un «nosotros» en el que las decepciones de nuestras esperanzas de beneficio pueden ser asumidas, de vez en cuando como una responsabilidad aceptable del ciudadano.

En este punto es en el que chocan frontalmente las dos posturas —no ya sobre la propiedad privada—, sino sobre la intervención administrativa y la acción política del Gobierno. Alexander³²⁵ muestra que de una u otra aproximación se derivan

³²⁵ Christopher ALEXANDER; Sara ISHIKAWA y Murray SILVERSTEIN, ob. cit., 1977.

concepciones muy distintas del problema que hasta aquí he tratado. De hecho, estas dos aproximaciones ya se han presentado aquí definidas en el ámbito judicial por las posturas de los jueces O'Connor y Scalia.

La aproximación «liberal» entiende que los reguladores y autoridades locales están legitimadas, poseen amplias prerrogativas sobre la propiedad privada y disfrutan de un monopolio virtual sobre los títulos legitimadores de los usos de suelo. Vistos desde esta perspectiva, la Takings Clause de la Quinta Enmienda sirve como baluarte contra el ejercicio irresponsable del poder, un baluarte actualizado de la mejor manera posible por reglas claras y simples de identificación *per se*.

Mientras que aquellos que sostienen una postura algo más benigna acerca de la intervención administrativa sobre los usos de suelo no necesitan el establecimiento de estas categorías estrictas —de *per se takings* u otras definiciones fijas sobre la propiedad—.

Es en este contexto de la polémica acerca de la intervención y el control del *police power* en el que debe inscribirse la sentencia Lingle para comprender su renuncia consciente al establecimiento de nuevos controles.

Por otra parte —en cuanto a la concepción que del derecho de propiedad parece derivarse de Lingle—, Jane Baron entiende, —por distintas razones que señalaré a continuación— que esta corresponde más bien con una concepción que se ha venido a denominar «fisista o muy física». De esta forma se simplificaría mucho la problemática puesto que las cuestiones principales acerca de las cargas o los deberes impuestos sobre la propiedad podrían resolverse bajo los parámetros de Penn Central, es decir, el impacto económico de la regulación sobre el demandante, la extensión o medida en la que la regulación hubiera interferido en las expectativas e inversiones ya realizadas (*distinct backed expectations*) y el carácter de la acción pública.

Pero, en términos de magnitud y distribución, los dos nuevos parámetros expuestos en Lingle «fairness and justice» —retomados de la cultura constitucional—, permiten un debate más abierto sobre otra de las cuestiones más importantes que subyacen

bajo la intervención de la Administración en los usos de suelo: determinar el momento a partir del cual se puede considerar que la propiedad ha perdido su valor. Posibilitan además que las cuestiones de justicia distributiva se encuadren en un espacio y en un tiempo, y que se discutan cuestiones como la ilegalidad sobrevinida y lo que se entiende por medida física de distribución —¿a qué comunidad o sociedad se debe repercutir o distribuir?— y si se están considerando los beneficios que de este tipo de operaciones puedan derivarse. Una vez más estos interrogantes están directamente relacionados con la concepción de Estado y de propiedad desde los que se formulen.

Estas cuestiones que Lingle deja abiertas se pueden solucionar —o así se espera al menos— bajo el prisma más amplio, más socializado y más ecuánime opuesto al enfoque centrado exclusivamente en los daños producidos a la propiedad.

4.2.3. La expropiación propia o directa; eminent domain y la delimitación de lo que haya de ser uso público, public use

4.2.3.1. Evolución jurisprudencial del concepto de uso público

Hasta aquí he ahondado en la primera parte de la Quinta Enmienda, en las consecuencias que la interpretación jurisprudencial amplia de qué se debe considerar como una *taking* impropia —o expropiación normativa— y en la tensión jurídica y política que late tras ella, así como en las consecuencias derivadas en la legislación urbanística.

A continuación analizaré lo que en España constituye el punto neurálgico de la regulación urbanística y del que depende en gran medida la conformación de los modelos urbanísticos.

De la consideración que de los principales aspectos de la expropiación forzosa se tenga se desprende en gran medida la concepción del derecho de propiedad o derechos de propiedad y viceversa. La vertebración del derecho de propiedad y el papel

que este desempeñe en los modelos urbanísticos en la forma o el modo de implementar los instrumentos de planeamiento y ejecución urbanística están igualmente ligados a esa concepción de la expropiación forzosa.

Si la expropiación para un uso público se percibe como una herramienta útil, eficaz y barata que permite a la Administración hacerse con la propiedad del suelo para después concederla al urbanizador (*developer*) —persona física o jurídica que quiera desarrollar ex novo o reformar la ciudad— habrá medidas que así lo permitan. Sin embargo, si la expropiación se aprecia de forma limitada —desde una concepción estricta como un último recurso— las técnicas promoverán un modelo de ejecución en el que se inste a la participación de los propietarios de suelo.

El conflicto jurídico y la tensión jurisprudencial que enmarcan este problema son básicos y por ello aparecen como una constante en todos los ordenamientos, aunque en cada uno se manifieste de una forma diferente según el grado de madurez y consolidación del Estado administrativo, y de dónde se publiquen —si se publica— la regulación de los usos de suelo y con qué extensión y en qué medida. En España el problema se centra en las valoraciones, en Francia en el momento de la expropiación y en Estados Unidos en la determinación de lo que se entienda por uso público.

Es importante —a mi juicio— tener muy presente en la lectura e interpretación del ordenamiento jurídico estadounidense esta consideración para no caer en la trampa de que los ordenamientos europeos están más avanzados en esta materia por el hecho, en su caso, de que exista una publicación de la materia en sede constitucional o legislativa que vacía, aparentemente el debate. Sin embargo, la tensión jurídica —a pesar de que esa publicación sigue existiendo— termina aflorando por algún lado.

Desde esta perspectiva —que evita que este debate se considere excesivamente simplista y ya solucionado por los ordenamientos del entorno—, se comprueba que, como consecuencia real y práctica de esa solución —al menos en España—, se crea un sistema absolutamente endémico porque la publicación sin

control conduce inexorablemente a la corrupción de quien la maneja, de quien se beneficia de ello o de quien no quiere salir perjudicado con ella.

La aproximación a la segunda parte de la Quinta Enmienda —en la que se establece que cualquier expropiación deberá realizarse por razones de uso público o de utilidad pública— ha seguido —como ya he señalado en varias ocasiones— una línea bastante continuista y muy favorable a la intervención administrativa. Por otra parte, responde a una interpretación muy amplia del concepto de uso público o interés general que también ha generado una interesante polémica.

Moreno Molina indica que «sin perjuicio de la aceptación actualmente pacífica de la institución expropiatoria en los planos constitucional y legal el mayor problema jurídico radica en el concepto de *public use*. En el terreno del urbanismo y de la ordenación del territorio, es un concepto nuclear en Estados Unidos, pues instrumentos de planeamiento o actuaciones urbanísticas basadas en la expropiación pueden ser anuladas en sede judicial si el fin último de aquéllos no se considera público. Es esta una incógnita resuelta por la vía de interpretación jurisprudencial, efectuada por los tribunales de justicia federales y, en su caso, estatales»³²⁶.

Las principales resoluciones jurisprudenciales (*landmarks*) —que han ido constituyendo una corriente interpretativa (*threads*) bastante sólida en esta materia,— se han centrado en los últimos años en un problema concreto: la legitimación de las expropiaciones con un tercer beneficiario privado. Me refiero a las *public-private takings*, es decir, a esos casos en los que la Administración usa el poder de policía para expropiar propiedades o entidades privadas calificadas —que no estén en ruina— a otro propietario o empresario privado. El debate en estos casos se ha orientado hacia la decisión de si el uso público propuesto (*the purpose end-use*) puede considerarse público de acuerdo con los términos a los que se refiere la Quinta Enmienda.

³²⁶ Ángel Manuel MORENO MOLINA, art. cit., 2001, p. 523.

La concepción del uso público se ha dividido tradicionalmente en dos corrientes: una concepción estricta en la que uso público (*public use*) significa que lo usa el público o que es de uso común (*use by the public*) y otra concepción de carácter más amplio. Desde la primera aproximación, solo se produce una expropiación para uso público cuando la comunidad tenga derecho a usar la propiedad expropiada o esta pase a ser propiedad de la Administración tras la expropiación, lo que entraría dentro de nuestro concepto de bienes demaniales. Desde una interpretación amplia, la propiedad puede ser expropiada para un uso público si de esta se deriva algún provecho o beneficio público (*advantage or public benefit*), de esta forma cualquier objetivo que persiga, mejore, intensifique o promueva el interés general (*welfare*) constituye un uso o utilidad pública. Esta acepción ha sido acogida plenamente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y es una constante en la historia legislativa y los precedentes jurisprudenciales estadounidenses.

Una de las causas legitimadoras de la expropiación que se enmarcan dentro de esta concepción amplia es la expropiación para proyectos de desarrollo económico (*eminent domain for economic development projects*). Los defensores de este tipo de expropiaciones argumentan que los beneficios indirectos derivados de la realización de estos proyectos —generación de empleo, aumento de la base imponible, mayor recaudación de impuestos y revitalización económica— constituyen o pueden identificarse con usos públicos porque producen beneficios públicos. Sus detractores, en cambio, defienden que estos proyectos benefician en primer término a los urbanizadores (*developers*), que los beneficios públicos que generan son bastante inciertos y que si se consideran —con carácter general— tan amplios como usos públicos, pueden conducir a una utilización ilimitada, sin restricción alguna de la potestad expropiatoria.

La aproximación jurisprudencial de esta materia se ha labrado en tres sentencias clave: *Berman v. Parker*³²⁷ (en adelante, Ber-

³²⁷ *Berman v. Parker*, sentencia cit., 1954.

man), *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*³²⁸ (en adelante, *Midkiff*), *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*³²⁹ y la más reciente *Kelo*.

En *Berman*, el Tribunal Supremo resolvió el planteamiento de la inconstitucionalidad de la ley de rehabilitación y desarrollo urbanístico del distrito de Columbia de 1945 que preveía el empleo intensivo de la técnica expropiatoria para llevar a cabo una serie de programas omnicomprendivos de regeneración de barrios desfavorecidos que implicaban la demolición, reconstrucción y rehabilitación de los mismos. A la hora de determinar la concurrencia del requisito del *public use* y en consecuencia la legitimidad de la expropiación, el tribunal entendió que se trataba fundamentalmente de una cuestión que debía ser solucionada por las «determinaciones legislativas» aptas para cumplir los objetivos de los poderes públicos: «cuando el Parlamento habla, el interés público queda declarado en términos concluyentes. En esos casos, el poder legislativo, y no el judicial es el guardián principal de las necesidades públicas que deben ser entendidas a través de la legislación social [...]»³³⁰.

Moreno Molina entiende en este punto que «esta postura no significó un abandono o abdicación del control de constitucionalidad, pero sí que el poder revisor del Tribunal Supremo, en ese caso, es muy limitado pues se ciñe a los supuestos en los que se emplea la potestad expropiatoria sin fundamento razonable».

Y así lo entendió el juez Douglas, quien perfiló cuál o cuáles deben ser los límites de la discrecionalidad de la Administración y también los límites a la forma de control de la misma³³¹.

³²⁸ *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U. S. 229 (1984).

³²⁹ *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich 616, 304 N. W. 2d 455 (1981).

³³⁰ Así lo afirmaba el juez Douglas: «when the legislature has spoken, the public interest has been declared in terms well-nigh conclusive. In such cases, the legislature, not judiciary, is the main guardian of the public needs to be served by social legislation». *Berman v. Parker*, sentencia cit., 1954.

³³¹ «Once the object is within the authority of Congress, the right to realize it through the exercise of eminent domain is clear. For the power of eminent domain is merely the means to the end». *Ibidem*.

En esta misma línea afirmó que una vez que se hubieran decidido la cuantía y el carácter —en estado de ruina o simples terrenos baldíos— de la expropiación que se llevara a cabo en un proyecto cuya finalidad fuera el desarrollo económico, la cuestión de la finalidad pública era irrelevante, en el sentido de que la necesidad concreta entraría en el ámbito discrecional del poder legislativo.

El Tribunal Supremo no dictó ninguna sentencia de esta calado hasta treinta años más tarde con *Midkiff* —sentencia redactada por la jueza O'Connor— en la que, de forma unánime, se aplicó un razonamiento similar en rechazo a la impugnación del plan de reforma del régimen de suelo y propiedad de Hawái.

Hasta los años sesenta, el régimen de la propiedad en Hawái correspondía al de una estructura semifeudal. Como consecuencia de la existencia de un oligopolio procedente de los antiguos colonizadores de Polinesia, un 47% de la propiedad estaba en manos de 72 propietarios. Ante esta situación, se aprobó una legislación que establecía la expropiación forzosa de los terrenos a los propietarios originales para, una vez pagados, venderlos a los ocupantes que no habían podido hasta el momento acceder en propiedad a los terrenos en los que estaban instalados. Los propietarios impugnaron este sistema ya que consideraban que sus propiedades serían transferidas en última instancia a individuos, a personas privadas, y que por tanto el plan de reforma del régimen de suelo violaba la cláusula del *public use* de la Quinta Enmienda constitucional.

En defensa del plan de reforma del régimen de propiedad, el Tribunal Superior citó la sentencia *Berman* para justificar el hecho de que cualquier propósito legítimo (permisible) del Gobierno pudiera ser llevado a cabo mediante la técnica de la expropiación forzosa.

En este sentido, de nuevo la jueza O'Connor estableció que la exigencia del uso público para legitimar la expropiación era competencia del poder soberano (*sovereign's police power*), por lo que la regulación de los oligopolios y las consecuencias derivadas del mismo son un ejercicio clásico del poder de policía del Estado y, por lo tanto, la decisión del estado de Hawái de expro-

piar estos terrenos para venderlos a sus ocupantes era conforme a derecho. Lo más llamativo fue que descartó —sin tan siquiera entrar a valorarlas— las objeciones sobre si realmente estas medidas iban a cumplir el objetivo propuesto inicialmente —acabar con el oligopolio del suelo en Hawái—, al entenderse que la exigencia constitucional en la que se establece que la expropiación debe realizarse por razones de uso público queda cubierta si el regulador considera racionalmente que la disposición normativa se dirige hacia este objetivo.

El tribunal destacó que Berman citaba otra sentencia anterior —*Old Dominion Co. v. United States*³³²— que mencionaba el valor de «las determinaciones legislativas sobre el uso público hasta que se demuestre una imposibilidad»³³³, refiriéndose al papel de los tribunales en las revisiones de la decisión de determinación del uso público. Se declaraba así que, cuando la decisión del legislador era legítima —y esto significa que no es irracional—, los casos tratados hasta ahora mostrarían que los debates empíricos sobre la bondad o la procedencia de las expropiaciones —no menos que el debate sobre la procedencia de determinada legislación de carácter económico o socioeconómico— no se debían resolver ni dilucidar en los tribunales federales³³⁴.

En el intervalo entre Berman y Midkiff, el Tribunal Supremo de Michigan entró en el debate en uno de los casos más conocidos sobre *public use* — *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*³³⁵— que se ocupó del intento del estado de Detroit de establecer en el condado de Poletown un polígono industrial en el que llevar a cabo la instalación de la nueva planta de producción de General Motors. El tribunal entendió que bajo la Constitución de Michigan se podía considerar que la expropiación

³³² *Old Dominion Co. v. United States* 269 U. S. 55 (1925).

³³³ «[...] legislative public use determinations until it is shown to involve an impossibility». *Ibidem*.

³³⁴ «When the legislature's purpose is legitimate and its means are not irrational, our cases make clear that empirical debates over the wisdom of other kinds of socioeconomic legislation —are not to be carried in the federal courts[—.]». *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, sentencia cit., 1984.

³³⁵ *Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit*, sentencia cit., 1981.

ción de estos terrenos supondría la revitalización económica del condado y que sería de utilidad y uso público en un momento en el que la depresión y la crisis económica azotaban duramente todos los sectores económicos. El tribunal interpretó que el uso de la expropiación forzosa beneficiaría «intereses específicos e identificables» y, por esta razón, estudió los supuestos realizando un intenso análisis para ponderar si el interés privado —el de la General Motors— era el interés predominante. Tras un estudio de las circunstancias determinó que en el proyecto existía un beneficio público «claro y significativo», por lo que la potestad expropiatoria restringida a determinados usos y finalidades —que no puede ser ejercida sin la prueba material de que la comunidad va a ser la primera beneficiada del proyecto— podía ser ejercida en este caso. Aunque se señalaba que bien podría no serlo en otros casos en los que las circunstancias —los supuestos de hecho— fueran inferiores, teniendo en cuenta la dimensión de los beneficios sociales logrados para el conjunto de la comunidad.

El establecimiento de un método para medir el interés público generado por este tipo de proyectos, en los que se ejecuta una expropiación con beneficiario privado, fue planteado por el mismo Tribunal Supremo de Michigan, en un caso similar a *Pole-town*. En *County of Wayne v. Hathcock*³³⁶, el Tribunal Supremo de Michigan se pronunció sobre una expropiación cuya finalidad era la construcción de un parque de oficinas. La expropiación se pretendía legitimar por razones de desarrollo económico y para ello se estableció un juicio de constitucionalidad basado en tres parámetros. La expropiación sería de uso público si:

1. La transferencia o el cambio de titularidad implicaba que la necesidad pública era de tal envergadura que de otra forma no fuera practicable —«public necessity of the extreme sort otherwise impracticable»—. Es decir, que la única forma de poder llevar a cabo la operación fuera utilizando la técnica expropiatoria. Principio de subsidiariedad en el ejercicio de la acción pública.

³³⁶ *County of Wayne v. Hathcock*, 684 N. W. 2d 765 Mich. (2004).

2. La entidad privada seguía siendo responsable públicamente en cuanto al uso de la propiedad expropiada³³⁷.

3. Se garantizaba la objetividad no personalista en la elección de los terrenos a expropiar³³⁸.

El tribunal explicó que la referencia a la «necesidad pública de tal envergadura que de otra forma no fuera practicable» aludía a los proyectos que generasen beneficios públicos cuya existencia dependiera exclusivamente del uso de los terrenos que únicamente pudieran desarrollarse mediante la coordinación del Gobierno central. El criterio de determinación del uso público era pues que existieran hechos de carácter público relevante («facts of independent public significance»), como pueden ser los casos en los que se hace necesario expropiar construcciones en ruina para ser vendidas posteriormente a terceros. En estos casos la medida de control (*the controlling test*) sería la eliminación del estado de ruina, mientras que la subsiguiente venta de los terrenos es meramente incidental para la consecución de este objetivo.

En aplicación de estos tres criterios, en *County of Wayne v. Hathcock*, el tribunal estimó que el proyecto de oficinas no cumplía ninguno de estos requisitos y por tanto que no se podía considerar una expropiación de uso público, puesto que la existencia del mismo no dependía de la utilización de la técnica expropiatoria para unificar la propiedad. Describía de forma muy pragmática cómo el paisaje estadounidense estaba poblado de centros comerciales, parques empresariales, complejos hoteleros y centros de ocio y comercio: «No creemos y no creo que la demandante nos contradiga que esta constelación de actuaciones hayan requerido para su construcción del ejercicio de la potestad expropiatoria o de cualquier otra forma de acción pública colectiva [...]».

³³⁷ «The private entity remains accountable to the public in its use of that property». *Ibidem*.

³³⁸ «The land is selected for condemnation based on facts of independent public significance [...] underlying purposes for resorting to condemnation, rather than the subsequent use of condemned land, must satisfy Constitution's public use requirement». *Ibidem*.

Se concluía valorando que las condiciones propuestas (*proposed condemnations*) no eran constitucionales porque el proyecto no quedaría sujeto con posterioridad a un control público (*public oversight*) y añadía que los terrenos seleccionados para ser expropiados no lo habían sido por su especial relevancia.

En estas sentencias y todas las que siguen, los criterios interpretativos de los tribunales han mostrado una gran deferencia hacia las decisiones de la Administración en cuanto a la delimitación cada vez más expansiva de lo que debe ser uso público. Sin embargo, la interpretación de la utilización excesiva y abusiva de la cláusula del *public use* ha conducido a algunos sectores doctrinales a afirmar irónica, pero muy descriptivamente, que la cláusula del uso público está moribunda, puesto que no existe control alguno en la utilización de la potestad expropiatoria. Los críticos estiman que este es un impresionante —e incluso para algunos despótico— poder de la Administración del que ha hecho uso y ha abusado, lo que la ha llevado a la ineficacia y al desprecio por los derechos de propiedad de un gran número de ciudadanos.

La tensión y la crítica vertidas en los últimos años hacia esta corriente de interpretación tan amplia esperaban con anhelo un pronunciamiento que limitara de alguna manera este creciente y descontrolado poder de la Administración. La sentencia *Kelo*, sin embargo, no ha supuesto ni mucho menos una solución al conflicto. Más bien al contrario, *Kelo* siguió en la línea de legitimación de la expropiación pública con beneficiario privado establecida en las sentencias del Tribunal Supremo descritas con anterioridad, a pesar de que parecía que desde los tribunales inferiores había comenzado a desarrollarse una revolución silenciosa en forma de sentencias que exigían un mayor control y limitación conceptual del uso público.

La reciente sentencia *Kelo* responde afirmativamente, de nuevo, a la posibilidad de la utilización de la potestad expropiatoria con beneficiario privado de la misma, siendo la causa expropiandi la mejora del desarrollo económico.

New London Development Corporation (NLDC) se embarcó en un ambicioso programa para revitalizar una parcela de 90 acres

(36,42 ha) a lo largo del Thames River en el sudeste de Connecticut. Para ello necesitaba reunificar en una sola propiedad las 115 propiedades existentes en el proyecto. Entre los propietarios, 100 ya habían vendido previamente sus propiedades, pero 15 de ellos —capitaneados por Susette Kelo— se negaron a vender las suyas y a ser expropiados forzosamente, acción que la ciudad hubiera llevado a cabo pagando a precio de mercado sus solares y casas.

La *causa expropriandi* no era —como sucedía en otras ocasiones para justificar este tipo de actuaciones— la declaración del estado de ruina de las casas y parcelas, sino que el interés general que legitimaba la expropiación era que las parcelas eran necesarias para la consecución de un plan que implicaba un bien mayor (*a greater public good*) como la creación de empleo para la comunidad —cuya tasa de paro duplicaba la media del estado—, el aumento de la tasa de propiedad que revirtiera en más servicios públicos y una mayor competitividad.

El plan instaba a los urbanizadores a la construcción de un complejo de usos múltiples con casas, hoteles, una marina, espacios para oficinas, restaurantes, tiendas y otras instalaciones, pero Susette Kelo y sus vecinos estaban convencidos de que la expropiación no perseguía una finalidad pública, un uso público que debiera ser protegido por la Quinta Enmienda.

La sentencia Kelo se deslizó, de nuevo, por las resbaladizas aguas de la determinación de qué debe ser una expropiación para un uso público. La sentencia no ofreció realmente ninguna novedad sino que se mantuvo en una línea continuista de la jurisprudencia existente hasta el momento —y, por ello, produjo un gran escándalo—. Se declaró que —puesto que caben las expropiaciones por razón de desarrollos económicos— en ese caso el proyecto debía considerarse como de interés público.

La sentencia Kelo, desde una perspectiva legal, es absolutamente correcta y sigue la tradición jurisprudencial anteriormente marcada, sin embargo, ha recibido duras críticas, entre otros, por parte de algunos de los magistrados que emitieron su

voto particular al respecto. La ya renombrada jueza O'Connor³³⁹ —ponente de la sentencia Lingle— no dudó en afirmar que si la construcción de proyectos que propugnen el desarrollo económico es de uso público, entonces toda la propiedad privada es susceptible de ser expropiada y transferida a un tercero en la medida en que este tenga un derecho preferente, por ejemplo, si fuera un propietario que fuera a usarla de un modo que la Administración competente estimara más beneficioso.

La jueza O'Connor continuó su voto particular insistiendo en que la mayoría del tribunal entendía que la obtención de determinados beneficios públicos incidentales que pudieran derivarse de ulteriores utilizaciones de la propiedad privada legitimaba las expropiaciones cuya causa expropriandi fuera la realización de proyectos de desarrollo económico, y se estimaba por tanto como de uso público. Para la jueza O'Connor esta afirmación suponía algo así como eliminar la distinción entre el uso público y privado de la propiedad y el resultado sería como derogar las palabras *public use* de la Quinta Enmienda.

