

**IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI/OÑATI**

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

SELMA RODRIGUES PETERLE

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E56 Encontro Internacional do CONPEDI (4. : 2016 : Oñati, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid

[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Selma Rodrigues Petterle, Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-146-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Sociedade: diálogos entre países centrais e periféricos

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Estado. 3. Constitucionalismo. 4. Sociedade.

CDU: 34

IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI

ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E SOCIEDADE

Apresentação

A presente obra reúne artigos que foram aprovados (com dupla revisão cega por pares), apresentados e debatidos durante o IV Encontro Internacional do CONPEDI-OÑATI, realizado entre os dias 16 e 18 de maio de 2016, no Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, na província de Gipuzkoa, na região autônoma do País Vasco (Espanha). A temática central que permeou o evento, isso desde a fase inicial de projeto até a sua concretização, foi a de aprofundar as reflexões na Área de Concentração do Mestrado em Direito do UNILASALLE (Direito e Sociedade). Para dar conta desse desafio contamos com inestimáveis parcerias. A do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que reúne os Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil e que tem desempenhado um papel central no fomento à pesquisa científica na área do Direito, assim como o Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, instituição de renome internacional com a qual o Mestrado em Direito do UNILASALLE mantém um vivo Convênio Internacional, consolidando, concretamente nossa internacionalização.

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direito e Sociedade, indissociavelmente conectados, os esforços foram direcionados para o aprofundamento do diálogo entre os países ditos como centrais e periféricos e as múltiplas questões atreladas a essas denominações. Sob esta perspectiva foram concebidos vários grupos de trabalho. Dentre estes, o Grupo de Trabalho (GT) “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, com o propósito de propiciar um debate aberto e com elevado nível científico sobre os seguintes temas: evolução histórica do constitucionalismo – constitucionalismo contemporâneo: neoconstitucionalismo, garantismo e novo constitucionalismo latino-americano; âmbitos de expansão do constitucionalismo: constitucionalismo global e constitucionalismo dos micro-poderes privados; constitucionalismo e democracia. As atividades deste GT foram desenvolvidas no dia 16 de maio de 2016, nos turnos da manhã e da tarde.

Considerando esse vasto universo temático, optou-se, no GT “Estado, Constitucionalismo e Sociedade”, por reunir os artigos em blocos, por afinidade temática ainda mais estreita, o que viabilizou um rico e fértil debate, após o breve período de apresentação. Esta dinâmica, além de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou concretamente a reflexão e o intercâmbio de ideias, o que sem dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica Área do Direito.

Onãti, maio de 2016.

Prof. Dra. Selma Petterle, Doutora em Direito pela PUCRS (2012), Coordenadora Adjunta e docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

Prof. Dr. Sergio Cademartori, Doutor em Direito pela UFSC (1998), docente permanente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

**CONSTITUCIONALISMO COMPARADO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA
PROPIEDAD, O DIREITO HUMANO À MORADIA E OS MOVIMENTOS
SOCIAIS URBANOS SUPRANACIONAIS**

**CONSTITUCIONALISMO COMPARADO SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA
PROPIEDAD, EL DERECHO HUMANO A LA VIVIENDA Y MOVIMIENTOS
SOCIALES URBANOS SUPRANACIONALES**

**Wellington Migliari
Rosemberg Aparecido Lopes Ferracini**

Resumo

A partir do método do direito comparado, o presente artigo debate a função social da propriedade e sua ineficácia em duas realidades constitucionais singulares. A reintegração de posse da área coletiva de Pinheirinho, na cidade brasileira de São José dos Campos; e o litígio espanhol em Martorell, Catalunha, em relação às cláusulas abusivas nos contratos de hipoteca com despejos massivos. Esses dois casos destacam temas de direitos humanos em regimes democráticos pós-períodos autoritários e delimitam cada vez mais a disputa político-jurídica constitucional quanto às garantias e aos princípios sociais a partir de movimentos urbanos supranacionais.

Palavras-chave: Direito à moradia, Sistema de propriedade, Direitos humanos e movimentos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

Con base en el método del derecho comparado, el presente artículo se detiene en el debate de la función social de la propiedad y en su falta de efectividad en dos realidades constitucionales singulares. El desahucio de Pinheirinho, ciudad brasileña de São José dos Campos; y el litigio español en Martorell, Cataluña, sobre las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios con desalojos masivos. Esos dos casos ponen de relieve cuestiones de derechos humanos en regímenes democráticos post-periodos autoritarios y delimitan cada vez más la disputa político-jurídica constitucional en defensa de garantías y principios sociales a partir de movimientos urbanos supranacionales.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derecho a la vivienda, Sistema de propiedad, Derechos humanos y movimientos sociales

1. Introducción: ¿Por qué la función social de la propiedad no es necesariamente un principio rector de un régimen democrático?

El gobierno del Tercer *Reich* (1933-1945) mantuvo el concepto de la función social de la propiedad, que había estado ya en la Constitución de la República de Weimar de 1919, artículo 153, sin que el sistema político autoritario se opusiera a la forma jurídica de la función social de la propiedad. En un Estado de excepción, selectivo y con probable aplicación pendular de normas sobre derechos de los propietarios, el dispositivo legal y técnico no estuvo bajo amenaza.¹ Así como otras naciones europeas, la sociedad alemana tubo que hacer frente a abusos económicos y especulativos en el sistema de propiedad con el fin de la Primera Guerra Mundial.² Ya contra el poder discrecional y arbitrario del Estado, realidad estadounidense, la Enmienda 5 de 1791 en la Constitución de Estados Unidos de América ha defendido desde aprobada que no habrá acto de expropiación forzosa sin el debido procedimiento y justa compensación. En el período de reconstrucción *post*-Segunda Guerra Mundial, la categoría jurídica se multiplica en diversos contextos nacionales que ya no tenían más relación con regímenes autoritarios. La Carta Italiana de 1947, artículo 42, es un ejemplo, sin embargo la propiedad es objeto de expropiación forzosa con interés social ya en la carta provisoria de 1943 mientras todavía el país era comandado por militares. La Constitución de la República Democrática de Alemania de 1949, artículo 22, en este momento, sin explicitar la función social de la propiedad, impone restricciones también al derecho de propiedad cuyos efectos son similares a principios de armonía social en contra el poder absoluto de propietarios especuladores. Es innegable que los sistemas constitucionales europeos comprenden la propiedad privada limitada, pero debe ella y las garantías fundamentales coexistir. Es importarte decir que el sistema de propiedad genera altos costes para la justicia de un país, demanda infraestructura y compensación material del Estado hacia el propietario en casos de expropiación forzosa motivadas por el interés general.³

En el constitucionalismo francés, la Magna Carta de 1958, artículo 34, transfiere la responsabilidad de concretar la materia de propiedad al legislador. Si el parlamento es omiso