Estas afirmaciones de la jueza O'Connor concuerdan con la concepción amplia de lo que hayan de ser uso público y *causa expropriandi*. Proviene también del fracaso en la producción de los dos objetivos más importantes que deben inspirar cualquier regulación sobre expropiación forzosa —*justice and efficiency*—: justicia y eficiencia, traducida o interpretada también como justicia y utilidad. La justicia y la utilidad tienen lugar cuando los recursos de la sociedad son empleados para aumentar la riqueza de la sociedad.

Michelman³⁴⁰ —desde una perspectiva económica— ha definido la eficacia (*efficiency*) como el aumento del producto interior bruto (*the gross social product*) cuando se ha determinado

³³⁹ Disponible en línea: <<http://laws.findlaw.com/us/000/04-108.html>>. [Consulta: 30/05/2013].

³⁴⁰ Frank I. MICHELMAN, «Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation Law”», en *Harvard Law Review*, n.º 8, 1967, pp. 1165-1258. Citado en William A. FISCHER, *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995, p. 253.

que un cambio en el uso de ciertos recursos pueda aumentar la productividad de la sociedad entendida como un todo. De hecho, Michelman considera que un proceso eficiente es aquel que maximiza la cantidad total de bienestar, de satisfacción personal en la sociedad, pero añade que no todas las satisfacciones son materiales.

La justicia (*justice*), por otra parte, se logra cuando los poderes públicos impiden que un conjunto de personas se vean obligados a soportar cargas o deberes que, en justicia, debieran ser soportadas por la sociedad en su conjunto —como ya he mencionado en páginas anteriores³⁴¹—.

Krier³⁴², entre otros, estima que las más recientes prácticas expropiatorias en el ámbito del desarrollo económico (*economic development*) están viciadas por el abuso sobre los propietarios, y no solo desde la perspectiva de la minusvaloración de sus propiedades en la expropiación, sino porque tras ellas se esconden intereses especiales, muy concretos y la ineficiencia.

Por eso las críticas a Kelo no pueden fundamentarse —o no tiene sentido que lo hagan— en la ilegalidad o irracionalidad del pronunciamiento, que —como se ha visto— se ajusta a la tradición sobre la concepción amplia de la expropiación. Entonces, ¿es Kelo una sentencia más? ¿Por qué ha desatado tanto interés mediático? ¿Qué alternativas o qué consecuencias puede tener?

Quizás —como expondré a continuación— la importancia de Kelo no deriva tanto de lo que dice, sino más bien de lo que omite y de las consecuencias que su silencio está acarreado. En este sentido es necesario analizar tanto la aparente indiferencia que Kelo muestra sobre las implicaciones públicas de los derechos de propiedad, como los efectos que esta indiferencia ha provocado en las legislaciones de los estados federales.

³⁴¹ «[...] forcing some people alone to bear burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole». *Armstrong v. United States*, sentencia cit., 1960.

³⁴² Citado por ALEXANDER, «The global debate...», p. 238.

4.2.3.2. *La aparente indiferencia de Kelo en la delimitación del uso público en la potestad expropiatoria. Una interpretación madurada de Kelo*

En función de la síntesis sobre las principales *landmarks* que en materia de *eminent domain* o expropiación forzosa han existido en la jurisprudencia estadounidense, comparto la opinión de muchos autores de que la determinación de lo que haya de ser el uso público es fruto de una consensuada jurisprudencia en la que la interpretación expansiva de la noción y conceptualización del mismo han sido las claves.

Es posible que la aportación más interesante de Kelo sea la llamada a la limitación del uso público por parte de los legisladores federales, junto a la posibilidad de que —siguiendo la doctrina establecida en *County of Wayne v. Hathcock*— se establezcan controles concretos que permitan un análisis más objetivo de lo que deba entenderse por uso público.

Como estima Baron³⁴³ hay distintas formas de interpretar la invitación o las sugerencias del tribunal. Una de ellas es valorar Kelo como una aproximación institucional o legalista (*form legal process approach*) de la cuestión expropiatoria que abandona «la dificultad, si no imposible tarea, de proporcionar una justificación normativa clara a la llamada “takings clause” y en sustitución de la misma dirigir la jurisprudencia sobre las expropiaciones (*takings*, virtuales o no) hacia una cuestión más precisa, de contornos más claros como es “quién debe decidir”» lo que deriva, como estima Sterk³⁴⁴— «en el análisis de la influencia o la medida de la competencia de los estados federales en la modulación y determinación del uso público y por ello no es posible construir una doctrina única de interpretación constitucional en torno a la misma sino que dependerá de los límites establecidos por los legisladores estatales».

³⁴³ Jane B. BARON, art. cit., 2006, p. 628.

³⁴⁴ Stewart E. STERK, «The Federalist Dimension of Regulatory Takings Jurisprudence», en *Yale Law Journal*, vol. 114, 2004, pp. 203-271. En este artículo Sterk afirma que los estados federales deberían tener un papel muy importante en la conformación de la doctrina de las *takings*.

Pero independientemente del peso que se le quiera dar a cualquiera de estas interpretaciones, para Baron son menores, es decir, son interesantes y útiles en la medida en que permitan recalcar allí dónde la sentencia *Kelo* ha sido indiferente. Baron aludé a que, en cierta forma, *Kelo* se ha mostrado indiferente al verdadero problema, a la profundidad y la importancia de lo que está en juego: la determinación de la extensión, la amplitud y la legitimación misma del poder público (*the problem of overly broad state power*) y su control.

Sobre esta cuestión existen distintos posicionamientos, acordes con las distintas concepciones que sobre el poder político y la propiedad privada se den. Así, para Rose³⁴⁵, la determinación de cuáles hayan de ser los límites de la potestad expropiatoria deberán ser definidos por los poderes públicos que se encuentren física y competencialmente más cerca de la acción misma, en este caso del planeamiento o la zonificación, por lo que serán los gobiernos estatales y locales los más propicios para llevarlo a cabo. Sin embargo, existe otra importante corriente, abanderada, entre otros, por Singer y Sax³⁴⁶ —heredera de la línea jeffersoniana— que parte de la idea de que la propiedad es previa a la política y la conservación de esa propiedad prepolítica de las personas es la medida de la bondad o maldad de un gobierno. Esta línea de pensamiento entiende que estos principios son además constitucionales y, por tanto, el papel de los jueces y tribunales es proteger y preservar la esfera y el ámbito de autonomía privada que la propiedad debe otorgar. Por ese motivo, para aquellos inclinados a ver los tribunales como protectores de los derechos privados frente a los excesos (*overreaching*) del Estado, esta sentencia supuso una completa dejación de sus funciones.

Las reacciones posteriores a *Kelo* y toda la legislación que pretende limitar los poderes del Estado en materia de expropiación

³⁴⁵ Carol M. ROSE, *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership. (New Perspectives on Law, Culture and Society)*, Westview Press, Colorado, 2004.

³⁴⁶ Joseph William SINGER, *Entitlement: The Paradoxes of Property*, Yale University Press, New Haven (Conn.), 2000; Joseph L. SAX, art. cit., 1964-1965, pp. 36-76.

forzosa muestran que la sentencia se separó del problema real en una línea continuista que no quiso reconocer la tensión jurídico-económica de la que procedían esos casos, a excepción de los votos particulares de los jueces Thomas y O'Connor que sí la reflejaron.

Por una parte el voto particular que el juez Thomas desarrolla en *Kelo* reabre viejas heridas que se encuentran en el trasfondo de toda la regulación urbanística y es que tanto la zonificación como la expropiación por razones de desarrollo económico conducen al planteamiento de cómo usos considerados como molestos (*disturbing*) suelen en muchas ocasiones ser objeto de proyectos de reforma urbana (*redevelopment*) en el que el interés público que legitima la expropiación es un supuesto estado de ruina de las propiedades que quebrantan o desestructuran las comunidades. En referencia a este tema el juez Thomas no duda en afirmar valientemente que este tipo de actuaciones «se han asociado históricamente con el desplazamiento de los negros y, desgraciadamente, los ecos de esta sentencia permitirán una exacerbación de estos efectos»³⁴⁷.

Por su lado, la jueza O'Connor comienza describiendo la Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense como una limitación al poder del Estado, una obviedad aparente, pero con una finalidad clara. Las dos limitaciones —apunta— son que la expropiación debe realizarse basándose en un interés público y mediando justa compensación de forma que proporcione —y esto es lo más interesante— un marco de estabilidad al derecho de propiedad y se aporten medidas de control (*safeguards*) contra el uso excesivo, impredecible e injusto de la potestad expropiatoria, especialmente la de aquellos propietarios que, por cualquier razón no puedan protegerse en el proceso político de toma de decisiones en contra de la voluntad de la mayoría.

La jueza O'Connor asume la necesidad de desplazar la determinación de lo que haya de ser uso público a las prescripciones normativas (*legislative determinations*) sobre uso público, pero concluye que si la Takings Clause, la Quinta Enmienda, funciona

³⁴⁷ «Urban renewal projects have long been associated with de displacement of blacks [...] regrettably the predictable consequence of the Court's decision will be to exacerbate these effects». *Kelo v. City of New London*, sentencia cit., 2005.

como un límite para el ejercicio inapropiado del poder de policía, este argumento no puede ser considerado de manera absoluta y plantea el siguiente interrogante:

¿Cuál es la línea que separa el uso público del privado? Le damos mucha importancia a las determinaciones legislativas acerca de las actividades administrativas que persiguen un interés público. Pero cuando las ramas políticas son los únicos árbitros de la distinción entre lo público y lo privado todo queda en palabrería. Un control judicial externo de cómo es interpretado el requerimiento del uso público, aunque limitado, es necesario para limitar el poder del gobierno³⁴⁸.

Lo importante pues del voto particular de la jueza O'Connor es que pone toda la carne en el asador, es decir, saca de forma expresa los problemas de fondo: el control de la discrecionalidad de la Administración y del discurso público sobre la potestad expropiatoria, el debate de la necesidad de determinar la medida de protección que deba darse a los propietarios y la cuestión de quién y cómo se deben limitar esos poderes. Estas cuestiones —tan fáciles de plantear y tan difíciles de resolver— son las que han ido construyendo hasta el momento el debate y el rechazo implícito, amparándose en el precedente. Pasar por alto estas cuestiones es el principal y más profundo inconveniente de *Kelo*.

4.2.3.3. *Consecuencias o efectos de Kelo en las legislaciones de los estados. Hacia una delimitación del uso público*

Después de que el Tribunal Supremo haya dejado claro en *Kelo* que no es posible limitar jurisprudencialmente qué haya

³⁴⁸ «Where is the line between “public” and “private property use”? We give considerable deference to legislatures’ determinations about what governmental activities will advantage the public. But were the political branches the sole arbiters of the public-private distinction, the Public Use Clause would amount too little than hortatory fluff. An external, judicial check on how the public use requirement is interpreted, however limited is necessary if this constraint on government power is to retain any meaning». *Ibidem*.

de ser el uso público que legitime la potestad expropiatoria, los estados han tomado el relevo, porque —como citaba la propia sentencia— «nada impide a ningún estado el emplazamiento y establecimiento de normas que restrinjan el ejercicio de la expropiación forzosa»³⁴⁹.

Al estar legitimados los estados para el establecimiento de medidas restrictivas en el uso de la expropiación, el hecho de que estas no existan no conduce a un control de legalidad pero tampoco a la oportunidad de la determinación del uso público que conduce asimismo a la legalidad de este tipo de desarrollos o de las normas estatales que no establecen medida alguna que frene o delimite o si quiera enumere el uso de la expropiación forzosa a casos concretos.

Cada estado ha reaccionado —en función del color de sus gobiernos— con legislaciones que han reforzado o restringido la concepción del *public use* en estos últimos cinco años. Si bien el cambio —por decirlo suavemente— en las circunstancias económicas —la galopante, desafiante y ahogante crisis económica desencadenada especialmente a partir de 2008— ha hecho que el interés general se haya visto desplazado absolutamente hacia un debate centrado en la obtención de los mayores recursos posibles y del incremento del desarrollo y la competitividad. Casi todas las medidas post-Kelo se aprobaron en los dos años posteriores a su publicación, pero recientemente las iniciativas han sido muy parcas.

Todas las medidas aprobadas para restringir el uso de la potestad expropiatoria —que han sido muchas y muy variadas— se deben analizar en la actualidad desde otro prisma. De hecho, el pragmatismo norteamericano conducirá —aunque todavía no tengamos una perspectiva espacio temporal suficiente— a una utilización o una desviación de las mismas en función siempre del principio de desarrollo económico, de la cláusula de libre comercio y del principio de igualdad.

³⁴⁹ «We emphasize that nothing in our opinion precludes any State from placing further restrictions on its exercise of the takings power». *Kelo v. City of New London*, sentencia cit., 2005.

Capítulo 5

Urbanismo y propiedad en los comienzos del siglo XXI

5.1. Marco constitucional

5.1.1. *Kelo y Lingle como paradigma de un nuevo comienzo*

En los capítulos anteriores me he ocupado de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo estadounidense —Kelo y Lingle—, de la reestructuración o reordenación que llevan a cabo —sobre todo Lingle— y de las reacciones legislativas que se han ido sucediendo y que —en su mayoría— han tenido como finalidad limitar la potestad expropiatoria de las Administraciones públicas, especialmente en los casos en los que existe un tercer beneficiario.

Desde la perspectiva de los gobiernos locales tanto Kelo como Lingle aclaran las reglas que los tribunales aplicarán en subsiguientes casos que se ocupen de posibles *takings*. Kelo establece —a los efectos constitucionales federales— que la concepción de lo que haya de ser uso público será definida en términos más amplios y respetuosos (*broadly deferential terms*) y, por otra, parte Lingle establece claramente qué casos no deberán pasar por el control de los avances sustanciales establecido en Agins³⁵⁰.

Sin embargo, estas consideraciones se han visto mermadas debido a que las reacciones legislativas a la sentencia Kelo han generado una multitud de nuevos estatutos y legislaciones, que se han aprobado para establecer los límites por los cuales las Administraciones públicas puedan expropiar la propiedad privada. Toda esta legislación posterior a Kelo —y no la normativa federal—

³⁵⁰ Agins v. City of Tiburon, sentencia cit., 1980. *Vid. supra* § 4.2.1.

se ha dirigido a configurar el nuevo ámbito de aplicación de la expropiación forzosa en el futuro. Partiendo de las *regulatory takings* y la eliminación del control sobre los avances sustanciales establecidos en Agins se vuelve a los criterios de Penn Central, reorientados desde la perspectiva de los parámetros de magnitud y distribución, parámetros que Lingle no ha dejado radicalmente concretados.

Por otra parte, algunas de las implicaciones de Kelo y Lingle más importantes se han derivado de las reacciones que estas polémicas sentencias generaron en la sociedad, en general, pues fueron respuestas no deseadas y no esperadas a preguntas que la sociedad civil —desde sus organizaciones— estaba demandando.

En las dos últimas décadas la sensibilidad y las organizaciones sociales estadounidenses han promovido y aireado estos casos y se muestran —como en el caso de Susette Kelo— como verdaderas víctimas. En ocasiones, con tintes desgarradores como los medios, en un sentido u otro, fueron mostrando a lo largo del caso.

El problema y la realidad es que muchas veces lo único que se conoce es el resultado final, sin argumentos jurídicos: el Tribunal Supremo falló en contra de la propiedad, lo que generó sospechas y desconfianza hacia el ejercicio público de la potestad expropiatoria. Las reacciones políticas y legislativas contra Kelo muestran cómo una victoria legal puede jugar en contra del partido dominante, por lo que —aunque, *de lege lata*, los límites de la potestad expropiatoria se inscriban en el marco establecido por Kelo— en la práctica, la presión y el clima políticos pueden limitar en gran medida su ejercicio.

Esto no implica que los Gobiernos vayan a detener su maquinaria, sino que utilizarán otros métodos como nuevas estrategias legales —ya sea la regulación o los impuestos— para poder lograr sus fines públicos, lo que, paradójicamente, conducirá a una menor protección de los propietarios de suelo, puesto que es mucho más difícil de precisar el daño o la carga establecida para cada propietario y por tanto más difícil de defender ante los tribunales. Si bien el resurgimiento y la constancia en la defensa de

sus intereses de los PPRM, hace que estos estén muy atentos a cualquier normativa que pueda incidir sobre los derechos patrimoniales de los propietarios. Por esta razón, en estos años quizá contemplemos un aumento de los litigios centrados en los objetivos de los gobiernos locales para regular los usos de la propiedad. En estos litigios los tribunales tendrán que confrontar directamente las dos concepciones de los derechos patrimoniales: la establecida en Kelo —que lo aborda desde una idea más republicana y amplia— y la perspectiva ultraliberal, defendida por los simpatizantes de los PPRM.

Desde la perspectiva de la cultura constitucional, estas resoluciones son parte de las negociaciones y tensiones vivas y continuas entre los ciudadanos y el Gobierno, de la concepción que sobre la propiedad privada se tenga y del modo en que esta se implemente.

El debate constitucional estadounidense en el plano de los derechos de propiedad (*property rights*) está muy vivo y las reacciones viscerales o emocionales a las incursiones legítimas o no del poder público —vistas así, quizás, desde nuestra perspectiva europea—, pueden parecer en ciertos momentos incluso menos avanzadas. Sin embargo, son el reflejo de que la sociedad estadounidense es dinámica y se rebela y reacciona —de una forma simplista quizá— ante la posibilidad de perder lo que consideran, en cualquier momento de su vida, como un derecho absoluto (*absolute entitlement*) que los poderes públicos deben proteger y no alterar sin tener en cuenta los beneficios sociales que la intervención y la regulación puedan generar.

Quizás estos razonamientos puedan calificarse de excesivamente inocentes, pueriles e incluso equivocados, puesto que parecen no tener en cuenta ninguna consideración sobre el bien común o la utilidad pública —igualmente presentes en la cultura constitucional estadounidense—, sin embargo, son razones muy poderosas que suponen una parte importante de esa cultura constitucional, no es posible ignorarlos si los gobiernos locales, el Tribunal Supremo y los poderes públicos desean lograr su legitimidad a los ojos de sus súbditos.

5.1.2. *El debate sobre las regulatory takings visto desde una perspectiva comparada. Conclusiones*

Con su certera y siempre analítica visión, Rachelle Alterman³⁵¹ advierte de la necesidad de llevar a cabo un análisis transnacional comparado para lograr una percepción de escala y proporcionalidad. Es necesario situar el tema que he abordado en las últimas páginas desde una perspectiva comparada con el fin de analizar el peso que en otros entornos similares pueda tener un debate similar y los excesos o defectos que el debate de las *regulatory takings* tiene en los Estados Unidos.

En este sentido, Alterman —cuyo estudio sigo en este capítulo— destaca algunos puntos de interés, que me permitirán reubicar este debate en comparación con otros ordenamientos jurídicos al analizarlos con la suficiente intensidad, aunque no con la densidad real que el problema presenta en los Estados Unidos.

En primer lugar, una de las constataciones más llamativas —y al tiempo chocantes— es la intensidad misma del debate sobre los derechos de propiedad y el posicionamiento o el contenido concreto de la regulación estadounidense, que no pasa por ser de las más extremas en derechos compensatorios por razón de *regulatory takings*. Este hecho hace que tanto los defensores de los derechos de propiedad como sus detractores observen regulaciones de otros ordenamientos para buscar modelos alternativos o para defender sus posturas. Aunque con carácter general podemos decir que la regulación sobre derechos de propiedad es moderada en cuanto a la gradación en su protección, en la determinación de las indemnizaciones y en la consideración de los derechos a urbanizar y desarrollar la urbanización, de un análisis comparado se pueden desprender algunas conclusiones sobre la especificidad del modelo urbanístico estadounidense.

³⁵¹ Rachelle ALTERMAN et al., *Takings international. A comparative Perspective form Land Use Regulations and Compensation Rights*, American Bar Association Publications, Chicago, 2010, pp. 81 y ss.

En ningún otro país y en ningún otro momento en las últimas décadas el tema de las *regulatory takings* ha ocupado un lugar prioritario en la opinión y política públicas. En ningún otro país este tema ha sido *trending topic* en los debates electorales. En ningún otro país del entorno la acción pública ha conducido a medidas como la extremista Measure 37 del estado de Oregón y su derogación e invalidación posterior en menos de tres años.

Otra de las diferencias clave entre Estados Unidos y otros estados es el papel extremadamente importante que ejerce el derecho constitucional. En otros ordenamientos, tanto en el nivel nacional como subnacional como regional, federal —o en nuestro caso en el nivel de las Comunidades Autónomas—, las Constituciones no juegan un papel tan relevante en la protección del derecho de propiedad. En Estados Unidos este derecho es de configuración legal o estatutaria, las diferentes Constituciones federales no añaden más a lo establecido en la Constitución estadounidense.

En la ingente casuística generada, el Tribunal Supremo estadounidense se ha abstenido de construir líneas jurisprudenciales claras, lo que ha llevado a que se tomen decisiones caso a caso. El resultado es que la legislación expropiatoria se caracteriza por un alto grado de incertidumbre que tanto los propietarios como las agencias urbanísticas encaran cuando los derechos son fruto de colisiones en sede jurisdiccional. A pesar de la importante tradición jurisprudencial en materia de *regulatory takings* no se puede hablar de un corpus doctrinal sólido y la incertidumbre sigue siendo la nota característica.

La combinación de los rasgos anteriormente descritos: intensidad del debate público, análisis desde una perspectiva constitucional y un considerable grado de incertidumbre han producido lo que, con mucha diferencia, constituye el cuerpo de investigación docente más amplio y publicaciones sin parangón en otro lugar del mundo. Paradójicamente, este amplísimo ámbito de conocimiento, no ha generado posturas convergentes a lo largo de los años, sino que —como muestran las turbulencias del debate en Oregón de 2004 a 2007— las posiciones siguen siendo muy extremas y encontradas.

En discusiones y debates académicos —como también he analizado desde una perspectiva histórica³⁵²— ha existido una imagen estereotipada de la protección de la propiedad en los Estados Unidos que tiende a calificarla o incluirla dentro del grupo de países que la protegen de forma extrema, si bien tanto su evolución histórica como las regulaciones sobre el *downzoning* o la misma jurisprudencia constitucional muestran que no deja de ser un estereotipo que precisa muchas modulaciones.

Como muestra Thomas E. Roberts³⁵³, Estados Unidos goza de uno de los pocos ordenamientos que admiten la posibilidad de que se rechacen lo que en España denominaríamos reclasificaciones o recalificaciones de un terreno que permitieran un aumento de los aprovechamientos urbanísticos y que pudieran servir de base para un pleito o una indemnización por privación de un derecho. Además, en gran número de estados, las *regulatory takings* no tienen carácter abierto, sino que parten de una concepción estatutaria en la que las indemnizaciones por privación de parte o de todos los derechos inherentes a la propiedad del suelo están regulados de forma expresa. Esta concepción estatutaria está ligada a la teoría clásica del planeamiento en el sentido de que muchas regulaciones urbanísticas no son susceptibles de indemnización. La dimensión amplia y abierta, no tanto del concepto de propiedad —como indica la jueza O'Connor en Lingle—, sino del concepto de *taking* ha generado una deformación en el pensamiento ya que ha conducido a una búsqueda obsesiva y extensiva —como se ha contemplado a lo largo de este estudio— de la identificación de cualquier regulación que incida sobre la propiedad del suelo como *taking* para de esta forma poder exigir una compensación adecuada.

Esta construcción es —a mi juicio— la que explica en parte la inexistencia de un debate similar en ordenamientos que tienen absolutamente asumido el carácter estatutario del derecho de propiedad —en Francia, Alemania o España, por ejemplo—. En estos casos la controversia gira en torno a la cuantía de las indemni-

³⁵² *Vid. supra* § 3.1.

³⁵³ Thomas E. ROBERTS, «United States», en RACHELLE ALTERMAN, 2010, pp. 215-228.

zaciones, pero no a la consideración de que las actuaciones de la Administración sean regulaciones expropiatorias o no. Se impone la fuerza del plan como norma de carácter estatutario.

Por otra parte, medidas como la Measure 37 del estado de Oregón —que analizaré a continuación— son ejemplos y casos singulares sin paragón en otro lugar del mundo, que ponen de manifiesto otro rasgo característico de la legislación estadounidense: la volatilidad del debate y de las acciones políticas. La Measure 37 —que podría calificarse como verdadera pieza del museo de los horrores legislativos— fue aprobada como iniciativa popular (*citizen-ballot initiative*) en 2004 y pronto devino tan imposible de aplicar que fue sustituida por la Measure 49. Ni la propuesta de la primera de que cualquier disminución parcial del valor del terreno debiera ser indemnizada —y con carácter retroactivo!—, ni las soluciones a este desaguado de la Measure 49 han tenido igual en otros países desarrollados.

Desde una perspectiva comparada, aunque podemos afirmar que existen ordenamientos en los que se ha dado la posibilidad de indemnización por privación parcial del valor del terreno (*partial takings*), estas regulaciones han sido bastante razonables y estables en el tiempo; la legislación y la jurisprudencia han ido modulando sus efectos en cuanto a la mayor o menor consideración de las indemnizaciones susceptibles de ser otorgadas en cada caso, pero no se han dado casos tan dramáticos y viscerales como el de Oregón.

La Measure 37 carecía de racionalidad, límites y tamiz alguno. En comparación con otros ordenamientos carecía de los elementos básicos de cualquier normativa sobre derecho de propiedad y expropiación:

En primer lugar, la medida era profundamente retroactiva: los habitantes del estado de Oregón tenían derecho a solicitar indemnización por cualquier regulación que hubiera interferido total o parcialmente en su derecho de propiedad desde el año 1950 durante un período de dos años. Esto significaba la reapertura de casos y el incremento de la litigiosidad en un porcentaje desorbitado. En segundo lugar, el nuevo estatuto de la propiedad en Oregón no establecía un límite en cuanto a la cuantía de los

daños, por lo que cualquier daño inferido a la propiedad podría devenir indemnizable.

5.1.3. *Measure 37 y Measure 39 del estado de Oregón. Reacciones desmedidas a una legislación clasificatoria del suelo*

El estado de Oregón ha sido líder en materia de implementación de medidas novedosas en cuanto a los usos del suelo durante décadas³⁵⁴, de hecho —como indica Blodgett³⁵⁵, cuyo estudio sigo en este punto—, la fundación del ordenamiento urbanístico y el sistema de planeamiento en Oregón nace en 1973 con la Senate Bill 100, defendida por el gobernador Tom McCall, quien criticó duramente —y como en pocas ocasiones se había hecho hasta el momento— el modelo de *single home family* del urbanismo esparcido estadounidense al definirlo como «subdivisiones descontroladas, bloques de apartamentos en la costa y barrios residenciales con una voraz capacidad para desmandarse»³⁵⁶. Para luchar contra ello creó el Departamento de Conservación del Suelo y Urbanización (Department of Land Conservation and Development Commission).

En 1979 se profundizó en el control sobre el planeamiento y los usos del suelo mediante la creación de la Land Use Board of Appeals con competencia exclusiva para revisar toda la legislación y las *quasi-judicial land use decisions*, es decir, todos los actos administrativos, entendidos desde una perspectiva más amplia que la europea. Las principales competencias asignadas a esta Comisión están divididas en cuatro categorías amplias: los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico (*planning process*);

³⁵⁴ <<http://www.oregon.gov/LCD/history.shtml>>. [Consulta: 30/05/2013].

³⁵⁵ Abigail D. BLODGETT, «Lessons form Oregon's Battle over Measure 37 and Measure 49: Applying the Reserved Powers Doctrine to Defend Land Use Regulations», en *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 26, 2011, pp. 259-286. Disponible en línea: <<https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/11463/Blodgett.pdf?sequence=1>>. [Consulta: 30/05/2013].

³⁵⁶ «[...] sagebrush subdivisions, coastal condominia, and the ravenous rampages of suburbia». Senate Bill 100.

la conservación y la ejecución del planeamiento (*development practices*); y recursos costeros (*coastal resources*).

Los objetivos y competencias que mayor incidencia e impacto han tenido son los referentes a la protección costera y a la ejecución del planeamiento. Una de las más importantes de estas competencias es la conocida como Goal 3, que exige que todo el terreno dedicado a la agricultura (*agricultural lands*) mantenga su uso rústico, de forma que todos los gobiernos locales del estado de Oregón están obligados a zonificar todos los suelos rurales sin expectativa urbanística alguna. Lo mismo ocurrió con los terrenos forestales, sometidos a la Goal 14, que impelía a las autoridades locales a designar los límites del crecimiento urbano. En el suelo localizado dentro de estos límites se podría urbanizar y edificar para usos residenciales, comerciales y terciarios, y el resto permanecería fuera de cualquier expectativa urbanística.

Con el establecimiento de este sistema, el estado de Oregón estaba proponiendo una regulación no zonificadora, sino clasificadora del suelo en el sentido más profundo de la tradición legislativa española. Si bien su aceptación no fue en ningún momento pacífica y las críticas y reacciones ciudadanas fueron continuas.

Uno de los ataques más contundentes al sistema de clasificación de suelo vino de la mano de la Ballot Measure 7, la cual amplió el alcance de la cláusula expropiatoria de la Constitución de Oregón en la que se exigía a las entidades públicas (*government entities*) indemnizar cualquier regulación que supusiera desde la compra de un terreno a una posible reducción de su valor o una restricción en su uso. A pesar de esto, muchos gobiernos locales aprobaron medidas o contramedidas que les permitieron sortear e impedir que de toda regulación se desprendiera la necesidad de compensación.

La llamada Measure 7 del año 2000 tuvo, sin embargo, una vigencia muy corta puesto que la sentencia *League of Oregon Cities v. Oregon*³⁵⁷ declaró su nulidad. En este caso se interpretó que la medida modificaba la Constitución del estado de Oregón, cuya reforma debía aprobarse mediante la denominada «separe

³⁵⁷ *League of Or. Cities v. Oregon*, 334 Or. 645, 56 P. 3d 892 (2002).

vote provision» que requería una votación individual, enmienda por enmienda. Tras una dura batalla en los tribunales, la Measure 7 fue declarada nula en 2002 por el Tribunal Supremo de Oregón.

La reacción del PPRM no se hizo esperar y la batalla por la aprobación de una regulación protectora de los derechos de propiedad y urbanización —que cristalizaría en la Measure 37— comenzó pronto. En noviembre de 2004 los votantes de Oregón aprobaron la denominada Ballot Measure 37, una audaz —si no temeraria— iniciativa que alteró dramáticamente el régimen del estatuto de la propiedad en este estado. La aprobación de esta medida se debió en gran parte a la campaña organizada y preparada por parte de los PPRM en la que pusieron como ejemplo el daño causado a la señora Dorothy English por el régimen de propiedad urbana existente³⁵⁸. Este caso se tomó como el chivo expiatorio y el modelo de lo que no debería ocurrir por razón de la regulación y control de la actividad urbanística³⁵⁹.

La señora English era una anciana residente en Oregón, quien —como consecuencia de la legislación existente— no podía ni dividir ni parcelar su propiedad de 20 acres (8,09 ha) para albergar a su familia, hijos y nietos. Para los oregonianos, este caso se incorporó al imaginario colectivo como el ejemplo evidente de que la legislación urbanística era demasiado severa con los propietarios de terrenos rústicos.

La campaña a favor de la Measure 37 subrayaba lacónicamente que por causa de esta legislación muchos oregonianos habían visto fracasar su sueño de urbanizar sus tierras por culpa de un ordenamiento urbanístico muy restrictivo. Además del caso English, los urdidores de la campaña enfocaron la cuestión desde términos centrados en la justicia y la sencillez, argumentando que los Gobiernos deberían pagar por cualquier suelo que hicieran suyo. La campaña fue extremadamente exitosa, por la fuerza del mensaje, y consiguió que la medida se aprobara por

³⁵⁸ <http://blog.oregonlive.com/oregonianextra/2008/04/dorothy_english.html>. [Consulta: 30/05/2013].

³⁵⁹ Peter A. WALKER y Patrick HURLEY, *Planning Paradise. Politics and Visioning of Land Use in Oregon*, Arizona University Press, Tucson, 2011.

un margen del 60% y que se extendiera después a 36 condados de Oregón³⁶⁰.

El núcleo duro de la Measure 37 son las subsecciones 1 y 8: que establecen lo siguiente:

Subsección 1. Si cualquier entidad pública aprueba una nueva regulación sobre el uso del suelo, desde el momento en que esta norma se haga efectiva se considerará que supone una restricción al uso de la propiedad privada y tiene el efecto de reducir el valor justo del precio en el mercado de suelo o cualquier interés que subyazca sobre la misma, el propietario entonces tendrá derecho a una justa compensación.

Subsección 8: A pesar de cualquier otra regulación estatal o si no existieran fondos para pagar los justiprecios, en lugar del pago, la autoridad pública tendrá la capacidad de remover, anular o inaplicar cualquiera de las medidas que supusieran una restricción en el uso y posibilidades de desarrollo del derecho de propiedad y permitirá restablecer el uso existente en el momento de su adquisición³⁶¹.

A pesar de la naturaleza reduccionista de la campaña que promovió la aprobación de esta medida —uno de los grandes, pero efímeros triunfos del PPRM— la extensión de la misma era bastante considerable, ya que se establecía algo así como un «truco o trato» del derecho urbanístico. A través de esta medida, el propie-

³⁶⁰ Vid. Jeffrey D. KLINE y Eric M. WHITE (eds. téc.), *Land use planning ballot initiatives in the Pacific Northwest*, U. S. Department of Agriculture, Forest Service, Pacific Northwest Research Station, Portland, 2010.

³⁶¹ Subsection 1. «If a public entity enacts or enforces a new land use regulation or enforces a land use regulation enacted prior to the effective date of this amendment that restricts the use of private real property or any interest therein and has the effect of reducing the fair market value of the property, or any interest therein, then the owner of the property shall be paid just compensation».

Subsection 8. «Notwithstanding any other state statute or the availability of funds [...] in lieu of payment of just compensation under this act, the governing body responsible for enacting the land use regulation may modify, remove, or not apply the land use regulation or land use regulations to allow the owner to use the property for a use permitted at the time the owner acquired the property».

tario del suelo amenazaba a la autoridad pública con la exigencia de una indemnización —por privación de parte de su derecho de propiedad si no se le devolvía este a su estado originario— anterior a la existencia de cualquier medida que impidiera el desarrollo y transformación de su propiedad, lo que dejaba el suelo desregulado y libre para hacer en él lo que el propietario considerara.

La medida era —en este sentido— revolucionaria, rompía con cualquier posibilidad de control de la legislación y el planeamiento urbanístico sobre los usos del suelo y el futuro urbanístico de la ciudad. Si bien se establecieron algunas excepciones en los siguientes casos: regulaciones pendientes de aprobación; regulaciones que afectaran a lugares históricos; usos del suelo relacionados con la salud pública y la seguridad; pornografía y *striptease*; y regulaciones aprobadas antes de que el propietario o alguien de su familia adquiriera la propiedad.

El exceso de simplicidad en la regulación de la Measure 37, su amplitud de miras por una parte y la brevedad en su contenido de otra dejaban muchos interrogantes y demasiadas puertas entreabiertas. En primer lugar, no determinaba la competencia territorial del organismo facultado para establecer la indemnización, ni tampoco la forma de calcular el valor del mismo. El lenguaje de la Measure 37 en cuanto al modo de inaplicación de la regulación restrictiva tampoco especificaba qué autoridades eran las competentes para aprobar o anular la regulación que incidiera sobre los usos del suelo ni identificaba si la inaplicación de la normativa restrictiva tenía carácter personal, es decir, si estaba vinculada al propietario de suelo o a la propiedad misma.

En respuesta o más bien como consecuencia de estas ambigüedades, hubo diversos intentos judiciales³⁶² y legislativos de modular los efectos de la Measure 37, entre los que destacaron las propuestas fallidas de algunas organizaciones no gubernamentales y asociaciones de propietarios que intentaron propiciar la anulación en bloque de la medida.

³⁶² *Vid.*, entre otras, MacOherson v. Dep't of Adminis. Servs., 340 Or. 117 (2006).

La aparente ausencia de límites en la protección del derecho de propiedad repercutió profundamente —como no podía ser de otro modo— en el ordenamiento urbanístico del estado de Oregón. Para empezar, se suprimió implícitamente la posibilidad de regular e incidir en un amplio ámbito de recursos naturales. De hecho, algunos estudios realizados sobre la incidencia de esta norma muestran cómo esta ley inhabilitó efectivamente los instrumentos para impedir la dispersión urbanística (*sprawl*) y la conservación y preservación del suelo rural y forestal en el estado de Oregón que existían desde hacía más de cuatro décadas.

Durante los tres años que la norma estuvo en vigor hubo 6.857 reclamaciones que recabaron un total de 19,8 millones de dólares en indemnizaciones —algo inasumible para cualquier estado—. Un tercio de estas reclamaciones requerían la parcelación urbanística de lugares alejados de los núcleos urbanos, clasificados en momentos anteriores como no urbanizables —exactamente el tipo de calificación urbanística que el estado de Oregón había intentado limitar con la precitada Senate Bill 100 de 1973—. Es más, el 85 % de las reclamaciones fueron interpuestas en condados del oeste de Oregón en el que se localizan algunas de las tierras agrícolas y forestales más valiosas de todo Estados Unidos.

Las autoridades públicas que debieron enfrentarse a este tipo de reclamaciones prefirieron —en su gran mayoría— renunciar a la aplicación de la norma que prohibiera o estableciera algún tipo de restricción en el uso del suelo antes que pagar compensaciones. De esta forma trazaron el camino hacia una avalancha de proyectos urbanísticos, reparcelatorios y de desarrollo de suelos que hasta el momento habían estado preservados del crecimiento urbano o edificatorio.

Tan solo tres años después de la aprobación de la Measure 37 y sus devastadoras consecuencias se aprobó una rectificación de la misma: la no menos conocida Measure 49, aprobada en 2007 y ratificada por un 60 % de margen. La Measure 49 modificaba su precedente revisando, en primer lugar, su lenguaje y expresiones y añadiendo siete secciones que contestaban algunas de las cuestiones no resueltas por la Measure 37. A pesar de los cambios, la

Measure 49 mantenía la esencia de la regulación que permite a los propietarios solicitar una indemnización o una excepción (*regulatory waiver*) por la disminución de los valores de sus propiedades como consecuencia de la legislación urbanística sobre los usos del suelo.

La Measure 49 estableció dos estándares separados para evaluar los recursos interpuestos antes y después del 28 de junio de 2007. Los propietarios que hubieran recurrido con anterioridad a junio de 2007 tendrían derecho a indemnización en forma de otorgamiento de derechos de urbanización (*residential development*) dependiendo del lugar en el que estuviera localizada la propiedad. Así, los recurrentes que tuvieran propiedades situadas en los límites del crecimiento urbano estarían legitimados a edificar diez viviendas individuales (*ten single family dwellings*). Mientras que los propietarios que reclamaron durante la vigencia de la Measure 37 solo tendrían derecho a las viviendas aprobadas en el pleito original. Por otra parte, el valor total de mercado (*total fair market value*) de los calificados como *home sites* —garantizados por la Measure 49— no podrían superar la pérdida del valor de mercado causada por la legislación específica. Finalmente, el propietario debería mostrar y demostrar que el uso residencial es «highest and best use» para la propiedad cuando la regulación fue aprobada y que esta sigue zonificada como residencial.

En contraposición, el número de viviendas que un propietario de suelo situado fuera de los límites de la zona de crecimiento urbano podía reclamar dependería de las características del suelo. Si este estaba situado en una zona de alto valor agrícola o forestal o en una zona de aguas subterráneas, el propietario podría ampararse en la calificada como *express option* que le legitimaría para construir no más de tres viviendas.

Es interesante notar que lo que se trasluce aquí de nuevo es la defensa del modelo *single home family* latente en la sociología urbana norteamericana. Al igual que en el caso de la señora English, las principales reclamaciones —y las respuestas a las mismas— no giraban tanto en torno a la privación del derecho a urbanizar (*right to develop*), de hacer ciudad —no parece existir una preocupación especial por el hecho urbano—, sino simplemente por los derechos edificatorios.

La nueva regulación recoge, sobre todo, un amplio abanico de posibilidades edificatorias, aunque también algunas urbanizadoras. En cuanto a los posibles derechos adquiridos y vulnerados y el carácter retroactivo de la posibilidad de reclamación de impugnación de los mismos por causa de las limitaciones sobrevenidas a los derechos de propiedad, los tribunales³⁶³ de Oregón han ido dejando claro que serán cuestiones que deberán demostrarse caso a caso en los tribunales. El punto de partida, en todo caso, será el hecho de que el propietario de suelo haya completado cualquier aprovechamiento descrito en la anulación para solicitar indemnización, basándose en la pérdida de derechos adquiridos. Aunque la normativa tampoco deja claro en qué medida ha debido completar el aprovechamiento urbanístico o edilicio de su propiedad para que pueda interponer indemnización utilizando la Measure 37 y la Measure 49.

Ante la inexactitud desreguladora de la norma, los tribunales de apelación han ido estableciendo una serie de criterios para establecer la indemnizabilidad o no de las reclamaciones que incluyen entre otros: las cantidades de dinero invertidas en relación con el coste de establecimiento del uso concreto, el coste, la localización, el tipo de uso —calificación de suelo en el ámbito español— y la medida en que los actos del propietario recaen en el ámbito de la mera preparación para la urbanización o son actos de urbanización en sí mismos.

Oregón logró frenar satisfactoriamente las implicaciones y consecuencias perniciosas que tuvieron las Ballot Measure 37 mediante la adopción de la Ballot Measure 49, pero, quedaba pendiente la resolución de un tema de gran calado: el carácter retroactivo de la Measure 49 con respecto a las anulaciones (*regulatory waivers*) garantizadas expresamente en la Measure 37. Los tribunales no ofrecieron respuestas unívocas: por una parte, en *Citizens for Constitutional Fairness v. Jackson County*³⁶⁴ (*Citizens*) estas anulaciones eran obligatorias y se calificaron como contratos constitucionalmente protegidos que no podían ser alte-

³⁶³ *Clackamas County v. Holmes*, 265 Or. 193, 197, 508 P.2d 190, 192 (1973).

³⁶⁴ *Citizens for Constitutional Fairness v. Jackson County*, n.º 09-35653, (2010).

rados por la Measure 49; y por otra parte, en julio de 2010 la Ninth Circuit of Appeals contradujo al tribunal inferior en *Citizens for Constitutional Fairness v. Jackson County (Citizens II)*, al establecer que las anulaciones de la Measure 37 no suponían en ningún caso un contrato entre el Estado y los propietarios.

5.2. Marco institucional

5.2.1. *Las nuevas tendencias: Smart Growth, New Urbanism*

5.2.1.1. *Smart Growth*

A lo largo de todo este recorrido me he volcado principalmente en las tensiones jurídicas y políticas que la intervención pública sobre los derechos de propiedad y la delimitación de los usos del suelo ha generado. He evitado —conscientemente— sobrepasar el objetivo de este libro, centrado en el análisis concreto de las técnicas de planeamiento y de control del crecimiento urbanístico y de los resultados que estas hayan tenido. Sin embargo, en este punto creo que merece la pena presentar una descripción —probablemente muy generalizada— de la evolución y la crisis de las ciudades estadounidenses para poder entender un poco mejor las reacciones que se están dando en los últimos años. De momento no sabemos si la actual crisis económica servirá de acicate o ralentizador de las mismas y que por otra parte son —a mi juicio— la otra cara de la moneda de los PPRM. El abandono y deterioro de la realidad urbana estadounidense —provocados en parte por un modelo de intervención pública muy segmentado surgido como consecuencia de la zonificación— ha generado igualmente una preocupación profunda.

Como se ha puesto de relieve en capítulos precedentes, el período de reconstrucción tras la Segunda Guerra Mundial y los amplios cambios que se generaron en la forma y la complejidad de las áreas metropolitanas probaron la eficacia de la normativa implantada en las primeras décadas del siglo xx. Con el advenimiento de la era del automóvil, el desarrollo urbanístico en Estados Unidos comenzó a expandirse por amplias zonas —desde la

ciudad central a áreas rurales— de tal forma que marcó profundamente la estructura y la fisonomía de las ciudades o de las no-ciudades. El ambiente político y social del momento apoyaba la financiación de vivienda protegida en las afueras e incentivó una importantísima inversión en infraestructuras de autopistas, que incluía un sistema interestatal. Estos elementos fueron los coadyuvantes de un modelo de asentamientos humanos que difícilmente se resiste a la calificación de urbano, puesto que empujaba el desarrollo fuera de las ciudades más importantes de la nación. Este fenómeno se conoce como *urban sprawl*³⁶⁵ —en español, dispersión urbana, dispersión suburbana, urbanización o suburbanización por desparrame—.

En un principio los estadounidenses —siguiendo sin conocerla esa idea utópica de Arturo Soria: una familia, una casa— se ilusionaron con este modelo idílico de comunidades en los suburbios. Este modelo gozaba de indudables atractivos, grandes jardines, garaje, colegios nuevos, calles seguras y una sensación de promesa cumplida: el sueño americano accesible para todos. Muy pocos criticaban este nuevo modelo de crecimiento y a quien lo hacía no se le tomaba en serio; las palabras renovación, revitalización o sostenibilidad no existían en el vocabulario urbanístico del momento, tampoco la necesidad de instaurar gobiernos metropolitanos.

Sin embargo, la concepción de un modelo eternamente expansivo de dispersión de los asentamientos humanos conduce —inevitablemente— a la desaparición de la ciudad —entendida en un sentido tradicional— que, como vemos en la actualidad, no es del todo sostenible ni acorde con las necesidades ambientales.

Ante este nuevo panorama, el comienzo de una nueva pre-ocupación por las ciudades estadounidenses choca con la existencia de una normativa aprobada en las primeras décadas del siglo XX y cuyas variaciones y modulaciones no han roto con el modelo existente, las *zoning acts* y las *planning enabling acts*.

³⁶⁵ Vid. HOMER HOYT y UNITED STATES FEDERAL HOUSING ADMINISTRATION, *The Structure and Growth of Residential Neighborhoods in American Cities*, U. S. Government Printing Off, Washington, 1939; S. CLARENCE STEIN, *Towards New Towns for America*, University Press, Liverpool, 1951.

Los herederos profesionales de aquel importante grupo de debate que generó y posibilitó la elaboración y aprobación de la Zoning Enabling Act a principios del siglo XX —encabezados, entre otras, por la American Planning Association y posteriormente, por los Building Codes— están en la actualidad proponiendo —mediante una importante e interesantísima *soft law*— nuevos modelos normativos que permitan una gestión y desarrollo urbanísticos con finalidades no exclusivamente desarrollistas, sino desde una concepción global del urbanismo y de las políticas de intervención sobre el territorio.

Los abanderados de esta nueva corriente de pensamiento destacan cuatro razones por las que la legislación y el modelo urbanístico existente ha devenido obsoleto y a partir de las que se intenta construir un nuevo concepto denominado Smart Growth.

En primer lugar, se pone en evidencia la necesidad de dotar al planeamiento urbanístico de una mayor dimensión intergubernamental. En segundo lugar, destaca un cambio de perspectiva en cuanto a la visión del suelo, que —a mi juicio— representa la otra cara de la moneda de los PPRM. Se afirma que la sociedad ya no cree que la tierra, que el suelo se ha convertido en algo que se compra y se vende, un simple objeto de comercio, por lo que se vuelve imperativo destacar su carácter de recurso natural y contar con medios para protegerlo y se entiende que la intensidad y la densidad con la que se proyecte el crecimiento urbano tendrá repercusiones en el futuro. Asimismo, se perciben cambios en cuanto a la apertura y el activismo ciudadano en el diseño y participación de sus comunidades y, por supuesto, una nueva dimensión ambiental que deriva en importantes implicaciones en la legislación urbanística (*land-use control*) y en la protección ambiental.

Desde los años setenta se ha llevado a cabo un proceso de readaptación de los instrumentos estatales mediante la aprobación de leyes de delegación, la determinación del control de los usos del suelo por las entidades locales y la aprobación de importantes Standard Acts. El denominado *Growing Smart Legislative Gui-*

*debook*³⁶⁶, en su última edición del año 2002, desarrolla integralmente —a modo de libro blanco— todos los aspectos relativos al crecimiento, planificación y protección de las ciudades. Es muy interesante observar la flexibilidad y las distintas posibilidades que se ofrecen para tratar este asunto, con sus soluciones y alternativas correspondientes. Son modelos y guías muy flexibles, pero muy prácticos y concretos al mismo tiempo.

Desde esta perspectiva —como indican Nolon y Salkin³⁶⁷—, el Smart Growth no puede definirse de forma unívoca, a diferencia, por ejemplo, del desarrollo sostenible o del Nuevo Urbanismo —cuyos límites están algo más perfilados— en aplicación a las ciudades de la definición genérica del desarrollo sostenible. Encaja, en cambio, con una etiqueta bastante popular —Smart Growth— que identifica esta nueva estrategia urbana de desarrollo y crecimiento dirigida hacia temas muy actuales como la congestión del tráfico, la desaparición de espacios libres, el alto coste de la vivienda y, sobre todo, la disminución de la calidad de vida como consecuencia de la estructura de las nuevas metrópolis.

Para poder implementar estas nuevas estrategias la intervención pública deberá centrarse en dos aspectos cruciales: la designación de áreas geográficas concretas y puntuales en las que la presión privada de crecimiento esté orientada por una parte y la designación y el establecimiento de otras áreas de ocio, conservación y protección ambiental por otra.

El Smart Growth pretende incidir en los denostados efectos de los modelos de crecimiento expansivo estadounidense (*urban sprawl*), en sus defectos y deficiencias, que han dejado una huella latente, derivada de la ordenación municipal llevada a efecto en un determinado momento. Pero no es fácil rehacer o hacer desaparecer las huellas dejadas por las zonificaciones previas, por lo que los defensores de esta nueva corriente proponen recurrir

³⁶⁶ Stuart MECK (ed.), *Growing Smart. Legislative Guidebook. Model Statutes for Planning and the Management of Change*, American Planning Association, Chicago, 2002. Disponible en línea: <http://www.huduser.org/publications/pdf/growingsmart_guide.pdf>. [Consulta: 30/05/2013].

³⁶⁷ John R. NOLON y Patricia E. SALKIN, ob. cit., 2006, pp. 197 y ss.

a los *comprehensive plans* como instrumento que coadyuve a la implementación de estas nuevas políticas. Si bien el carácter normativo, reglamentario o no de estos planeamientos no es algo que preocupe especialmente —pues se plantean distintas posibilidades—, sino que más bien se busca resaltar la necesidad de que se constituya como instrumento de referencia, flexible y operativo.

a. Técnicas e instrumentos para el desarrollo del Smart Growth ³⁶⁸

El crecimiento inteligente o Smart Growth ofrece algunas técnicas de interés, especialmente, en comparación con otras que presentaré después:

- *Cluster zoning* (zonificación agrupada). Ofrece la posibilidad de concentrar usos y aprovechamientos en una parcela superando los máximos establecidos por las ordenanzas siempre y cuando exista una zona que compense ese exceso. El llamado *cluster development* se usa para disminuir el coste de la edificación, para proteger zonas ambientalmente sensibles, para proporcionar cierta diversidad en el desarrollo y urbanización parcelaria, para reservar ciertos terrenos con fines recreativos, de ocio o simplemente para dejar espacios libres. De hecho muchos estados recogen esta figura e incentivan el uso de la misma.

- *Performance zoning* (zonificación condicionada). Técnica que fija estándares para medir el impacto de los proyectos de urbanización (*development projects*) en parcelas colindantes y controlarlo efectos mediante la imposición de condiciones que lo mitiguen.

- *Overlay zoning* (superposición de zonificaciones)³⁶⁹. Es una técnica flexible de zonificación que permite a las entidades locales motivar o ralentizar la urbanización en determinadas áreas.

³⁶⁸ Robert W. BURCHELL, David LISTOKIN y Catherine C. GALLEY, «Smart Growth: More Than a Ghost of Urban Policy Past, Less Than a Bold New Horizon», en *Housing Policy Debate*, vol. 11, n.º 4, 2000, pp. 821-879.

³⁶⁹ Robert J. BLACKWELL, «Overlay Zoning, Performance Standards, And Environmental Protection After Nollan», *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 16, n.º 615, 1989, pp. 619-620.

Una *overlay zone* se define como un mapa que se superpone a los distritos ya zonificados previamente, de esta manera un solar podrá estar regulado simultáneamente por dos ordenanzas (*overlay zoning requirements*).

Este tipo de normas, impensables en nuestros ordenamientos, se han configurado como una técnica para conservar recursos naturales frágiles insertos en entornos urbanos. También pueden ser utilizados como medidas de intervención en barrios deteriorados y que deban ser reurbanizados o rehabilitados, mediante la designación de un área o un distrito de *overlay zoning*. Los urbanizadores pueden ser incentivados para regenerar entornos empobrecidos, contaminados y proporcionar nuevos entornos y dotaciones locales y vivienda barata. Esta técnica permite igualmente que una localidad apruebe distintas ordenanzas superpuestas con finalidades diferentes pero complementarias, como puedan ser al mismo tiempo la conservación y la urbanización, junto a la creación de canales de comunicación —física y jurídica— entre ambas y llevar a cabo su desarrollo simultáneo.

- *Floating zones* (zonas flotantes). Solo su denominación ya resulta atractiva. Este tipo de zonas legitiman y habilitan usos que la comunidad pretende incentivar. En principio, este tipo de zonas se añaden a la ordenanza de zonificación como un distrito zonal (*zoning district*), pero no se inserta inmediatamente en el mapa, sino que la zona queda flotante hasta que es fijada en el lugar o el solar idóneo para recibir tal uso. Dependiendo de la iniciativa del propietario o de la propia localidad —una vez inserta en el mapa— se rezonificará como un pequeño distrito y su desarrollo se rige por el uso, las dimensiones y el resto de previsiones que estableciera la ordenanza flotante.

Normalmente este tipo de determinaciones zonales incluyen una serie de previsiones y controles previos rigurosos acerca del impacto o los efectos del nuevo desarrollo en sus alrededores. La principal finalidad de este instrumento es dotar de flexibilidad a la norma zonal permitiéndole la acomodación o adaptación de nuevos usos del suelo, en la medida en que la comunidad deba adaptarse a cambios coyunturales, pero de una forma controlada. Esta técnica se ha sido utilizado especialmente para el establecimiento

de vivienda protegida, ya que la Administración puede crear distritos cuya calificación sea la de residencial plurifamiliar, pero no fije su establecimiento hasta que los urbanizadores puedan estimar correctamente el lugar idóneo para su localización.

Esta técnica ha recibido el respaldo de la jurisprudencia en sentencias como la *Rodgers v. Village of Tarrytown*³⁷⁰, la cual fue determinante para legitimar este tipo de medidas. El tribunal entendió que la zonificación flotante o determinada entraba dentro de la posibilidad de rezonificación del plan si este suponía un cambio razonable que se fundamentara en el interés general.

- *Traditional neighborhood zoning* (TNZ). Es un mecanismo de zonificación aparecido recientemente como una alternativa a la zonificación tradicional. Similar a las denominadas *Planned Unit Development*, pero más enfocado a la conservación ambiental, la circulación pedestre y la urbanización compacta.

Este tipo de medidas son lideradas especialmente por el movimiento conocido como *New Urbanism* y sus defensores los *new urbanists*, llamados también *neo traditionalists*.

Si la subdivisión zonal, derivada de la zonificación tradicional ha sido calificada como *cookie-cutter subdivisions*, los nuevo-urbanistas pretenden la modificación de las estratificadas ordenanzas para la regeneración o creación de nuevas comunidades vecinales. El problema —critican— es que la tradicional zonificación euclidiana, la establecida desde 1922, mantiene los verdaderos usos del suelo (*the very land uses*) que los barrios tradicionales tenían y sin favorecer una reinstauración de los barrios, ni una mayor variedad y flexibilidad en la zonificación.

La calificación de una zona como TND permite urbanizarla y desarrollarla mezclando usos —su principal objetivo—, en el fondo su principal objetivo es romper con la zonificación misma, cuyo origen persigue la separación de los usos. Aunque es algo contradictorio, tiene sentido.

³⁷⁰ *Rodgers v. Village of Tarrytown*, 302 N.Y. 115 (N.Y. 1951).

Este tipo de zonas no han requerido, en muchos estados, de leyes de delegación para llevar a cabo su implementación, sobre todo en aquellos en los que los tribunales han interpretado restrictivamente la necesidad de que los distritos zonales tengan usos e intensidades homogéneas, porque en el fondo, los TND son medidas antizonificación que pretenden la diversidad, una característica propia —por otra parte— de la ciudad en su origen más primitivo.

- *Planned Unit Development Zoning*. Los denominados PUD zoning provisions permiten el desarrollo de grandes lotes o extensiones de terreno de forma más flexible que la de la ordenanza zonal. Este instrumento permite la compatibilización de usos —residenciales y comerciales entre otros—, el desarrollo y urbanización de los solares con mayores densidades y un diseño urbano más flexible.

- *Transfer of Development Rights o TDR* (Transferencia de derechos de urbanización). Es una técnica que consiste en la posibilidad de transferir el derecho a hacer ciudad —a edificar o al aprovechamiento urbanístico— de un lugar de la ciudad a otro. Generalmente se utiliza con el fin de preservar áreas de especial protección ambiental o de protección del patrimonio histórico —como fue el caso de Penn Central Station en Nueva York³⁷¹—.

Las TDR constan de tres elementos fundamentales: el distrito de llegada es el susceptible de protección ambiental o histórica; el distrito de acogida puede recibir un aumento del aprovechamiento urbanístico y la transferencia de aprovechamiento o crédito de aprovechamiento propiamente dichos. Este último corresponde a la cuantificación del aprovechamiento de los derechos que se venden en el mercado libre, si bien un banco de un TDR también puede permitir las transacciones de este tipo de derechos.

Es muy interesante comprobar que este tipo de técnicas se utilizan frecuentemente para contribuir a la conservación de edificios protegidos transmitiendo los TDR a los propietarios privados en otras zonas o lugares de la ciudad. En la medida en que

³⁷¹ Penn Central Transportation Co. v. New York City, sentencia cit., 1978. Vid. *supra* § 3.1.2.f.

el deber de conservación excede del legítimo deber que deba soportar el propietario este puede ser compensado mediante la atribución de aprovechamientos en otros lugares de la ciudad.

En el caso Penn Central se otorgaron determinados TDR a modo de compensación por la privación de consolidar el aprovechamiento urbanístico zonal establecido en Nueva York. Sin embargo, el tribunal no entró en la consideración de si los TDR eran una medida constitucional de compensación de pago, si bien estos fueron validados con posterioridad en sentencias como *Aptos Seascap Corp. v. Santa Cruz County*³⁷², mientras que en otras —como en *Corrigan v. City of Scottsdale*³⁷³— se consideró que no constituían una justa compensación a una limitación singular del planeamiento.

b. Reacciones estatales y locales al *urban sprawl*³⁷⁴

Las 321 áreas metropolitanas estadounidenses albergan alrededor del 80% de los 280 millones de americanos que viven en Estados Unidos. El denominado *urban sprawl* —dispersión o extensión urbana— ha sido clasificado en tres grandes fenómenos o formas de asentamiento territorial: la expansión en grandes áreas residenciales que se extienden hacia zonas rurales en densidades inferiores a 1500 personas por kilómetro cuadrado; las grandes bandas comerciales o arterias que van de las ciudades a las afueras (*suburbs*) y las zonas aún más diseminadas con densidades más bajas que las anteriormente descritas.

El modelo de expansión urbana estadounidense es fruto de la confluencia de los distintos factores que he ido describiendo hasta el momento: la existencia de una concepción sociológica

³⁷² *Aptos Seascap Corp. v. Santa Cruz County*, 138 Cal. App. 3d 484 (1982).

³⁷³ *Corrigan v. City of Scottsdale*, 720 P. 2d 528 Ariz. App. (1985).

³⁷⁴ La literatura acerca del fenómeno del *urban sprawl* es abundantísima y describe histórica, económica y jurídicamente el fenómeno de expansión y extensión urbana de los Estados Unidos en el último siglo. *Vid.*, entre otros, Tom DANIELS, *When City and Country Collide: Managing Growth in the Metropolitan Fringe*, Island Press, Washington D. C., 1999.

muy arraigada —no tanto sobre el derecho de propiedad como sobre el derecho a urbanizar o a hacer ciudad—, es decir, sobre el derecho a poseer y disfrutar de una vivienda unifamiliar; una profunda mentalidad racista o segregacionista; y las competencias ejercidas por los gobiernos federales y locales.

Aunque las competencias en materia de grandes infraestructuras o vivienda han dependido en gran parte del gobierno federal, con carácter general las autoridades estatales y locales han gozado tradicionalmente de un amplio margen de actuación para fijar sus políticas de suelo y establecer los modelos urbanísticos que cada estado y localidad quiera realizar —tanto desde la perspectiva del planeamiento como en el diseño del modo de participación pública y privada en la obra urbanizadora—.

El *urban sprawl* se contemplaba como la consecución del sueño americano, pero a partir de los años sesenta algunos gobiernos estatales comenzaron a reaccionar ante un crecimiento que —lejos de cumplir el sueño americano— empezaba a generar conflictos estructurales, sociales y económicos de gran calado.

El primero en reaccionar —como recuerda Tom Daniels³⁷⁵— fue el estado de Hawái que aprobó un primer plan estatal en 1961 en el que se dividía el estado en cuatro grandes zonas: zona urbana, rural, agrícola y suelo protegido. Aunque no se prohibían los usos urbanísticos en las zonas rurales y agrícolas, se esperaba que el desarrollo urbano se centrara en las zonas urbanas. Sin embargo, el auge del turismo y el declive de la agricultura propiciaron justamente el modelo contrario: urbanizaciones diseminadas en espacios protegidos.

Desde 1973 el estado de Oregón trabaja con los Gobiernos locales a través de la ya citada Senate Bill 100, la cual dinamizó la realización de mapas de fronteras urbanas (Urban Growth Boundaries) en las que se establecieron previsiones de crecimiento para alrededor de veinte años. Ya he descrito anteriormente las reacciones en contra de este tipo de medidas —que recuerdan a

³⁷⁵ Tom DANIELS, «Smart Growth: A New American Approach to Regional Planning» en *Planning Practice & Research*, vol. 16. n.º 3-4, 2001, pp 271-279.

nuestro tradicional sistema de clasificación de suelo—, la Measure 39 y Measure 47 son el reflejo de la tensión tan viva que la configuración de los derechos de propiedad y los intentos de limitarlos y delimitarlos generan en Estados Unidos.

En este mismo sentido, el estado de Washington aprobó en 1990 la denominada Growth Management Act (conocida como GMA)³⁷⁶ en la que se exponía que el crecimiento descoordinado y no planificado estaba generando una situación peligrosa desde la perspectiva ambiental, el desarrollo económico sostenible y la calidad de vida. Se instaba al gobierno estatal y a los gobiernos locales a aplicar la regulación y el control del crecimiento en Washington mediante la identificación y la protección de áreas calificadas como críticas o especialmente sensibles, la designación de áreas de crecimiento urbano o expansión y la preparación de un planeamiento que determinara los enclaves en los que fuera necesaria una mayor inversión. Esta aproximación —tan familiar en el entorno español— es, junto con el caso de Portland —también citado anteriormente—, una verdadera novedad en el ordenamiento urbanístico estadounidense.

Sin embargo, la peculiaridad de la GMA reside en que estableció una serie de objetivos y una serie de fechas límite para el cumplimiento de estos por parte de los gobiernos locales y a que ofrecía medios para la preparación de planes locales que favorecieran ese cumplimiento, pero dejando un amplio margen de acción para que los objetivos se asumieran como propios y no se percibieran como impuestos.

Pero es posible que fuera el estado de Maryland —con la denominada expresamente como Smart Growth Act³⁷⁷— el que ofrezca el ejemplo de regulación más novedosa por su carácter omnicompreensivo.

De hecho, el término Smart Growth había surgido a raíz del debate originado para la aprobación en 1997 de la Neighborhood

³⁷⁶ La disposición Act (Chapter 36.70A RCW) fue aprobada en la legislatura de 1990.

³⁷⁷ <<http://green.maryland.gov/smartgrowth.html>>. [Consulta: 30/05/2013].

Conservation and Smart Growth Act en el estado de Maryland. Su primer y expreso objetivo no era otro que limitar las prácticas de extensión urbana (*sprawl patterns*), tanto las de carácter residencial como comercial. Entre las razones que motivaron esta ley destacaba una de carácter económico: el Departamento de Planeamiento de Maryland había previsto que el coste público de un modelo urbanístico en extensión en el período 1995-2020 sería diez millones de dólares más caro que si se estableciera un modelo concentrado o intensivo que, además, crearía un modelo de alta densidad y usos mixtos apto para los peatones y mucho más eficiente sobre el suelo.

La conocida como Smart Growth Act se apoyaba en los siguientes pilares:

- *Priority Funding Areas* (establecimiento de zonas de financiación prioritaria). El Estado requiere a los condados y gobiernos locales que identifique áreas de crecimiento prioritario contiguas a asentamientos ya existentes. Una vez identificadas, los gobiernos locales deben enviar sus propuestas al Departamento de Planeamiento del estado de Maryland para su revisión, negociación y aprobación. El Estado establecerá entonces sus garantías y créditos para la construcción de las redes de saneamiento, la construcción de equipamientos públicos y la posibilidad de subvencionar viviendas —en caso de que se autorice la construcción de desarrollos residenciales o comerciales—. Fuera de las áreas establecidas la financiación de las infraestructuras básicas correrá a cargo de los urbanizadores privados.

- *Brownfield Redevelopment Programme* (Programa Brownfields de Reforma). Destinado a la regeneración industrial de zonas especialmente contaminadas.

- *Job Creation Tax Credit* (Tasa de creación de empleo). Promueve la creación de empleo en zonas de financiación prioritaria.

- *Live Near Your Work Programme* (Programa Vivir cerca del trabajo). Al margen de las zonas de financiación prioritaria se establece un sistema de subvenciones para la compra de viviendas antiguas situadas cerca de los lugares de trabajo.

- *Rural Legacy Programme* (Programa de protección del patrimonio rural). Establecido para fomentar la compra de espacios naturales sensibles y derechos agrícolas sobre los mismos.

La lección que se extrae del planteamiento realizado por el estado de Maryland es que la única forma de lograr este objetivo es recurriendo a un tratamiento global y multidisciplinar como la detención del esparcimiento urbano, a través de medidas no solamente urbanísticas en el sentido estricto —como limitaciones de los usos de suelo y densidades—, sino el establecimiento en positivo de medidas de fomento de la concentración, de tipo fiscal de una parte y medidas de fomento y subvenciones de otra.

No existe, sin embargo, una única fórmula para la implementación o el logro del Smart Growth, sino —como las medidas implantadas en Maryland han mostrado— una pluralidad de instrumentos jurídicos y fiscales, medidas de fomento, subvenciones y exenciones que propicien un cambio que requiere, especialmente, una nueva actitud ante el hecho urbano y esto, quizás, sea lo más difícil de cambiar en Estados Unidos.

5.2.1.2. *New Urbanism. El Nuevo Urbanismo ¿un nuevo sueño americano?*

Bajo este sugerente y atractivo título Harald Bodenshatz³⁷⁸ describe el Nuevo Urbanismo descartando en primer lugar lo que no es —una corriente arquitectónica— y poniendo el acento en las dos caras que ofrece este movimiento. Por una parte, el Nuevo Urbanismo se presenta como un movimiento de reforma del urbanismo con metas explícitamente sociopolíticas, a través de su triple expresión: como programa, como nuevo ideario urbanístico y como producto o praxis concreta de cambio de las ciudades —en especial de las ciudades o no-ciudades norteamericanas de las últimas décadas—; y, por otra parte, funciona como motor o productor de ese cambio, es decir como institución formalizada.

La imagen idílica de Seaside³⁷⁹ —la ciudad californiana en la que se considera que nació el concepto de Nuevo Urbanismo

³⁷⁸ Harald BODENSHATZ, «New Urbanism ¿un Nuevo sueño Americano?», en *Urb|jes*, año II, n.º 2, Lima, 2005, pp. 223-236.

³⁷⁹ <<http://www.seasideinstitute.org/newurbanism.php>>. [Consulta: 30/05/2013].

y en la que no casualmente se rodó la película *El Show de Truman*— confiere *a priori* al movimiento una imagen muy *macdonalizada* o *disneylandializada* de este nuevo paradigma que no deja ver el trasfondo profundamente crítico con el modelo de ciudad extensa, extensiva y diseminada —el *urban sprawl*, en definitiva— del urbanismo estadounidense.

El instrumento urbanístico clave para la implantación sobre el territorio del modelo de asentamiento humano estadounidense —llamarlo modelo de ciudad en sentido estricto no me parece preciso— ha sido la zonificación, la cual ha permitido que se cumpla uno de los deseos del sueño americano —el *one family-one home*—. En cambio, el Nuevo Urbanismo no parece que pretenda erigirse en una herramienta jurídica concreta, sino en la corriente de ideas y principios que logre vertebrar proyectos concretos que propicien un nuevo modelo de ciudad.

En la realidad urbana estadounidense, el imparable *urban sprawl* es un hecho y el Nuevo Urbanismo no puede ni pretende recomponerlo, ni destruirlo —como ha ocurrido en otros casos en la historia del urbanismo³⁸⁰—, pero aglutina opiniones, experiencias y debates académicos en los que se critica el *urban sprawl*, y no solo eso se muestra como un modelo ineficiente, insostenible en el tiempo y perjudicial incluso para el conjunto de la sociedad norteamericana, sino que propone alternativas al mismo.

El documento fundacional del New Urbanism como programa o ideario de una nueva forma de hacer ciudad —*Charter of the New Urbanism* aprobada en el Congress for New Urbanism de 1999— recuerda a los principios del documento aprobado por la Comisión Europea en 1997 —*Hacia una política urbana de la Unión Europea*— del que me ocupé en otro estudio³⁸¹.

El primer Congreso para el Nuevo Urbanismo³⁸² visualizó la falta de inversión en las ciudades centrales, el avance de la expan-

³⁸⁰ El modelo haussmaniano de renovación urbana partía de la destrucción de la ciudad preexistente. Vid. Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, ob. cit., 2002.

³⁸¹ Vid. Anexo A, texto 5.

³⁸² <<http://www.cnu.org/history>>. [Consulta: 30/05/2013].

sión urbana descontrolada, la segregación cada vez mayor por raza o ingresos, el deterioro ambiental, la pérdida de tierras agrícolas y silvestres, y la erosión del patrimonio edificado de la sociedad como un desafío interrelacionado para la creación de comunidades:

NOS IDENTIFICAMOS con la restauración de las ciudades y los centros urbanos existentes dentro de regiones metropolitanas coherentes, la reconfiguración de barrios periféricos de crecimiento descontrolado a comunidades de verdaderos vecindarios, la preservación de los entornos naturales, y la conservación de nuestro legado arquitectónico.

RECONOCEMOS que las soluciones físicas por sí solas no resolverán problemas sociales y económicos, pero tampoco pueden sostenerse una economía saludable, una estabilidad comunitaria y un medio ambiente natural sin el respaldo de un marco físico coherente.

ABOGAMOS por la reestructuración de la política pública y las prácticas de desarrollo para respaldar los siguientes principios:

Los vecindarios deben tener diversidad en uso y población.

Las comunidades deben estar diseñadas tanto para el tránsito del peatón y el transporte público, así como para el automóvil; las ciudades y pueblos deben estar formados por espacios públicos e instituciones comunitarias bien definidas y universalmente accesibles; los lugares urbanos deben estar rodeados de arquitectura y diseño de paisajes que realcen la historia local, el clima, la ecología y las prácticas de construcción.

REPRESENTAMOS una amplia base de ciudadanos, compuesta por líderes del sector público y privado, activistas comunitarios y profesionales multidisciplinares. Estamos comprometidos a restablecer la relación entre el arte de construir y el hacer de la comunidad, a través de la planificación y el diseño participativo fundamentado en los ciudadanos.

DEDICAMOS a reclamar nuestros hogares, manzanas, calles, parques, vecindarios, barrios, ciudades, regiones y medio ambiente.

ASUMIMOS que los siguientes principios deben guiar la política pública, la práctica del desarrollo, del planeamiento y del diseño urbano:

Región, metrópolis, ciudad y pueblo:

1. Las regiones metropolitanas son lugares con límites geográficos derivados de la topografía, cuencas, las líneas costeras, las áreas agrícolas, los parques regionales y los valles de ríos. La metrópolis consiste en múltiples centros que son ciudades, pueblos y aldeas, cada uno con su propio centro y límites identificables.

2. La región metropolitana es una unidad económica fundamental del mundo contemporáneo. La cooperación gubernamental, la política pública, la planificación física y las estrategias económicas deben reflejar esta nueva realidad.

3. La metrópolis tiene una necesaria y frágil relación con su tierra interior agraria y sus paisajes naturales. La relación es ambiental, económica y cultural. Las tierras agrícolas y la naturaleza son tan importantes para la metrópolis como el jardín lo es para la casa.

4. Los patrones de desarrollo no deberían borrar o erradicar los bordes de la metrópolis.

El desarrollo dentro de áreas urbanas existentes conserva los recursos ambientales, la inversión económica y la trama social, al mismo tiempo que se recuperan áreas marginales y abandonadas.

Las regiones metropolitanas deberían desarrollar estrategias para fomentar este desarrollo del repoblamiento sobre la expansión periférica.

5. Donde sea apropiado el nuevo desarrollo urbano contiguo a una zona habitada debería ser organizado como vecindario y municipio, y ser integrado en los existentes patrones urbanos. El desarrollo no contiguo debería ser organizado como pueblos y aldeas con sus propios bordes urbanos y planificados con su propio equilibrio trabajo-vivienda, no como ciudades dormitorio.

6. El desarrollo y redesarrollo de pueblos y ciudades deberían respetar patrones, precedentes y marcos históricos.

7. Las ciudades y pueblos deberían poner a su disposición un amplio espectro de usos públicos y privados para res-

paldar una economía regional que beneficie a gente de todos los ingresos.

Deberían distribuirse viviendas asequibles a través de la región para equiparar las oportunidades de trabajo y evitar concentraciones de pobreza.

8. La organización física de la región debería estar respaldada por un marco de alternativas de transporte. El transporte público, peatonal y en bicicleta deberían maximizar el acceso y la movilidad a través de la región para reducir la dependencia en el automóvil.

9. Los ingresos y recursos deberían compartirse más cooperativamente dentro de las municipalidades y centros dentro de la región para evitar una competencia destructiva por los impuestos recaudados y para promover la coordinación regional de transporte, recreación, servicios públicos, vivienda e instituciones comunitarias.

El vecindario, el distrito y el corredor:

1. El vecindario, el municipio y el corredor son los elementos esenciales del desarrollo y redesarrollo de la metrópolis. Conforman áreas identificadas que incentivan a los ciudadanos a tener la responsabilidad de su manutención y evolución.

2. Los vecindarios deberían ser compactos amigables para el uso peatonal y de uso mixto. Las zonas comunes generalmente ponen énfasis en usos únicos especiales y deberían seguir los principios de diseño vecinal cuando sea posible. Los corredores son conexiones regionales de vecindarios y municipios: pueden ser desde bulevares y líneas de trenes hasta ríos y parques.

3. Muchas actividades del quehacer diario deberían ubicarse de tal forma que se pueda acudir a ellos a pie, otorgando independencia a aquellos que no conducen, especialmente la tercera edad y los jóvenes.

Una red interconectada de calles debería diseñarse para fomentar el desplazamiento a pie, reducir el número y la duración de viajes en vehículo y ahorrar energía.

4. Dentro de los vecindarios, un amplio rango de tipos y precios de vivienda puedan facilitar que gente de diversas edades e ingresos mantengan interacciones a diario, fortaleciendo así los lazos personales y cívicos esenciales para una auténtica comunidad.

5. Los corredores de tránsito, cuando son planeados y coordinados correctamente, puedan ayudar a organizar la estructura metropolitana y revitalizar los centros urbanos. En contraste con esto, los corredores de autopista no deberían desplazar la inversión de los centros.

6. Las densidades de construcción. Las densidades de construcción apropiadas y el uso de suelos deberían ubicarse a una distancia razonable que permita caminar a paradas y estaciones de transporte público para favorecer de este modo que el transporte público se transforme en una alternativa viable al automóvil.

7. Las concentraciones de actividades cívicas, institucionales y comerciales deberían estar arraigadas en vecindarios y comunidades, no aisladas en complejos remotos de uso único. Las escuelas deberían tener el tamaño y la ubicación geográfica adecuadas para permitir a los alumnos caminar o ir en bicicleta a ellas.

8. La salud económica y la evolución armónica de vecindarios, municipios y corredores pueden mejorarse a través de códigos de diseño urbano gráfico que sirvan como guías predecibles de cambio.

9. Un rango de parques, desde parques seguros para los más pequeños, plazas, campos de juego y jardines comunitarios deberían distribuirse dentro de los vecindarios. Las áreas de conservación y los espacios abiertos deberían usarse para definir y contactar diferentes vecindarios y municipios.

La manzana, la calle y el edificio:

1. Una tarea primordial de toda arquitectura urbana y paisajista es la definición física de calles y espacios públicos como lugares de uso compartido.

2. Los proyectos arquitectónicos individuales deberían estar perfectamente vinculados a su entorno.

Esta tarea trasciende el estilo.

3. La revitalización de lugares urbanos depende de cuán seguros sean. El diseño de calles y edificios debería reforzar entornos seguros, pero no a expensas de la accesibilidad y apertura.

4. En la metrópolis contemporánea el desarrollo debería acomodarse adecuadamente a los vehículos. Esto debería realizarlo en maneras que respeten al peatón y a las formas de espacio público.

5. Las calles y plazas deberían ser seguras, cómodas e interesantes para el peatón.

Correctamente configuradas, fomentan el caminar y permiten a los vecinos conocerse y proteger sus comunidades.

6. El diseño arquitectónico y del paisaje debería nacer del clima, topografía, historia y prácticas de construcción locales.

7. Los edificios cívicos y lugares de concentración pública requieren de sitios importantes para reforzar la identidad de la comunidad y la cultura de democracia. Merecen tener una forma distintiva, pues sus roles son diferentes a los de otros edificios y lugares que constituyen la trama social de la ciudad.

8. Todos los edificios deberían proporcionar a sus habitantes un claro sentido del lugar, clima y tiempo en la que se encuentran. Métodos naturales de calefacción y climatización pueden ahorrar más recursos que los sistemas mecánicos.

9. La preservación y renovación de edificios históricos, comunes y paisajes afirman la continuidad y evolución de la sociedad urbana³⁸³.

Desde una perspectiva práctica, el Nuevo Urbanismo está representado por proyectos y planes municipales que —bajo el auspicio del Congress for New Urbanism (CNU)— representan esta nueva forma de hacer ciudad, más densa y habitable, más humana en suma. Quieren responder a la llamada a la ruptura

³⁸³ Traducido del CONGRESS FOR THE NEW URBANISM, *Charter of the New Urbanism*, McGraw-Hill Professional, 1999.

del modelo urbanístico de suburbios estadounidense que reside ya, que duda cabe, en nuestras retinas como memoria histórica-urbana del concepto de residencia estadounidense, al igual que Nueva York responde al concepto de metrópoli del siglo xx —en el futuro se comprobará si las también nuevas ciudades saudíes no desbancan esta imagen en el siglo xxi—.

Comienza a existir cierta identificación del plan *nuevourbanista* con proyectos que siguen la estela de Seaside, como Water Color, que ha absorbido físicamente al propio Seaside y que se encuadra dentro de los proyectos de segunda residencia o *resorts* de ocio. También surgen nuevos proyectos propiamente urbanos y no solo ciudades de vacaciones como Kentlands³⁸⁴ —reconocida como uno de los modelos del New Urbanism, aunque de hecho responde a una tipología residencial y socioeconómica cuyas pautas son las mismas que generaron la zonificación, puesto que el 99% de los habitantes de esta ciudad modélica son blancos, por lo tanto, nada demasiado nuevo bajo el sol—.

Si Kentlands es un modelo doméstico, Celebration es la multinacional del New Urbanism, una ciudad creada por Disney.

Sin embargo, el gran reto del Nuevo Urbanismo no es la construcción de ciudad *ex novo* —algo que, al fin y al cabo y a la vista de los proyectos surgidos, no resulta tan complejo—, sino la reforma de la expansión urbana ya existente, los proyectos de reforma interior y construcción o reconstrucción de los centros urbanos, de los que ya existen algunos ejemplos a seguir, como el centro histórico de Memphis, la conocida State Street en Chicago o el Liberty Harbor de Nueva York. Por su parte, el New Urbanism también ha hecho sus tentativas en el ámbito de la vivienda social a través del programa HOPE VI.

Pero es quizás la vertiente académica del New Urbanism la que más éxitos está cosechando. Desde el lanzamiento del primer Congress for the New Urbanism (CNU) en 2002 se han multi-

³⁸⁴ Charles C. Tu y Mark J. EPPLI, «Valuing New Urbanism: The Case of Kentlands», en *Real Estate Economics: Journal of the American Real Estate and Urban Economics Association*, vol. 27, n.º 3, 1999, pp. 425-451.

plicado estos encuentros interdisciplinarios de una gran riqueza y mayor complejidad por su grado de internacionalidad e interdisciplinariedad, que a veces hace sentir cierto vértigo en cuanto a la posibilidad real de aterrizar y concretar resultados entre tanta propuesta dispersa y multicolor.

5.2.2. Crisis económica y urbanismo en Estados Unidos

Hasta aquí todas las cuestiones constitucionales debatidas acerca del derecho de propiedad y la regulación de los usos de suelo por los poderes públicos, mediante regulaciones administrativas que pudieran calificarse como de pseudoexpropiatorias o de expropiatorias propiamente dichas se han analizado en un abanico temporal que se cierra en el año 2010. Todas las referencias son de estas fechas y no es casualidad que desde 2007 hasta ahora haya cierto vacío, no organizado, precisamente por los efectos colaterales de las sentencias Lingle y Kelo o por la legislación sobre expropiación forzosa aprobada por los estados, sino por la crisis inmobiliaria y financiera que ha desencadenado una crisis global y que ha generado una caída de los mercados que no se había vivido desde la Gran Depresión.

Quizás, por tanto, todo el panorama descrito hasta ahora sea ya agua pasada, en el sentido de que los posibles escenarios a los que apuntaba con anterioridad, queden reconfigurados por la necesidad imperiosa de una reconstrucción económica, no solo en el ámbito estadounidense, sino a escala internacional.

Edward Bassett y Harvey Jacobs entienden que el estudio del impacto de las legislaciones estatales en la era post-Kelo debe ser recontextualizado. En la actualidad, los gobiernos locales, estatales y nacionales están centrados en las secuelas y las repercusiones del colapso de las *subprime mortgage*, de la recesión y sus repercusiones sistémicas en las economías domésticas. Los gobiernos locales y los estados mantienen tensas discusiones sobre la prestación de los servicios locales y estatales, dado que la tasa sobre la propiedad (*property tax*) y las *income tax bases* que soportan estos servi-

cios han decaído algunas veces de forma significativa y otras, precipitada y estrepitosamente ³⁸⁵.

El tema de discusión —porque es necesaria una solución— es la crisis, pero lo que es interesante y relativamente nuevo —y lo que revela la profundidad de la recesión—, es que hasta ahora cuando los gobiernos locales se encontraban en momentos de crisis fiscal acudían a los gobiernos estatales para solicitar su ayuda y viceversa, y cuando los estados se encontraban en una crisis paralela se dirigían hacia el Gobierno de la nación. ¿Qué ocurre ahora? La profundidad de la depresión se revela en esta incapacidad general de los gobiernos, en todos los niveles —local, estatal o nacional—, puesto que sus propias situaciones fiscales están estancadas o incluso en declive.

En el marco de este panorama es en el que deberán ser examinadas, evaluadas y también implementadas las medidas que apuntaba previamente y los nuevos parámetros legislativos establecidos por las sentencias Kelo y Lingle.

En los casos en los que haya estados y entidades locales que no tengan una economía pujante o que estén inmersos en una espiral descendente —como apuntan los precitados autores el planeamiento y la potestad expropiatoria— probablemente serán re-examinados o quizás puedan resurgir en su defensa ya que las comunidades y localidades afectadas severamente por la crisis económica quizás solo puedan acudir a la expropiación forzosa como única medida que permita la revitalización de barrios degradados y abandonados por la crisis económica y revitalizar de esta forma el desarrollo económico. La temida resistencia de los propietarios quizá se transmute del «Why me?» a un «To me, please!».

Sin embargo, y tras analizar el caso de Oregón, es evidente que ante esta nueva situación, los intereses de los defensores del Wise-Use Movement —la protección de la propiedad privada—

³⁸⁵ Vid., Harvey M. JACOBS; Edward M. BASSETT, «After Kelo Political Rhetoric and Policy Responses», en *Land Lines*, vol. 22, n.º 2, Cambridge (Mass.), 2010, pp. 14-20.

han decaído, pero si reorientan sus estrategias una vez logrados tan amplios avances en el ámbito de la legislación estatal, quizás estas se conviertan incluso en perjudiciales para los propios propietarios, pues dificultan en mayor medida el saneamiento y revitalización urbana y económica de las poblaciones estadounidenses.

Como se ha observado hasta este momento, es cierto que los PPRM han logrado cambiar la perspectiva del debate en torno a la expropiación en cierto grado. Ya no es solo el uso público lo que debe estar legitimado, sino que también la magnitud y la distribución de las cargas deben ser evaluadas. Sin embargo, este cambio no implica —y menos en estos momentos de crisis económica tan profunda— que las prácticas administrativas hayan cambiado radicalmente, por lo que, quizás, este sea el nuevo campo de batalla en el que los defensores del *Wise-Use Movement* querrán combatir en adelante.

Reflexión final

El acercamiento a un ordenamiento urbanístico comparado me ha resultado siempre fascinante, no sólo por las evidencias y los puntos de encuentro que, partiendo de aquello que creemos sabido, (nuestra propia realidad, nuestros ordenamientos siempre enfrentados y dispuestos a la expansión urbana y en constante lucha competitiva, nuestro casi mítico y peculiar sistema de clasificación de suelo y la presunción implícita o explícita de que «hacer ciudad» entra dentro de las prerrogativas del derecho de propiedad y son los propietarios los que, con carácter preferente, ya sea como propietarios o como urbanizadores ejecutaran el planeamiento urbanístico, siempre proclive al ensanche y la extensión urbana), sino porque también supone viajar intelectualmente, y a veces también físicamente y romper con nuestros circunloquios intelectuales, y también físicos (de casa a la facultad, de la facultad a casa), un urbanista necesita palpar la ciudad, oírla respirar, pasearla, estudiarla.

La aproximación a una nueva realidad como el urbanismo estadounidense debe implicar entenderla desde sus propios parámetros, desde su realidad legislativa, jurisprudencial, social y antropológica, es cierto que en muchas ocasiones, espero que hayan sido las menos en esta obra, nos acercamos con una estructura preconfigurada que impide ver la realidad tal cual es.

A lo largo de estos años en los que este libro se ha ido cocinando creo que he logrado aprehender, y ese era mi objetivo, qué es lo que verdaderamente mueve el urbanismo en Estados Unidos y quizás, sin ánimo de resultar excesivamente simplista me quedaría con las siguientes constataciones. Seis años para, como el alquimista, terminar destilando lo que parece ser la esencia del urbanismo estadounidense.

De una parte y tal y como hemos mostrado en los dos primeros capítulos la historia de la regulación sobre el derecho de propiedad y la intervención administrativa en los

usos del suelo refleja un poderoso *pólice power* frente a una idea excesivamente mitificada de la libertad y la propiedad.

De otra parte la construcción jurisprudencial de conceptos como las *takings* no ha favorecido, ni mucho menos, la existencia de un debate profundo sobre lo que verdaderamente es o debería ser de interés en el urbanismo; los límites de la discrecionalidad administrativa, la búsqueda de una delimitación conceptual más clara de lo que haya de ser el interés general en la ciudad.

Y, por último, y quizás la asunción latente e implícita más rotunda, más peculiar, más atroz, que nace en el momento de la validación de la zonificación, y que está detrás de la regulación urbanística estado-unidense es el esfuerzo, soterrado a veces, muy expreso después por proteger un modelo de ciudad, o de no-ciudad, donde a través de la técnica zonificadora se protege el *single (White) family home* detrás del cual subyace un deseo de protección y exclusión racial cuya fuerza y gravedad hacen entender el porqué de ordenanzas zonificadoras tan poco permeables, en comparación con otros ordenamientos más cercanos a nosotros en los que los usos mixtos se dan por descontado.

Al mismo tiempo hacer un intento, como es esta obra de sintetizar las principales tensiones jurídicas y políticas en tan corto espacio deja siempre cierta sensación de no haber profundizado en exceso, de no haber podido recalcar en todos y cada uno de los ordenamientos de cada estado para poder verdaderamente «sonsacar» su auténtico espíritu.

Aún así puedo decir con satisfacción que teniendo ya el libro prácticamente terminado tuve ocasión de acudir a la Conferencia internacional de la Planning Law and Property Rights Association, en Portland, en marzo de 2013 y en ella pude evidenciar y compartir a través del diálogo y el encuentro fructífero entre colegas de gran peso académico en Estados Unidos (Rachelle Altermann, Harvey Jacobs, Sonia Hirt, Jerold Kayden, entre otros), cómo aquello que he intentado reflejar en este libro constituye en síntesis el debate más actual que en torno al urbanismo y los usos del suelo se da en los Estados Unidos.

En Madrid, en el día de la Virgen de la Asunción, 15 de agosto de 2013.

Bibliografía

- ALEXANDER, C.; ISHIKAWA S.; SILVERSTEIN, M., *A Pattern Language. Towns. Buildings. Construction*, Oxford University Press, Nueva York, 1977.
- ALTERMAN, R. et al., *Takings international. A comparative Perspective form Land Use Regulations and Compensation Rights*, American Bar Association Publications, Chicago, 2010.
- ANDERSON, M., *The Federal Bulldozer. A Critical Analysis of Urban Renewal, 1949-1962*, M. I. T. Press, Cambridge (Mass.), 1964.
- BABCOCK, R. F., *The Zoning Game: Municipal Practices and Policies*, University of Wisconsin Press, Madison, 1966.
- BARON, J. B., «Winding Toward the Heart of the Takings Muddled: Kelo, Lingle and Public Discourse about Private Property», en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 34, n.º 2, 2006, pp. 613-655. Disponible en línea: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ulj/vol34/iss2/2/>> [Consulta: 30/05/2013].
- BARROS B., «At Last, Some Clarity: The Potential Long-Term Impact of Lingle v. Chevron and the Separation of Takings and Substantive Due Process», en *Albany Law Review*, vol. 69, n.º 345, 2005, pp. 343-356.
- BARROS B., «Berman v. Parker, 348 U. S. 26 (1954)», en *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States*, David S. Tanenhaus, Gale, 2008, p. 140.
- BASSETT, E. M., *Zoning*, 1.ª ed. 1922, Bibliolife, Charleston, 2009.
- BETANCOR, A., *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- BLACKWELL, R. J., «Overlay Zoning, Performance Standards, And Environmental Protection After Nollan», *Boston College Environmental Affaires Law Review*, vol. 16, n.º 615, 1989, pp. 619-620.
- BLAESSER, B. W.; WEINSTEIN A. C., *Federal Land Use Law and Litigation*, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Illin.), 2012.
- BLODGETT, A. D., «Lessons form Oregon's Battle over Measure 37 and Measure 49: Applying the Reserved Powers Doctrine to Defend Land Use Regulations», en *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 26, 2011, pp. 259-286. Disponible en línea: <<https://scholarsbank.uoregon.edu/xmlui/bitstream/handle/1794/11463/Blodgett.pdf?sequence=1>> [Consulta: 30/05/2013].
- BOSSELMAN F. P.; CALLIES, D., *The Quiet Revolution in Land Use Control*, U. S. Government Printing Office, Washington D. C., 1972.

- BOSSELMAN, F. et al., *The Taking Issue: A Study of the Constitutional Limits of Governmental Authority to Regulate the Use of Privately-owned Land Without Paying Compensation to the Owner*, U. S. Government Printing Office, Washington D. C., 1973.
- BRAUNEIS, R., «The Foundation of Our “Regulatory Takings Jurisprudence”: The Myth and Meaning of Justice Holmes’ Opinion in *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*», en *Yale Law Journal*, 1996, vol. 106, pp. 613-702.
- BREWER-CARÍAS, A. R., *La ciudad ordenada*, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- BROOKS, A. V. N., «The Office File Box-Emanations from the Battlefield» en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, Chicago, 1989, pp. 3 ss.
- BROOKS, M. P., *Planning Theory for Practitioners*, APA-Planners Press, Chicago, 2002.
- BROWN, G., *The Plan of L’Enfant for the City of Washington and Its Effect upon the Future of the Development of the City*, Records of the Columbia Historical Society, Washington, D. C., vol. 12, 1909, pp. 1-20.
- BURCHELL, R. W.; LISTOKIN, D.; GALLEY, C. C., «Smart Growth: More Than a Ghost of Urban Policy Past, Less Than a Bold New Horizon», en *Housing Policy Debate*, vol. 11, n.º 4, 2000, 821-879.
- CANAVAN, D., *What is a TDR?*, Conferencia patrocinada por el Land Conservancy of San Luis Obispo County, California, 20 de marzo de 1993.
- CHAPLIN, J. E., *An Anxious Pursuit: Agricultural Innovation and Modernity in the Lower South, 1730-1815*, Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, Virginia, 1993.
- CHERNOW, R., *Alexander Hamilton*, Penguin, Nueva York, 2004.
- CLARK, W. (ed.), *The State Record of North Carolina*, Estado de Carolina del Norte, Winston-Goldsboro, 16 vols., 1895-1907.
- COGAN, A., «The Next Forty Years: An Approach to State-wide Growth Management in Oregon», comunicación presentada en Property Rights and a Changing Economy. 7th International Conference PLPR (13-15 de febrero de 2013), Portland, Oregón.
- COMMITTEE ON LAND USE, PLANNING AND ZONING; BURCH, D. R. (Chairman), «Land Use Controls: Requiem for Zoning and Other Musings Of The Year 1982», en *Urban Lawyer*, n.º 15, 1983, pp. 879 ss.
- CULLINGWORTH, J. B., *The Political Culture of Planning: American Land Use Planning in Comparative Perspective*, Routledge, Londres, 1993.
- DANIELS, T., «Smart Growth: A New American Approach to Regional Planning», en *Planning Practice & Research*, vol. 16, n.º 3-4, 2001, pp. 271-279.

- DANIELS, T., *When City and Country Collide: Managing Growth in the Metropolitan Fringe*, Island Press, Washington D. C., 1999.
- DAVIDSON, N. M., «Sketches for a Hamiltonian Vernacular as a Social Function of Property», en *Fordham University Law Review*, 2011, vol. 80, n.º 01, pp. 1053-1070.
- DEL OLMO ALONSO, J., «Urbanismo y medio ambiente: dos realidades jurídicas inseparables», en *El derecho urbanístico del siglo XXI. Homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp. 429 ss.
- DELOGU, O. E., «Local Land Use Control: An Idea Whose Time Have Passed», en *Maine Law Review*, vol. 36, Portland (Maine), 1984, pp. 261-310.
- DELOGU, O. E., «The Dilemma in Local Land Use Control: Power Without Responsibility», en *Maine Law Review*, vol. 33, n.º 1, Portland (Maine), 1981, pp. 15-34.
- DELOGU, O. E., *Maine Land Use and Zoning Control*, Butterworth Legal Publishers, Austin, 1992.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», en *InDret*, n.º 1, Barcelona, 2012.
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé: depuis le Code Napoléon*, Félix Alcan, París, 1912.
- EAGLE, S. J. «The Birth of the Property Rights Movement», en *Cato Policy Analysis*, n.º 404, Washington D. C., 2001, pp. 1-39.
- ECHVERRÍA, J., «The Death of Regulatory Takings», en *Ecology Law Quarterly*, vol. 34, 2007, pp. 291-297. Disponible en línea: <<http://www.vermontlaw.edu/Documents/102009theDeathOfRegulatoryTakings.pdf>> [Consulta: 30/05/2013].
- ELKINS, S.; MCKITRICK, E., *The Age of Federalism: The Early American Republic, 1788-1800*, Oxford University Press, 1995.
- ELLIOT, D. L., *A Better Way to Zone. Ten Principles to Create More Livable Cities*, Island Press, Washington D. C., 1957.
- EPSTEIN, R. A., *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985.
- EWING R., *Best Development Practices: Doing the Right Thing and Making Money at the Same Time*, APA-Planners Press, Chicago, 1996.
- FAIRFIELD, J. D., «The Scientific Management of Urban Space. Professional City Planning and the Legacy of Progressive Reform», en *Journal of Urban History*, vol. 20, pp. 179-204
- FALUDI, A. (ed.), *A Reader in Planning Theory*, Pergamon Press, Oxford, 1973.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Estética y paisaje urbano. La intervención administrativa en la estética de la ciudad*, La Ley, Madrid, 2011.

- FISCHEL, W. A., *Regulatory Takings: Law, Economics and Politics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1995.
- FISCHEL, W. A., *The Economics of Zoning Law: A Property Rights Approach to American Land Use Controls*, Johns Hopkins, Baltimore, 1987.
- FOLSOM, R. E., «Executive Order 12,630: A President's Manipulation of the Fifth Amendment's Just Compensation Clause to Achieve Control over Executive Agency Regulatory Decision making», en *Boston College Environmental Review*, vol. 20, n.º 639, 1993, pp. 658-669.
- FRIEDMAN, L. M., *A History of American Law*, Simon and Schuster, Nueva York, 1985.
- FRIEDMANN, J., «Urban Communes, Self Management and the Reconstruction of the Local State», en *Journal of Planning Education and Research*, vol. 2, n.º 1, 1982, pp. 37-53.
- HAAR, C. M., *Suburbs under Siege: Race, Space and Audacious Judges*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1996.
- HAAR, C. M.; KAYDEN, J. S., (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, 1989.
- HALDEMAN, B. A., «The Control of Municipal Development by the "Zone System" and Its Application in the United States», en *Proceedings of the Fourth National Conference on City Planning* (Boston 27-29 de mayo de 1912), Boston, Mass., 1912, pp. 173-188. Disponible en línea: <<http://www.library.cornell.edu/Reps/DOCS/halde'12.htm>> [Consulta: 30/05/2013].
- HANLY-FORDE, J.; HOMSY, G.; LIEBERNECHT, K.; STONE, R., «Transfer of Development Rights Programs. Using the Market for Compensation and Preservation», Cornell University, Department of City and Regional Planning [s. a.]. Disponible en línea: <<http://www.mildredwarner.org/gov-restructuring/privatization/tdr>>. [Consulta: 30/05/2013].
- HART, J. F., «Colonial Land Use Law and Its Significance for Modern Takings Doctrine», en *Harvard Law Review*, 1996, vol. 109, pp. 1252-1300.
- HART, J. F., «Land Use Law in the Early Republic and the Original Meaning of the Takings Clause», en *Northwestern University Law Review*, 2000, vol. 94, n.º 4, pp. 1099-1156.
- HAYDEN, D., *Redesigning the American Dream. The Future of Housing, Work and Family Life*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 1984.
- HENIG, J., «Privatization in the United States: Theory and Practices», en *Political Science Quarterly*, vol. 104, n.º 4, 1989-1990, pp. 649-670.
- HENING, W. (ed.), *The Statutes at large; being a collection of all the laws of Virginia*, 2.ª ed., Virginia, 1823.

- HIRT, S., «Mixed Use by Default: How the Europeans (Don't) Zone», *Journal of Planning Literature*, vol. 27, n.º 4, 2012, pp. 375-393.
- HORWITZ, M. J., *The Transformation of American Law, 1780-1860 (Studies in Legal History)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977.
- HOWE, F. C., *The City: The Hope of Democracy*, Charles Scribner's Sons, Nueva York, 1905.
- HOYT, H.; UNITED STATES FEDERAL HOUSING ADMINISTRATION, *The Structure and Growth of Residential Neighborhoods in American Cities*, U. S. Government Printing Off, Washington, 1939.
- JACKSON, K. T., *Crabgrass Frontier. The Suburbanization of the United States*, Oxford University Press, Nueva York, 1985.
- JACOBS, H. M., *State Property Rights Laws: The Impacts of Those Laws on My Land*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (Mass.), 1999.
- JACOBS, H. M., *The «Taking» of Europe: Globalizing the American Ideal of Private Property?*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (Mass.), 2006.
- JACOBS, H. M.; BASSETT, E. M., «After Kelo Political Rethoric and Policy Responses», en *Land Lines*, vol. 22, n.º 2, Cambridge (Mass.), 2010, pp. 14-20.
- JACOBS, J., *The Death and Life of Great American Cities*, Modern Library Edition, Nueva York, 1993.
- JEFFERSON, T. *The Papers of Thomas Jefferson*, Julian P. BOYD (ed.), vol. 17, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1965.
- JOHNSON, D. A., *Planning the Great Metropolis: The 1929 Regional Plan of New York and Its Environs*, E. & F.N. SPON, Londres, 1996.
- JOHNSTON, R. A.; MADISON, M. E., «From Landmarks to Landscapes: A Review of Current Practices in the Transfer of Development Rights», en *Journal of the American Planning Association*, vol. 63, n.º 3, 1997, pp. 365-378.
- KATZ, P., *The New Urbanism. Towards an Architecture of Community*, McGraw-Hill, Nueva York, 1993.
- KAYDEN, J. S., «Judges or Planners: Limited or General Partners» en Charles M. HAAR; Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, Chicago, 1989, pp. 223-251.
- KAYDEN, J. S., «National Land-Use Planning in America: Something Whose Time Has Never Come», en ALTERMAN, R. (ed.), *National-Level Planning in Democratic Countries: An International Comparison of City and Regional Policy-Making*, Liverpool University Press, Liverpool, 2000.
- KOBACH, K. W., «The Origins of Regulatory Takings: Setting the Record Straight», en *Utah Law Review*, 1996, vol. 1211, pp. 1265-1285.

- KRUECKEBERG, D. A., «The Difficult Character of Property. To Whom Things Belong?», en *Journal of the American Planners Association*, 1995, vol. 61, n.º 3, pp. 301-309.
- LANE, R., «Transfer of Development Rights for Balanced Development», en *Land Lines*, vol. 10, n.º 2, Boston, 1998. Disponible en línea: <http://www.lincolninst.edu/pubs/424_Transfer-of-Development-Rights-for-Balanced-Development> [Consulta: 30/05/2013].
- LAZARUS, R. J., «Putting the Correct “Spin” on Lucas», en *Stanford Law Review*, vol. 45, 1992-1993, pp. 1411-1432.
- LEE, F. G., «Transferable Development Rights and the Deprivation of All Economically Beneficial Use: Can TDR’s Salvage Regulations that Would Otherwise Constitute a Taking?», en *Idaho Law Review*, vol. 4, n.º 3, 1998, pp. 679-710.
- LEHRER, U. A.; MILGROM, R., «New (Sub)Urbanism: Countersprawl or Repackaging the Product», en *Capitalism, Nature, Socialism*, vol. 7, n.º 26, 1996, pp. 49-64.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- LYON, J. B. (ed.), *Laws and Ordinances of the New Netherlands. The Colonial Laws of New York*, 5 vols., Albany (Nueva York), 1896.
- MANDELKER, Daniel R.; GERARD, Jules B.; SULLIVAN, E. T., *Federal Land Use Law: Limitations, Procedures, Remedies*, Clark Boardman Callaghan, Deerfield (Illin.), 1986.
- MCCLAUGHRY, J., «The New Feudalism», en *Environmental Law*, vol. 5, n.º 3, 1975, pp. 675-702.
- MCGRAW, B. T., «The Housing Act of 1954 and Implications for Minorities (1940-1956)», en *Phylon*, vol. 16, n.º 2, Clark Atlanta University, 1955, pp. 171-182. Disponible en línea: <www.jstor.org/stable/272718> [Consulta: 30/05/2013].
- MECK, S., «Model Planning and Zoning Enabling Legislation: A Short History», en *Modernizing State Planning Statutes: the Growing Smart Working Papers*, American Planning Association, Chicago, pp. 1-17, 1996.
- MICHELMAN, F. I., «Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation Law”», en *Harvard Law Review*, n.º 8, 1967, pp. 1165-1258. MECK, S. (ed.), *Growing Smart. Legislative Guidebook. Model Satutes for Planning and the Management of Change*, American Planning Association, Chicago, 2002. Disponible en línea: http://www.huduser.org/publications/pdf/growingsmart_guide.pdf
- MOORE, C., *Daniel H. Burnham, Architect, Planner of Cities* (2 vols.), 1.ª ed., Houghton Mifflin Company, Boston-Nueva York, 1921.

- MORENO MOLINA, A. M., «Estados Unidos de América: líneas básicas de su legislación urbanística», en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*, 2001, vol. 33, n.º 129, pp. 517-558.
- NATIONAL PLANNING BOARD, *Final Report. Status of City and Regional Planning in the United States*, 1934. Disponible en línea: <http://archive.org/stream/finalreport1933to1934unitrich/finalreport1933to1934unitrich_djvu.txt> [Consulta: 30/05/2013].
- NELESSEN A. C., *Visions of a New American Dream: Process, Principles and an Ordinance to Plan and Design Small Communities*, APA-Planners Press, Chicago, 1994.
- NELSON, R. H., «Zoning Myth and Practice: from *Euclid* into the Future», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, 1989, pp. 299-318.
- NELSON, S. B., «Lingle v. Chevron USA, INC.», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 30, n.º 1, 2006, pp. 281-293.
- NEWTON, N. J., «Compensation, Reparation and Restitution: Indian Property Claims in the United States», en *Georgia Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 453-531.
- NEWTON, N. J., «Indian Claims in the Courts of the Conqueror», en *American University Law Review*, 1992, vol. 41, pp. 753-854.
- NEWTON, N. J., «The Judicial Role in Fifth Amendment Takings of Indian Land: An Analysis of the Sioux Nation Rule», en *Oregon Law Review*, vol. 61, n.º 2, pp. 245-26.
- NOLON, J. R. y SALKIN P. E., *Land Use*, Thomson West, St. Paul (Minn.), 2006.
- NUNEZ, E., *Lo que no supe decirte, Viceversa*, Barcelona, 2010.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo III. Bienes públicos y derecho urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- PAROLEK, D. G.; PAROLEK, K.; CRAWFORD, P. C., *Form-Based Codes. A Guide for Planners, Urban Designers, and Developers.*, Wiley (Malden), 2008.
- PETERSON, J. A., *The Birth of City Planning in the United States, 1840-1917*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2003.
- PILON, R., en *Cato Handbook for Congress, Policy Recommendations for the 108th Congress*, Cato Institute, Washington D. C., 2009.
- PONCE SOLÉ, J., «Segregación espacial, derecho urbanístico y jueces audaces en los Estados Unidos de América (con algunas reflexiones sobre el derecho español)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 57, 1999.
- POPPER, F. P., «Understanding American Land Use Regulation Since 1970. A Revisionist Interpretation», en *Journal of the American Planning Association*, vol. 54, n.º 3, 1988, pp. 291- 301.

- PRUETZ, R., «Commentary on *Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency decision*», *Viewpoint Planning*, Chicago, 1998.
- PRUETZ, R., *Saved By Development: Preserving Environmental Areas, Farmland, and Historic Landmarks with Transfer of Development Rights*, Arje Press, Burbank, California, 1997.
- PRUETZ, R., *TDR Developments in the West*, Conferencia anual de Land Use del Rocky Mountain Land Use Institute, 2002.
- RABIN, Y., *Expulsive Zoning: The Inequitable Legacy of Euclid*, en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, 1989, pp. 101-121.
- RANDLE, W. M., «Professors, Reformers, Bureaucrats, and Cronies: The Players in *Euclid v. Ambler*», en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, 1989, pp. 31-71.
- REICH, C. A., «The New Property», en *The Yale Law Journal*, vol. 73, n.º 5, 1964, pp. 733-787. <<http://www.jstor.org/stable/794645>> [Consulta: 30/05/2013].
- REPS, J. W., *The Making of Urban America. A History of Planning in the United States*, Princeton University Press, Princeton, 1.ª ed. 1965, 2.ª ed. 1992.
- REZNICK, S. M., «Land Use Regulation and the Concept of Takings in Nineteenth Century America», en *University of Chicago Law Review*, 1973, vol. 40, n.º 4, pp. 854-872.
- ROBERTS, T. E., «United States» en Rachele ALTERMAN, *Takings International. A Comparative Perspective form Land Use Regulations and Compensation Rights*, American Bar Association Publications, Chicago, 2010, pp. 215-228.
- ROSE, C. M., «A Dozen Propositions on Private Property, Public Rights, and the New Takings Legislation», en *Washington and Lee Law Review*, 1996, vol. 53, n.º 1, pp. 288-298. Disponible en línea: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol53/iss1/8>
- ROSE, C. M., *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership. (New Perspectives on Law, Culture and Society)*, Westview Press, Colorado, 2004.
- RUIZ OJEDA, A., «La regulación económica y sus eslabones perdidos» en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ; J. F. VILLAR ROJAS (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*, La Ley, 2011, pp. 1188 y ss.
- RUSSERT, T. (reportero); WILLIAMS, B. (presentador), «Supreme Court Justices O'Connor, Scalia and Breyer Attend Symposium» [clip

- de televisión], NBC Nightly News (22 de abril de 2005). Disponible en línea: <<http://archives.nbclearn.com/portal/site/k-12/browse/?cuecard=34602>>. [Consulta: 30/05/2013]
- SÁNCHEZ DE MADARIAGA, I., «Las aportaciones urbanísticas en la práctica norteamericana. Referencia a los casos británico y francés», en *Cuadernos de Investigación Urbanística*, 1997, n.º 17.
- SAX, J. L., «Takings and the police power», en *Yale Law Journal*, vol. 74, 1964-1965, pp. 36-76.
- SCHECHTMAN, J., «Keeping Castles of the Sand: The successful Use of TDR as a Means to Avoid Expropriation in the Coastal Zone», comunicación presentada en Property Rights and a Changing Economy. 7th International Conference PLPR (13-15 de febrero de 2013), Portland, Oregón.
- SCHUMACHER, E. F., *Small is Beautiful. Economics as if People Mattered*, Blond & Briggs, Londres, 1973.
- SCOTT, M., *American City Planning Since 1890: A History Commemorating the Fiftieth Anniversary of the American Institute of Planners*, University of California Press, Berkeley, 1969.
- SHAIN, B. A., *The Myth of American Individualism: The Protestant Origins of American Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1994.
- SIEGEL, S. A., «Understanding the Nineteenth Century Contract Clause: the Role of the Property-Privilege Distinction and “Takings” Jurisprudence», en *Southern California Law Review*, 1986, vol. 60, pp. 1-108.
- SINGER, J. W., «Lone Wolf, or How to Take Property by Calling it a “Mere Change of Investment”», en *Tulsa Law Review*, n.º 33, 2002, pp. 37 ss.
- SINGER, J. W., «Well Settled?: the Increasing Weight of History in American Indian Land Claims», en *Georgia Law Review*, 1994, vol. 28, pp. 481-532.
- SINGER, J. W., *Entitlement: The Paradoxes of Property*, Yale University Press, New Haven (Conn.), 2000.
- SMITH, C. S., *The Plan of Chicago: Daniel Burnham and the Remaking of the American City*, University Chicago Press, Chicago, 2006.
- STEIN, S. C., *Towards New Towns for America*, University Press, Liverpool, 1951.
- SULLIVAN, E. J., «The Quiet Revolution Goes West: The Oregon Planning Program 1961-2011», comunicación presentada en Property Rights and a Changing Economy. 7th International Conference PLPR (13-15 de febrero de 2013), Portland, Oregón.
- TAYLOR F. W., *The Principles of Scientific Management*, Cossimo Classics, Nueva York, 2006.

- TOLL, S. I., *Zoned American*, Grossman Publishers, Nueva York, 1969.
- TRANOR, W. M., «The Original Understanding of The Takings Clause and the Political Process», en *Columbia Law Review*, 1995, vol. 95, pp. 782-887;
- TRANOR, W. M., «The Origins and Original Significance of the Just Compensation Clause of the Fifth Amendment», en *Yale Law Journal*, 1985, vol. 94, pp. 694-716.
- TU, C. C.; M. J. EPPLI, «Valuing New Urbanism: The Case of Kentlands», en *Real Estate Economics: Journal of the American Real Estate and Urban Economics Association*, vol. 27, n.º 3, 1999, pp. 425-451.
- U. S. CONGRESS. SENATE. COMMITTEE ON INTERIOR AND INSULAR AFFAIRS, *National Land Use Policy Act*, Senate Bill S. 3354, XCI Cong., 2.ª ses. (1970).
- VEILLER, L., «Districting by Municipal Regulation» en *Proceedings of the Eighth National Conference on City Planning* (Cleveland, 5-7 de junio de 1916), National Conference on City Planning, Nueva York, 1916, pp. 147-158. <<http://www.library.cornell.edu/Reps/DOCS/veiller.htm>> [Consulta: 30/05/2013].
- WALKER, R., *The Planning Function in Urban Government*, University of Chicago Press, Chicago, 1941.
- WASHBURN, R. M., «Land Use Control, the Individual, and Society: Lucas v. South Carolina Coastal Council», en *Maryland Law Review*, vol. 52, n.º 1, 1993, pp. 162-216.
- WOLF, M. A., «The Prescience and Centrality of Euclid v. Ambler» en Charles M. HAAR y Jerold S. KAYDEN (eds.), *Zoning and the American Dream: Promises Still to Keep*, Planners Press, American Planning Association and Lincoln Institute of Land Policy, 1989.
- WOODWARD, C. V., *The Strange Career of Jim Crow*, Oxford University Press, 1955.

Sentencias

- Agins v. City of Tiburon*, 447 U. S. 255 (1980).
Ambler Realty Co. v. Village of Euclid, 297 F.307 N. D. Ohio (1924);
 Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co., 272 U. S. 365, 391 (1926).
Aptos Seascap Corp. v. Santa Cruz County, 138 Cal. App. 3d 484
 (1982).
Armstrong v. United States, 364 U. S. 40, 49 (1960).
Avco Community Developers Inc v. South Coast Regional Commission,
 Cal. Sup. Ct. 553 P.2d 546 (1976).
Baker v. City of Milwaukie, 271 Or 500, 533 P2d 772 (1975).
Berman v. Parker, 348 U. S. 26 (1954).
Bone v. City of Lewiston, 107 Idaho 844, 693 P.2d 1046 (1984).
Brett v. Building Commissioner of Brookline, 250 Mass. 73, 145 N. E.
 269 (1924).
Buchanan v. Warley, 245 U. S. 60 (1917).
Callender v. Marsh, 18 Mass. (1 Pick.) 418, 430-31 (1823).
Chicago, B. & Q. Ry v. Illinois ex rel. Drainage Commissioners, 200 U.
 S. 561 (1906).
Citizens for Constitutional Fairness v. Jackson County, n.º 09-35653,
 (2010).
City of Aurora v. Burns, 319 Ill. 84, 93, 149 N. E. 784 (1925).
City of Corpus Christi v. Unitarian Church of Corpus Christi, 436 S. W.
 2d 923, 930 Tex. Civ. App.-Corpus Christi (1968).
City of Providence v. Stephens, 47 R. I. 387, 133 A. 614 (1926).
Clackamas County v. Holmes, 265 Or. 193, 197, 508 P. 2d 190, 192
 (1973).
Cochran v. City of Summit, 87 N. J. Super. 526 (1965).
Commonwealth v. Tewksbury, 52 Mass. (11 Met.) 55 (1846).
Corrigan v. Buckley, 271 U. S. 323 (1926).
Corrigan v. Buckley, 299 F. 899 (1924).
Corrigan v. City of Scottsdale, 720 P. 2d 528 Ariz. App. (1985).
County of Sacramento v. Lewis, 523 U. S. 833 (1998).
County of Wayne v. Hathcock, 684 N. W. 2d 765 Mich. (2004).
Creative Displays, Inc. v. City of Florence, Ky., 602 S. W. 2d 682 (1980).
Dawe v. City of Scottsdale, 119 Ariz. 486, 581 P. 2d 1136 (1978).
Dayton Gold & Silver Mining Co. v. Seawell, 11 Nev. 394, 409-10 (1876).

- Deynzer v. City of Evanston, 319 Ill. 226, 149 N. E. 790 (1925).
Dolan v. City of Tigard, 512 U. S. 687 (1994).
Dred Scott v. Sandford, 60 U. S. 393 (1857).
Eaton v. Boston C. & M. R. R., 51 N. H. 504 (1872).
Elysian Heights Residents Association, Inc. v. City of Los Angeles, 182 Cal. App. 3d 21, 227 Cal. Rptr. 226 (1986).
Ginger v. City of Omaha, Neb. (1989).
Goldblatt et al. v. Town of Hempstead, 369 U. S. 590 (1962).
Golden v. Planning Bd. Ramapo, 37 A. D. 2d 236 (1971).
Goldman v. Crowther, 147 Md. 282 (1925).
Hadacheck v. Sebastian, 239 U. S. 394 (1915).
Haines v. City of Phoenix, 151 Ariz. 286, 727 P.2d 339 (1986).
Hawaii Housing Authority v. Midkiff, 467 U. S. 229 (1984).
Health Department of City of New York v. Rector, Church Wardens and Vestrymen of Trinity Church, 145 N.Y. 32 (1895).
Hills Dev. Co. v. Township of Barnards, 103 N. J. 1, 510 A. 2d 621 (1986) (Mont Laurel III).
Ignacunas v. Risley, 98 N. J. Law. 712, 121 A. 783 (1923).
Inspector of Buildings of Lowell v. Stoklosa, 250 Mass. 52, 145 N. E. 262 (1924).
Jacobs, In Re 98 N.Y. 98 (1885).
Kelo v. City of New London, 545 U. S. 469 (2005).
Kozesnik v. Township of Montgomery, 24 N.J. 154, 167 (1957).
Lansing v. Smith, 8 Cow. 146 N.Y. (1828).
League of Or. Cities v. Oregon, 334 Or. 645, 56 P. 3d 892 (2002).
Lincoln Trust Co. v. Williams Bldg. Corp., 229 N.Y. 313, 128 N. E. 209 (1920).
Lingle v. Chevron U. S. A. INC. (04-163) 544 U. S. 528 (2005).
Lone Wolf v. Hitchcock, 187 U. S. 553 (1903).
Loretto v. Teleprompter Manhattan CATV Corp, 458 U. S. 419 (1982).
Lucas v. South Carolina Coastal Council, 112 S. Ct. 2886 (1992).
MacOherson v. Dep't of Adminis. Servs. 340 Or. 117 (2006).
Miller v. Board of Public Works, 195 Cal 477, 234 P 381, 384, 38 ALR 1479 (1925).
Miller v. Schoene, 276 US 272 (1928).
Mugler v. Kansas, 123 U. S. 623 (1887).
Nectow v. City of Cambridge, 277 U. S. 183 (1928).
Nollan v. California Coastal Commission 483 U. S. 825 (1987).
Old Dominion Co. v. United States 269 U. S. 55 (1925).
Penn Central Transportation Co. v. New York City, 438 U. S. 104, 127 (1978).
Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U. S. 393 (1922).

- People ex rel. Young v. County of El Dorado, 96 Cal. App. 3d 403, 405-407 (1979).
- People v. Haines, 49 N.Y. 587 (1872) people ex rel. Cook v. Nearing 27 N.Y. 30.
- Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit, 410 Mich 616, 304 N.W. 2d 455 (1981).
- Pumpelly v. Green Bay Co., 80 U. S. (13 Wall.) 166 (1871).
- Rideout v. Knox. 148 Mass. 368 (1889).
- Rodgers v. Village of Tarrytown, 302 N.Y. 115 (N.Y. 1951).
- Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel 67 N. J. 151, 336 A. 2d 713 (1975) (Mount Laurel I).
- Southern Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel 92 N. J. 158, 456 A. 2d 390 (1983) (Mount Laurel II).
- Spann v. City of Dallas, 111 Tex. 350, 238 S. W. 513, 19 A. L. R. 1387 (1921).
- Spector v. Building Inspector of Milton, 250 Mass. 63, 145 N. E. 265 (1924).
- State ex rel. Carter v. Harper, 182 Wis. 148, 157-161, 196 N. W. 451, 33 A. L. R. 269 (1925).
- State ex rel. Morris v. East Cleveland, 22 Ohio NP (n.s) 549 (1920).
- State ex rel. Morris v. East Cleveland, 31 Ohio Dec. 98 106-120 (1919).
- State ex rel. v. Houghton, 164 Minn. 146, 204 N.W. 569 (1925).
- State v. City of New Orleans, 154 La. 271, 282, 97 So. 440, 33 A. L. R. 260 (1923).
- Suitum v. Tahoe Regional Planning Agency (96-243), 520 U. S. 725 (1997).
- Supreme Court. City of Lafayette v. Louisiana P&L Co., 435 U. S. 389 (1978).
- Tahoe Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency (00-1167) 535 U. S. 302 (2002).
- U. S. Community Communications v. City of Boulder, 455 U. S. 40 (1982).
- Udell v. Haas, 235 N E2d 897 (1968).
- United States v. Kagama, 118 U. S. 375 (1886).
- Wambat Realty Corp. v. State, 41 N.Y.2d 490 (1977).
- Ware v. City of Wichita, 113 Kan. 153, 214 P. 99 (1923).
- Watertown v. Mayo, 109 Mass., 315 (1872).

Anexo A

Texto 1. Standard State Zoning Enabling Act

Article 1. For the purpose of promoting health, safety, morals, or the general welfare of the community, the legislative body of cities and incorporated villages is hereby empowered to regulate restrict height, number of stories, and size of buildings and other structures, the percentage of lot that may be occupied, the size of yards, courts and other spaces, the density of population, and the location and use of buildings, structures, and land for trade, industry, residence or other purposes.

Article 2. For any or all of said purposes the local legislative body may divide the municipality into districts of such number, shape and area as may be deemed best suited to carry out the purposes of this act; and within such districts it may regulate and restrict the erection, construction, reconstruction, alteration, repair, or use of buildings, structures, or land. All such regulations shall be uniform for each class or kind of building through each district, but the regulations in one district may differ from those in other districts.

Texto 2. Fragmento de la sentencia *Ambler Realty Co. v. Village of Euclid*, 297 F. 307 N. D. Ohio (1924); *Village of Euclid, Ohio v. Ambler Realty Co.*, 272 U. S. 365, 391 (1926)

The entire area of the village is divided by the ordinance into six classes of use districts, denominated U-1 to U-6, inclusive; three classes of height districts, denominated H-1 to H-3, inclusive; and four classes of area districts, denominated A-1 to A-4, inclusive. The use districts are classified in respect of the buildings which may be erected within their respective limits, as follows: U-1 is restricted to single family dwellings, public parks, water towers and reservoirs, suburban and interurban electric railway passenger stations and rights of way, and farming, non-commercial greenhouse nur-

series, and truck gardening; U-2 is extended to include two-family dwellings; U-3 is further extended to include apartment houses, hotels, churches, schools, public libraries, museums, private clubs, community center buildings, hospitals, sanitariums, public playgrounds, and recreation buildings, and a city hall and courthouse; U-4 is further extended to include banks, offices, studios, telephone exchanges, fire and police stations, restaurants, theaters and moving picture shows, retail stores and shops, sales offices, sample rooms, wholesale stores for hardware, drugs, and groceries, stations for gasoline and oil (not exceeding 1,000 gallons storage) and for ice delivery, skating rinks and dance halls, electric substations, job and newspaper printing, public garages for motor vehicles, stables and wagon sheds (not exceeding five horses, wagons or motor trucks), and distributing stations for central store and commercial enterprises; U-5 is further extended to include billboards and advertising signs (if permitted), warehouses, ice and ice cream manufacturing and cold storage plants, bottling works milk bottling and central distribution stations, laundries, carpet cleaning, dry cleaning, and dyeing establishments, [272 U. S. 365, 381] blacksmith, horseshoeing, wagon and motor vehicle repair shops, freight stations, street car barns, stables and wagon sheds (for more than five horses, wagons or motor trucks), and wholesale produce markets and salesroom; U-6 is further extended to include plants for sewage disposal and for producing gas, garbage and refuse incineration, scrap iron, junk, scrap paper, and rag storage, aviation fields, cemeteries, crematories, penal and correctional institutions, insane and feeble-minded institutions, storage of oil and gasoline (not to exceed 25,000 gallons), and manufacturing and industrial operations of any kind other than, and any public utility not included in, a class U-1, U-2, U-3, U-4, or U-5 use. There is a seventh class of uses which is prohibited altogether.

Class U-1 is the only district in which buildings are restricted to those enumerated. In the other classes the uses are cumulative—that is to say, uses in class U-2 include those enumerated in the preceding class U-1; class U-3 includes uses enumerated in the preceding classes, U-2, and U-1; and so on. In addition to the enumerated uses, the ordinance provides for accessory uses; that is, for uses customarily incident to the principal use, such as private garages. Many regulations are provided in respect of such accessory uses.

The height districts are classified as follows: In class H-1, buildings are limited to a height of 2 1/2 stories, or 35 feet; in class H-2, to 4 stories, or 50 feet; in class H-3, to 80 feet. To all of these, certain exceptions are made, as in the case of church spires, water tanks, etc.

The classification of area districts is: In A-1 districts, dwellings or apartment houses to accommodate more than one family must have at least 5,000 square feet for interior lots and at least 4,000 square feet for corner lots; in A-2 districts, the area must be at least 2,500 square feet for interior lots, and 2,000 square feet for corner lots; in A-3 [272 U. S. 365, 382] districts, the limits are 1,250 and 1,000 square feet, respectively; in A-4 districts, the limits are 900 and 700 square feet, respectively. The ordinance contains, in great variety and detail, provisions in respect of width of lots, front, side, and rear yards, and other matters, including restrictions and regulations as to the use of billboards, signboards, and advertising signs.

A single family dwelling consists of a basement and not less than three rooms and a bathroom. A two-family dwelling consists of a basement and not less than four living rooms and a bathroom for each family, and is further described as a detached dwelling for the occupation of two families, one having its principal living rooms on the first floor and the other on the second floor.

Texto 3. Fragmento de la sentencia City of Aurora v. Burns 319 Ill. 84, 149 N. E. 784 (1925). Intervención de juez Sutherland

The constantly increasing density of our urban populations, the multiplying forms of industry and the growing complexity of our civilization make it necessary for the state, either directly or through some public agency by its sanction, to limit individual activities to a greater extent than formerly. With the growth and development of the state the police power necessarily develops, within reasonable bounds, to meet the changing conditions.

[...] The harmless may sometimes be brought within the regulation or prohibition in order to abate or destroy the harmful. The segregation of industries, commercial pursuits, and dwellings to particular districts in a city, when exercised reasonably, may bear a rational relation to the health, morals, safety, and general welfare of the community. The establishment of such districts or zones may, among other things, prevent congestion of population, secure quiet residence districts, expedite local transportation, and facilitate the suppression of disorder, the extinguishment of fires, and the enforcement of traffic and sanitary regulations. The danger of fire and the of contagion are often lessened by the exclusion of stores and factories from areas devoted to residences,

and, in consequence, the safety and health of the community may be promoted.

[...] The exclusion of places of business from residential districts is not a declaration that such places are nuisances or that they are to be suppressed as such, but it is a part of the general plan by which the city's territory is allotted to different uses, in order to prevent, or at least to reduce, the congestion, disorder, and dangers [272 U. S. 365, 393] which often inhere in unregulated municipal development.

Texto 4. Argumentos del Tribunal Superior de Luisiana en la sentencia *State v. City of New Orleans*, 154 La. 271, 282, 97 So. 440, 33 A. L. R. 260

In the first place, the exclusion of business establishments from residence districts might enable the municipal government to give better police protection. Patrolmen's beats are larger, and therefore fewer, in residence neighborhoods than in business neighborhoods. A place of business in a residence neighborhood furnishes an excuse for any criminal to go into the neighborhood, where, otherwise, a stranger would be under the ban of suspicion. Besides, open shops invite loiterers and idlers to congregate; and the places of such congregations need police protection. In the second place, the zoning of a city into residence districts and commercial districts is a matter of economy in street paving. Heavy trucks, hauling freight to and from places of business in residence districts, require the city to maintain the same costly pavement in such districts that is required for business districts; whereas, in the residence districts, where business establishments are excluded, a cheaper pavement serves the purpose.

[...] Aside from considerations of economic administration, in the matter of police and fire protection, street paving, etc., any business establishment is likely to be a genuine nuisance in a neighborhood of residences. Places of business are noisy; they are apt to be disturbing at night; some of them are malodorous; some are unsightly; some are apt to breed rats, mice, roaches, flies, ants, etc.

[...] If the municipal council deemed any of the reasons which have been suggested, or any other substantial reason, a sufficient reason for adopting the ordinance in question, it is not the province of the courts to take issue with the council. We have nothing to do with the question of the wisdom or good policy of municipal ordinances. If they are not

satisfying to a majority of the citizens, their recourse is to the ballot—not the courts. [272 U. S. 365, 394]

The matter of zoning has received much attention at the hands of commissions and experts, and the results of their investigations have been set forth in comprehensive reports. These reports which bear every evidence of painstaking consideration, concur in the view that the segregation of residential, business and industrial buildings will make it easier to provide fire apparatus suitable for the character and intensity of the development in each section; that it will increase the safety and security of home life, greatly tend to prevent street accidents, especially to children, by reducing the traffic and resulting confusion in residential sections, decrease noise and other conditions which produce or intensify nervous disorders, preserve a more favorable environment in which to rear children, etc. With particular reference to apartment houses, it is pointed out that the development of detached house sections is greatly retarded by the coming of apartment houses, which has sometimes resulted in destroying the entire section for private house purposes; that in such sections very often the apartment house is a mere parasite, constructed in order to take advantage of the open spaces and attractive surroundings created by the residential character of the district. Moreover, the coming of one apartment house is followed by others, interfering by their height and bulk with the free circulation of air and monopolizing the rays of the sun which otherwise would fall upon the smaller homes, and bringing, as their necessary accompaniments, the disturbing noises incident to increased traffic and business, and the occupation, by means of moving and parked automobiles, of larger portions of the streets, thus detracting from their safety and depriving children of the privilege of quiet and open spaces for play, enjoyed by those in more favored localities—until, finally, the residential character of the neighborhood and its desirability as a place of detached residences are utterly destroyed. Under these circumstances, apartment houses, which in a different environment would be not only entirely unobjectionable but highly desirable, come very near to being nuisances.

Texto 5. Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Derecho urbanístico y medio ambiente. Hacia el desarrollo urbano sostenible*, Colex, Madrid

[...] Posteriormente, el documento marco aprobado por la Comisión en 1997 —*Hacia una política urbana de la Unión Europea*— establece una serie de objetivos encaminados a coordinar y orientar las políti-

cas comunitarias a los problemas urbanos, permitiendo de esta forma la intervención puntual y la financiación de programas, campañas y proyectos de enfoque más claro.

Una de las aportaciones doctrinales más importantes en el ámbito de la concreción jurídica del concepto de desarrollo sostenible, y con él el desarrollo urbano sostenible ha sido la de DECLERIS que en un informe realizado para la Comisión Europea expone de forma muy concreta, y por fin, con criterios jurídicos lo que pueda significar la implementación del desarrollo urbano sostenible y que nos recuerda mucho, como veremos, a los principios expuestos por la Carta del Nuevo Urbanismo.

En efecto DECLERIS entiende que los rasgos que caracterizan el desarrollo de los asentamientos humanos en la era post industrial son dos: la multiplicación y el crecimiento de las ciudades.

La dispersión incontrolada de los asentamientos y la actividad edificatoria con el coste de los ecosistemas sensibles como son los bosques, costas, pequeñas islas y montañas.

Es interesante apreciar cómo estos dos rasgos aparecen íntimamente relacionados en el sentido de que cuanto peor es el medioambiente urbano de ciudades que crecen constantemente, mayor es el número de personas que escapan temporalmente buscando un ambiente más agradable. Aunque existan otros factores que influyen en la multiplicación de los asentamientos, como el aumento de la oferta de los servicios turísticos. Poco se ha hecho hasta el momento para intentar controlar estas dos características. Muy poca gente ha abordado el tema fundamental del límite de crecimiento de las ciudades, la mayor parte de los estudios realizan una previsión genérica de que en un futuro no muy lejano el 50% de la población vivirá en ciudades, especialmente en los países desarrollados, pero muy pocos son conscientes del peligro del adelgazamiento de los ecosistemas sensibles. Las ciudades han sobrepasado con creces su propia capacidad y también la de los ecosistemas que las soportan, de forma que la incursión dispersa en los ecosistemas sensibles y el apoyo tecnológico que se requiere para llevarla a cabo ha comenzado a mostrar en una inevitable y extensiva destrucción (incendios, inundaciones...).

Los asentamientos humanos son uno de los más complejos sistemas realizados por el hombre. En esta era postindustrial están transformando su carácter y están comenzando a ser principalmente enormes mercados de consumo y centros para la provisión de servicios (bastante para-

sitarios, por cierto). Esta nueva realidad explica la conspiración de silencio existente sobre los verdaderos problemas, planteados más arriba. Sin embargo, hoy en día las alarmantes condiciones de vida en las grandes ciudades, donde grandes masas de gente viven concentradas, no pueden ser ignoradas. Inevitablemente esta situación nos conduce al problema de su «sostenibilidad» que no es otra cosa que la sucesora de la previamente demanda «calidad de vida».

La dimensión ambiental es un rasgo reciente de las ciudades, como hemos comentado en la introducción, si bien la preocupación por la salud es anterior. Hoy en día estas dos dimensiones han sido subsumidas por el más amplio principio del medioambiente urbano sostenible (*sustainable urban environment*), también denominado vida urbana sostenible (*sustainable urban living*), mediante la cual el derecho ambiental está tratando, de alguna forma, de controlar los problemas contemporáneos del planeamiento urbanístico.

El principio, pues, del ambiente urbano sostenible, del urbanismo sostenible en suma, significa que en los asentamientos, también los modos de vida deben ser sostenibles, así como las ciudades en sí mismas y los ecosistemas que las mantienen deberán ser sostenibles. Formas de vida, ciudades y ecosistemas sostenibles, estos tres elementos se muestran, como no podría ser de otra forma, interrelacionados e interdependientes, pero: ¿De qué forma se puede lograr este triple principio de sostenibilidad? DECLERIS lleva a cabo una enumeración de algunas reglas prácticas para la consecución del medioambiente urbano sostenible (entendido en las tres dimensiones anteriormente explicitadas), que rompen completamente, como veremos, con la filosofía y el planteamiento de nuestra legislación urbanística estatal, aunque no de las legislaciones autonómicas. Se establecen doce reglas prácticas extraídas de la aplicación del derecho ambiental internacional a los asentamientos humanos en Grecia, para la consecución del ambiente urbano sostenible, pero que de alguna manera podrían ser extrapolables a otros estados de la Unión Europea:

La creación de nuevas ciudades por la iniciativa privada deberá estar prohibida a no ser que los asentamientos existentes hayan comenzado a estar saturados y su extensión legal sea imposible.

No estará permitida, en ningún caso, la creación de asentamientos en el entorno de ecosistemas frágiles, como bosques o áreas boscosas, tampoco podrán incorporarse parte de los bosques a un asentamiento como parte de su biosfera.

La razón de esta prohibición es que si se incluyen en la biosfera, en el ámbito de un determinado asentamiento, se expone al incremento de la presión de su utilización por los residentes del núcleo de población, resultando al fin y a la postre una inevitable disfunción en su operatividad y en sus efectos como ecosistema.

La fundación y la extensión de los asentamientos humanos, núcleos de población o urbanizaciones no puede permitirse o autorizarse al azar ni tampoco puede ser dejado a la iniciativa de las empresas urbanizadoras (*land development enterprises*), al contrario, deberán incluirse en el planeamiento del correspondiente subsistema o del correspondiente plan regional al que pertenezca la nueva localización. Debe suprimirse la destrucción de suelos que sean de provecho así como la edificación anárquica.

El planeamiento urbanístico debe ser racional, de forma que combine la funcionalidad del asentamiento con las mejores posibilidades de «calidad de vida» (*living conditions*) para la población. El principio de racionalidad deberá traducirse también en la prohibición de la arbitrariedad en la aprobación del planeamiento urbanístico.

No pueden empeorarse las condiciones de edificación. El ambiente urbano ya está severamente dañado, por lo que cualquier nueva medida debe estar encaminada a su mejora y no a su empeoramiento, por ejemplo, deberá prohibirse la sustitución de antiguos edificios con nuevos que no respeten las alturas o edificabilidades.

Debe replantearse el aumento del desarrollo de las ciudades existentes. En este sentido DECLERIS pone el ejemplo de la ciudad de Atenas en la que, a pesar de que la ley griega recogía este principio, la elaboración del plan regulador de Atenas no tuvo en cuenta en ningún momento este aspecto de control del crecimiento. El Tribunal invocó este primer principio de necesidad de control del crecimiento y lo relacionó con el principio de protección del desarrollo del medioambiente urbano sostenible que se puede inferir directamente del artículo 24 de la Constitución griega, de forma que, y esto es lo más interesante, prohibió expresamente la extensión de la periferia de Atenas. Lo mismo hizo, invocando idénticos principios, en el caso de la extensión de la ciudad de Tesalónica.

Debe darse prioridad a la mejora de las áreas degradadas en las ciudades existentes.

La protección de la prohibición de crecimiento de la ciudad se acuerda en primer lugar con base en los propios límites que la naturaleza impone (cadenas montañosas, parques naturales...).

Se debe dar una protección intensa al patrimonio artístico y cultural, como lugares arqueológicos, para lo cual la jurisprudencia griega, que son los ejemplos que pone DECLERIS, no duda en invocar tanto la propia Constitución griega y sus principios de protección ambiental como el Tratado de Maastricht (arts. 2 y 130P), interpretados a la luz de la Agenda 21, que exige, requiere e insta a la consecución de un desarrollo urbano sostenible en el sentido de que no deba dañar el entorno natural, pero tampoco el cultural. De forma que la creación o fundación de nuevos núcleos de población deba producirse en el marco de la legislación urbanística del país siempre que sean aptas para un desarrollo urbano sostenible.

Es de vital importancia para la calidad de vida en los núcleos de población asegurar que haya suficientes dotaciones locales (*free public areas*), ya que estas zonas están constantemente amenazadas por las constantes violaciones que se hacen de la normativa, en las ciudades debido a la construcción de edificios públicos o privados y al enorme coste de apropiación de los mismos, y en los nuevos asentamientos por el insaciable ansia de beneficio inmobiliario. En este sentido, los tribunales griegos han prohibido de forma expresa la desaparición de cualquier tipo de dotación en un área existente y han establecido la obligación mínima de una proporción de terreno de al menos el 50% de la nueva zona que se urbanice.

Del mismo modo se entiende como de vital importancia para la calidad del ambiente urbano la conservación de zonas verdes urbanas concebidas como la mínima biosfera que es esencial para mantener la salud de sus habitantes.

Por último, el tráfico sostenible en las ciudades significa la preferencia por el transporte público frente al privado.

Todos estos principios se basan en la aplicación práctica y concreta de unas bases legales que ya se ofrecen a todos los miembros de la Unión Europea, como son el Principio 15 de la Declaración de Estocolmo, anteriormente citado, el Capítulo 7 de la Agenda 21 y la asunción e implementación de la protección.

Anexo B

Esquema de la legislación estatal y propuestas legislativas (10/2009)

<i>N.º del proyecto legislativo / catálogo de legislación</i>	<i>Fecha</i>	<i>Nombre del Estado</i>	<i>Tipo de medida</i>	<i>Contenido</i>
S. B. 654	2006	Alabama	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa para adquirir propiedades no «dañadas/arruinadas» para un proyecto de reconstrucción sin el consentimiento del propietario. Se define propiedad «arruinada/dañada» para enfatizar qué características son perjudiciales para la salud pública y la seguridad.
S. B. 68	2005	Alabama	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa para usos comerciales, residenciales o construcción de viviendas; con el propósito de generar ingresos vía impuestos, o el de transferir propiedad privada a otra entidad privada. Contiene una excepción de propiedad «arruinada/dañada».
H. B. 318	2006	Alaska	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa para transferir propiedad privada a otra entidad privada con ánimo de lucro.
Prop. 207	2006	Arizona	Kelo Plus	Esta ley se conoce como «Ley de Protección del derecho de propiedad privada» (Artículo 2.1). Reforma de la Sección 3, Título 12, Capítulo 8. Se limita la expropiación forzosa solo para fines públicos definidos; en la expresión «fines públicos» no queda comprendido el beneficio del desarrollo económico (incluidos el incremento en la tasa impositiva, la creación de empleo, etc.). Si hay una desvalorización debida a la regulación del terreno, se requiere del Estado o de la institución gubernamental la justa indemnización. Se limita esta pretensión excluyendo las leyes de aprovechamiento del terreno, tales como las que hacen referencia a la seguridad de los edificios, usos de éstos (los edificios) inapropiados, negocios sexuales y empresas públicas.

Nº del proyecto legislativo / catálogo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
H. B. 2675	2006	Arizona	Kelo	Se limita expropiación forzosa para la demolición y eliminación de condiciones de pobreza extrema/miseria en una barriada. Para esto se exige la aprobación por dos tercios del Pleno de Ayuntamiento, basado en razones claras y convincentes, estudiadas caso por caso.
		Arkansas		No se ha aprobado una Ley.
Varias medidas	2006	California	Kelo	El cuerpo legislativo de California aprobó diferentes proyectos de ley en el año 2006. Estos proyectos precisaban al detalle los usos de la tierra adquirida mediante expropiación forzosa, así como requisitos adicionales de audiencia. Los proyectos endurecían los requisitos necesarios para calificar de «arruinada/dañada» una propiedad. Estas leyes de 2006 fueron consideradas inadecuadas por los defensores de los derechos de propiedad que apoyaron la Propuesta 98 de 2008 (más abajo).
Proposición 99	2008	California	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa para adquirir una residencia ocupada por su propietario con el propósito de transferírsela a una entidad privada. Esta medida fue aprobada con un 62,4% de los votos. En la misma votación había una propuesta alternativa (98) apoyada por los defensores de los derechos de la propiedad, ésta (la propuesta 98) incluía la prohibición del control del alquiler. Sin embargo, obtuvo tan solo un 39,1% del voto.
H. B. 1411	2006	Colorado	Kelo	Estipula que la expropiación forzosa no debe incluir la transferencia de propiedad privada a otra entidad privada, por motivos de desarrollo económico o para generar ingresos impositivos adicionales.

N° del proyecto legislativo/ camino de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. B. 167	2007	Connecticut	Kelo	Requiere dos tercios de los votos del cuerpo legislativo municipal para la aprobación de la adquisición de bienes inmuebles mediante expropiación forzosa por parte de una agencia de desarrollo. Si el municipio decide no destinar la propiedad al fin con el que fue adquirida, ésta (la propiedad) debe ser ofrecida en venta a los propietarios originarios (o sus herederos), al precio original de compra o al valor de mercado, el que sea menor. La indemnización se incrementa hasta un 125% del valor de tasación, por tratarse de propiedad expropiada. Si el objetivo primordial es el incremento de los ingresos impositivos, se prohíbe la adquisición de bienes inmuebles a través de expropiación.
S. B. 1054	2007	Connecticut	Kelo	Esta Ley contiene sobre todo definiciones; por ejemplo, explica qué se entiende por «deterioro». Prevé, entre otros contenidos, un «Defensor del Pueblo de los Derechos de Propiedad», así como procedimientos para determinar la indemnización asociada a la buena fe. Nota: el Estado estableció un «Comité sobre la buena fe» en la sesión de 2007. El proyecto definitivo fue sometido a la aprobación del Gobierno.
S. B. 217	2005	Delaware	Kelo	La expropiación forzosa por parte de una agencia de desarrollo queda restringido a usos públicos reconocidos.
H. B. 1567	2006	Florida	Kelo	Prohíbe la transferencia, a otra entidad privada, de propiedad adquirida mediante expropiación forzosa, salvo determinadas excepciones: el uso por empresas públicas (transporte público y otros servicios públicos) o cuando el uso privado es secundario en un proyecto público. Se prohíbe la expropiación forzosa para eliminar las condiciones de «propiedad arruina/dañada», o para generar ingresos impositivos adicionales. Se autoriza expropiación, prevista en la Ley municipal de desarrollo, en caso de que fuese necesario para hacer desaparecer una amenaza para la salud y seguridad públicas.

Nº del proyecto legislativo/ año/letra de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
H. B. 1569	2006	Florida	Kelo	Se prohíbe la transferencia de propiedad expropiada a otra entidad privada. Para poder hacer esto se requieren tres quintos de los votos de ambas cámaras legislativas estatales. Proyecto del 8 de noviembre de 2006, votado y aprobado.
H. B. 1313	2007	Georgia	Kelo	Se define uso público para el que se puede expropiar en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por la comunidad, agencias o servicios públicos. Se prohíbe expropiación forzosa con fines de desarrollo económico, incluyendo el aumento de la base impositiva o los ingresos, crecimiento de la tasa de empleo o mejora en la situación económica, en caso de que la propiedad vaya a ser transferida a otra entidad privada. Redefine «áreas arruinadas/dañadas» para enfatizar las características perjudiciales para la salud y seguridad públicas. La expropiación forzosa ha de ser aprobada por el cuerpo legislativo de la ciudad/condado, y ser publicada.
H. R. 1306	Nov. 2006	Georgia	Kelo	Se requiere la aprobación por parte del cuerpo gubernativo local antes de proceder a la expropiación con el propósito re-desarrollo. Se prohíbe expropiación forzosa por autoridades no electas, así como el oponerse a ésta —con la excepción de que sea para un fin público determinado por la Ley—. Propuesta legislativa de reforma constitucional para ser sometida a votación; Georgia es un Estado con poca iniciativa. Aprobada.
		Hawaii		No se ha aprobado una Ley.
H. B. 555	2006	Idaho	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa como pretexto para transferir propiedad a otra entidad privada, o para generar desarrollo económico.

Nº del proyecto legislativo/ código de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. B. 3086	2006	Illinois	Kelo	Se prohíbe expropiar para conceder un beneficio a una entidad privada o para un uso público que tenga este fin como pretexto. Se limita expropiación forzosa en relación con el desarrollo privado, a no ser que sea «área arruinada/dañada», o que el gobierno estatal/local haya acordado con una entidad privada su desarrollo. (Nota: la Ley consta de 431 páginas; se conoce como «Ley de Igualdad en el uso del poder institucional gubernamental»).
H. B. 1010	2007	Indiana	Kelo	Se define uso público para el que se expropia en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por la comunidad, agencias o servicios públicos. Además, ese uso público no implicaría una crecida en la tasa impositiva, ni en los ingresos impositivos, tasa de empleo o estabilidad económica general. Redefine «áreas arruinadas/dañadas» para resaltar las características perjudiciales para la salud y seguridad públicas. Requiere el pago de indemnización cuando la propiedad condenada constituye la residencia principal, a un tipo del 150% del valor de mercado. Establece un comité legislativo para estudiar el uso que del poder institucional se hace, y transmitir sus conclusiones a la legislatura antes del 1 del Nov. de 2007.
H. F. 2351	2006	Iowa	Kelo	Se define uso público para el que se puede expropiar en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por la comunidad, agencias o servicios públicos; donde el uso privado sea secundario en el público; o para redesarrollar «áreas arruinadas/dañadas» donde al menos el 75% de las propiedades merecen esta calificación. Reconoce que el concepto de uso público no incluye las actividades dirigidas al desarrollo económico generadoras de ingresos impositivos adicionales u oportunidades de empleo, o que estimulen el desarrollo residencial, comercial o industrial. Requiere publicación antes del comienzo del procedimiento de expropiación. Incluye una previsión para recuperar la propiedad «condenada» cuando ésta no haya sido empleada para el fin público en los cinco años siguientes a la fecha de compra.

Nº del proyecto legislativo/ estilado de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. B. 323	2006	Kansas	Kelo	Se prohíbe la transferencia, a otra entidad privada, de propiedad privada expropiada, salvo determinadas excepciones, como la propiedad transmitida a una empresa pública, o adquirida por el municipio, o propiedad aprobada por la legislación estatal. Las restricciones no son aplicables a los distritos re-desarrollados creados con anterioridad a la aplicación de esta ley. Incrementa hasta un 200% del valor de tasación, el nivel de indemnización a aquellos dueños cuya propiedad es «condenada».
H. B. 508	2006	Louisiana	Kelo	Se define uso público en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por una entidad gubernamental; derribo de áreas «arruinadas/dañadas»; o para ser utilizada por un fin público. Se prohíbe la adquisición de propiedad privada para ser utilizada, predominantemente, por una entidad privada, o la transferencia de la propiedad a otra entidad privada. Indica que, para determinar si la propiedad se toma para un uso público no deben tenerse en cuenta ni el desarrollo económico ni el incremento de los ingresos impositivos.
S. B. 1	2006	Louisiana	Kelo	Prohíbe, salvo determinadas excepciones, la venta y el alquiler de la propiedad expropiada y mantenida durante menos de 30 años, a no ser que la propiedad sea ofrecida, en primer lugar, al propietario original o su sucesor, al valor de mercado. En el año que sigue a la finalización de un proyecto en el que se ha hecho uso de la expropiación forzosa, la parte de la propiedad que no esté siendo debidamente explotada debe ser ofrecida al propietario original, o su sucesor, al valor de mercado. (Reforma de la Constitución 5, sometida a votación en septiembre de 2003. Aprobada).

N.º del proyecto legislativo/ catálogo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
H. B. 707	2006	Maine	Kelo	Se prohíbe expropiación forzosa de tierra destinada a la agricultura, pesca, actividad forestal, o tierra mejorada con edificios residenciales, comerciales o industriales, destinados al comercio privado, oficinas, u otros fines comercial, industrial o residencial, o para generar ingresos impositivos adicionales; o para transferir propiedad privada a otra entidad privada. Incluye una excepción de «área arruinada/condenada»; y el uso del terreno para utilidad pública.
L. D. 1870 Documento legislativo	2007	Maryland	Kelo	Aumenta la indemnización que reciben los propietarios, los inquilinos y los dueños de negocios y granjas que se hayan visto desplazados como consecuencia de una declaración de «área arruinada». Entró en vigor el 1 de julio de 2007. (Nota: tuvo mucha aplicación en las legislaturas de Maryland, aproximadamente 40 proyectos de ley en la sesión de 2006. Sin embargo, ésta constituye sólo un proyecto legislativo. La Coalición Castle puntuó con una D a Maryland).
S. B. 3		Massachusett	Kelo	No se ha aprobado una Ley.
SJRE	2005	Michigan	Kelo	Establece que si la residencia principal de una persona es expropiada para ser destinada uso público, la indemnización debe ser mayor del 125% del valor de mercado de la propiedad. Por uso público no se entiende la transferencia de propiedad privada a otra entidad privada con fines de desarrollo económico o de obtención de ingresos impositivos adicionales. (Propuesta 06-4 de 1006, 93.ª legislatura. Reforma la Sección 2 del artículo X; 1963) (También se aprobó legislación de menor importancia relacionada con la condena e indemnización).

Nº del proyecto legislativo/anteproyecto de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. F. 2750	2006	Minnesota	Kelo	Limita el recurso a la expropiación forzosa a usos o fines públicos; definidos como la posesión, ocupación, propiedad y disfrute de la propiedad por la sociedad o por una agencia pública, o para la mitigación de las «áreas arruinadas/dañadas». Los beneficios derivados del desarrollo económico no constituyen, por sí solos, un uso o fin público. Obliga a negociar de buena fe con los propietarios e incrementa la publicación y los trámites de audiencia.
		Mississippi		No se ha aprobado una Ley.
H.B. 1944	2006	Missouri	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa con un fin de desarrollo económico; definido como el incremento en la base impositiva, ingresos impositivos y la tasa de empleo. Establece que solo se podrá expropiar para adquirir propiedades en «áreas arruinadas» o para un uso público. Se exige publicación de los propietarios que se van a ver afectados, antes de que comience la expropiación, y la negociación de buena fe con los propietarios. Establece una Oficina del Defensor del Pueblo de los Derechos de Propiedad en la Oficina Pública del Departamento de Desarrollo Económico, para ayudar e informar a los propietarios.
S. B. 363	2007	Montana	Kelo	Limita el uso de la expropiación para la renovación urbanística de la propiedad en «áreas arruinadas/dañadas»; así como, establece su prohibición, si el objetivo primordial es el incremento de los ingresos impositivos.
S. B. 41	2007	Montana	Kelo	Prohíbe a las ciudades la expropiación de propiedad para ser vendida, alquilada o ser transferida a entidades privadas.
L. B. 924 (Legislative Bill)	2006	Nebraska	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa para promover el desarrollo económico; definido como el aprovechamiento por parte de una entidad comercial; o con el fin de incrementar los ingresos impositivos, la base impositiva, la tasa de empleo, o las condiciones económicas. Tampoco se puede condenar como «dañada/arruinada» la propiedad agrícola.

Nº del proyecto legislativo / catálogo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
				Establece que los usos públicos para los que se puede expropiar no incluyen la transferencia de la propiedad a otra entidad privada. Se consideran excepciones: el utilizar una propiedad privada con el fin primario de beneficio público, cuando se alquila la propiedad a una persona que ocupa una parte residual del servicio público, o si la propiedad expropiada estaba abandonada, o la propiedad generaba un riesgo para la salud y sanidad públicas.
AJR 3	2007		Kelo	Establece que los usos públicos para los que se puede expropiar no incluyen la transferencia de la propiedad a otra entidad privada. Se consideran excepciones: el utilizar una propiedad privada con el fin primario de beneficio público, cuando se alquila la propiedad a una persona que ocupa una parte residual del servicio público, o si la propiedad expropiada estaba abandonada, o la propiedad generaba un riesgo para la salud y sanidad públicas.
Pregunta 2 (Reforma Constitucional)	Nov. 2006	Nevada	Kelo +	La Cuestión 2 no fue sometida a votación porque el Tribunal Supremo decretó la inconstitucionalidad de la medida: trataba de la expropiación forzosa y su regulación. Parece que una iniciativa similar se sometió a votación en 2008. Hay, además, una Resolución de la Asamblea sobre expropiación forzosa.
S. B. 287	2006	New Hampshire	Kelo	Se define uso público para el que se puede ejercitar el poder institucional gubernamental en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por la comunidad, agencias o servicios públicos; la demolición de propiedades amenazantes de salud y seguridad públicas; o usos privados que ocupan una parte residual de un proyecto público. Establece que el concepto de uso público no incluye el incremento de los ingresos impositivos, o de la tasa de empleo.

Nº del proyecto legislativo / artículo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
CACR 30	2006	New Hampshire	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa si la propiedad va a ser transferida a otra entidad privada para su desarrollo. Cuestión 1 en la votación general de 2006. Aprobada.
		New Jersey		No se ha aprobado una Ley.
H. B. 393	2007	New Mexico	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa por parte de los municipios para el re-desarrollo de proyectos bajo el Metropolitan Redevelopment Code.
H. B. 746	2006	New Mexico	Kelo (vetada)	Se prohíbe la expropiación forzosa para promover el desarrollo privado o comercial o cuando la titularidad de la propiedad vaya a ser transferida a otra entidad privada. Votada por el Gobierno, quien estableció un comité que valorase que el recurso a la expropiación forzosa se ajustaba a la letra de ley.
		New York		No se ha aprobado una Ley.
H. B. 1965	2007	Carolina del Norte	Kelo	Deroga las leyes que garantizan a la autoridad el poder para ejercer la expropiación forzosa; establece que las acciones expropiatorias deberán ajustarse al contenido de la Ley de Carolina del Norte. Define «parcela arruinada».
S. B. 2214	2007	North Dakota	Kelo	Se prohíbe tomar una propiedad privada para ser transferida o utilizada por otra entidad privada; excepto servicios o utilidades públicas. Establece que «uso o utilidad pública» no incluye los beneficios obtenidos del desarrollo económico, incluido el incremento en la base impositiva, los ingresos impositivos, la tasa de empleo o la estabilidad económica.
Medida constitucional N. 2	Nov. 2006	North Dakota	Kelo	La propiedad privada no puede ser expropiada o amenazada con usos públicos, sin que medie la correspondiente indemnización. Ésta debe ser determinada por un jurado, a no ser que un juez sea ignorado. Por «uso o utilidad pública» no se entienden los beneficios obtenidos del desarrollo económico.

Nº del proyecto legislativo / catálogo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. B. 167	2005	Ohio	Kelo	Establece una moratoria para el recurso a la expropiación forzosa para generar desarrollo económico que pueda resultar en una eventual transferencia de la propiedad a una entidad privada en un área no catalogada como «dañada/arruinada»; hasta el 31 de diciembre de 2006. Se crea una coalición para el estudio de la expropiación forzosa.
S.B. 7	2007	Ohio	Kelo	Contiene muchas previsiones legales. Incluye una redefinición de «ruina»; excluye el terreno agrícola de ser calificado de «ruina». Asimismo, prohíbe la apropiación de bienes inmuebles, excepto si es necesario para uso público. El concepto de uso público no incluye la adquisición de una propiedad que beneficia a una empresa comercial, o que genera desarrollo económico o incrementa los ingresos impositivos.
		Oklahoma		No se ha aprobado una Ley.
Medida 37	Nov. 2004	Oregon	Regulador y Takings	El propietario que se ve perjudicado por la regulación tiene el derecho de recibir la justa indemnización, o alternativamente el gobierno local puede decidir derogar las correspondientes leyes sobre usos de la tierra. Esta Medida 37 fue modificada por la posterior Medida 49 (abajo).
Medida 49	Nov. 2007	Oregon	Regulador y Takings	Modifica la Medida 37; aclara el derecho a construir casas; limita el desarrollo; protege a las granjas, bosques, aguas subterráneas, etc. Aprobada.
Medida 39	Nov. 2006	Oregon	Kelo	Prohíbe al cuerpo público la condena de bienes inmuebles cuando se lleva a cabo con el fin de transferíselos a una entidad privada.

Nº del proyecto legislativo / nombre de regulación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Comentarios
S. B. 881	2006	Pennsylvania	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa por parte de empresas privadas; excepto cuando ésta suponga un papel secundario en el proyecto público. Esta regulación no afecta a la Comisión sobre Utilidad Pública de Pennsylvania; se aplica cuando se expropia donde la propiedad está «dañada/arruinada», o donde se adquiere esa propiedad con el propósito de re-desarrollo urbano o para construir viviendas de protección oficial (entre otros aspectos). Define «ruina» para enfatizar qué características son perjudiciales para la salud y seguridad públicas.
S 2728A	2008	Rhode Island	Kelo	Exige que los propietarios deben recibir al menos una indemnización del 150% del valor mercado, para compensar la expropiación forzosa por parte del poder gubernamental. El proyecto legislativo exige, además, un plan de desarrollo; requerimiento para audiencia pública; notificación previa a los propietarios antes de expropiar; y votación a nivel local.
S. B. 1031.	2006	South Carolina	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa, incluida a que tiene por objeto el desarrollo económico (que no es considerado «uso público»). Autoriza a la asamblea a aprobar leyes que permitan la expropiación para tratar de mejorar «áreas dañadas/arruinadas»; siempre que se pague la justa indemnización. Reforma de la Sección 17 (art. 1) y Sección 5 (art. XIV) de la Constitución de 1895. También incluye una sección sobre el delito de traición que no fue sometida a votación.
H. B. 1080	2006	South Dakota	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa llevada a cabo para transferir propiedad privada a otra entidad privada, o con el fin primordial de generar ingresos impositivos adicionales.

N° del proyecto legislativo / catálogo de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
S. B. 3296	2006	Tennessee	Kelo	Excluye de la posibilidad de llevar a cabo la expropiación forzosa con fin público, los siguientes destinos: uso privado o beneficio, beneficio público originado indirectamente del desarrollo económico privado, incluyendo el incremento en los ingresos impositivos y la tasa de empleo. Entre las excepciones contempladas se incluyen: la expropiación para utilidades públicas, o la llevada a cabo por agencias de desarrollo para acabar con las «áreas dañadas/arruinadas», o donde el uso privado es residual en el público, o se trata de adquisición de la propiedad por una entidad gubernativa local para ser transformada en parque industrial. (También se conoce como HB 3450).
H. B. 3700	2006	Tennessee	Kelo	La legislación cambia: en primer lugar, en referencia a los requisitos de publicación, notificación y audiencia, en relación con la expropiación forzosa. Esta Ley elimina la necesidad de que los agentes calificadores de los terrenos en ruina obtengan la aprobación del gobierno local, a no ser que las acciones sean ejecutivas de un plan con TIF y que cuesten dinero público.
S. B. 7	2005	Texas	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa llevada a cabo para conceder beneficios a una entidad privada, o con el fin de general desarrollo económico, salvo determinadas excepciones.
H. B. 365	2007	Utah	Kelo	Se prohíbe la expropiación forzosa para adquirir residencias unifamiliares ocupadas por sus respectivos propietarios, a no ser que sea solicitado por al menos del 80% de los propietarios del área, que represente como mínimo el 70% del valor de la propiedad ocupada, y habiendo sido aprobada la adquisición por parte de dos tercios del comité directivo. En cuanto a la expropiación para adquirir propiedad comercial, las cifras de los porcentajes varían: son el 75% y el 60% (en lugar del 80 y del 70%).

N.º del proyecto legislativo/ variante/ de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
				Se autoriza la expropiación en proyectos de renovación urbana, si la agencia considera ruina la propiedad; ésta ha de llevarse a cabo en un plazo inferior a 5 años desde la fecha del plan. Establece la exigencia de previa notificación por escrito, y negociaciones de buena fe con los propietarios, antes de llevar a cabo la expropiación.
S. B. 117	2006	Utah	Kelo	Establece la exigencia de aprobación por parte del cuerpo de gobierno local con anterioridad al ejercicio de la expropiación forzosa con fines públicos. Así como, la notificación escrita al propietario perjudicado con, al menos, 10 días de antelación a la audiencia pública en la que la medida expropiatoria vaya a ser valorada. Esta Ley, por un lado, amplía el contenido de «uso público» a caminos de bicicletas, y otros senderos adyacentes a carteras pavimentadas; mientras que, por otro lado, restringe la expropiación a determinados propósitos.
S. B. 246	2005	Vermont	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa con fines principalmente económicos, con excepción de lo previsto en las leyes estatales de reordenación urbanística. Otras excepciones contempladas son: transporte, servicios públicos, propiedad pública o proyectos de las aguas.
H. B. 2954	2007	Virginia	Kelo	Se define uso público para el que se puede expropiar en los siguientes términos: posesión, ocupación y disfrute de la propiedad por la comunidad o una entidad gubernamental; y el derribo de áreas «arruinadas/dañadas». Tan solo puede expropiarse la propiedad cuando el interés público prevalezca sobre el privado, y el fin primordial no sea el incremento de la base impositiva, ni los ingresos impositivos o la tasa de empleo. (Es una combinación de SB 781 y 1296).
S. J. 271		Virginia	Kelo	Establece un comité bipartidista en materia de ejecución forzosa en el Estado de Virginia.

Nº del proyecto legislativo/ título de legislación	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
H. B. 699	2006	Virginia	Kelo	Modifica la Ley de Housing Authorities con el fin de actualizar sus provisiones. La medida añade varias definiciones. Entre otras, «área arruinada», «propiedad arruinada», «área de conservación», «área re-desarrollada», y «plan de demolición de ruina». Reconfirma la eliminación de ruina en un área re-desarrollada, la prevención de éstas en un área de conservación, etc. La medida (i) actualiza las provisiones en materia de referéndum; la (ii) aclara que es necesario el envío de la notificación escrita a los propietarios a su última dirección postal conocida. La (iii) aclara que un propietario, en un área de re-desarrollo o conservación, tiene el derecho a objetar a la designación del área o a la adquisición de su propiedad (mediante negociaciones o haciendo uso de la expropiación forzosa), antes que el gobierno local. Por último, la (iv) establece que las granjas están, por regla general, exentas, y que el derecho a establecer áreas de re-desarrollo y conservación no puede suponer la derogación del derecho a explotar la granja (garantizado en S. 3.1-22-28).
Misc. Statutes	2006-2007	Virginia	Kelo	El Estado de Virginia lleva aprobando medidas legislativas sobre expropiación desde el año 2000. Hay una sólida organización del derecho de propiedad.
SHB 1458	2007	Washington	Kelo	Hace referencia al procedimiento de notificación y condena. El Estado de Washington no ha aprobado una ley sobre expropiación; la sesión de 2008 contenía aproximadamente 9 piezas legislativas extraídas de sesiones previas. La Votación de 2006 fracasó.
H. B. 4048	2006	West Virginia	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa cuando el fin es primordialmente económico. Contiene una excepción de área arruinada, y la redefine para enfatizar las características perjudiciales para la salud y seguridad públicas. Exige la publicación y las negociaciones de buena fe con el propietario.

N.º del proyecto legislativo / artículo de Leyes	Fecha	Nombre del Estado	Tipo de medida	Contenido
A. B. 657	2006	Wisconsin	Kelo	Prohíbe la expropiación forzosa para transferir áreas no arruinadas a otra entidad privada. Redefine «área arruinada/dañada» para enfatizar las características perjudiciales para la salud y seguridad públicas.
H. B. 124	2007	Wyoming	Kelo	Define fin público como la posesión, ocupación, propiedad y disfrute de la propiedad por entidad pública. Se prohíbe la transferencia de propiedad privada a otra entidad privada, salvo con el fin de proteger la salud y la seguridad públicas. Se prohíbe, asimismo, que el Municipio delegue el ejercicio del poder institucional a agencias de renovación urbanística. Exige previa notificación, así como negociaciones de buena fe, con los propietarios antes de hacer uso de su poder institucional.

La historia de la regulación sobre el derecho de propiedad y el urbanismo en Estados Unidos de América refleja un poderoso *police power* frente a una idea excesivamente mitificada de la libertad y la propiedad y la jurisprudencia sobre las *regulatory takings* es muestra de ello.

Por su parte las técnicas urbanísticas, el planeamiento y la zonificación, se analizan desde su vertiente competencial y su peso institucional a lo largo de los años en los que se ha desarrollado la llamada «*silent revolution*» y en la que los estados federales han ido adquiriendo expresa o implícitamente un mayor peso institucional y regulador.

Si bien la pieza clave del urbanismo estadounidense no es otra que la zonificación a través de la cual se protege el *single (White) family home* detrás del que subyace un deseo de protección y exclusión racial de difícil comparación en nuestro entorno.

La vertiente antropológica es fundamental para comprender este modelo y valorar el peso que la sociedad civil tiene en Estados Unidos a través del *Wise Use Movement* incitador de las más recientes aportaciones normativas. Por su parte las más novedosas tendencias urbanísticas *Smart Growth*, o el *New Urbanism*, son un deseo de reconfigurar una realidad urbana esencial en el espíritu estadounidense y cuyos éxitos dependerán de la capacidad de saber combinar la realidad preexistente con nuevos parámetros ambientales enraizados en la sostenibilidad.

Marta
Lora-Tamayo
Vallvé

URBANISMO
Y DERECHO
DE PROPIEDAD
EN ESTADOS UNIDOS

ISBN: 978-84-9890-240-2



9 788498 902402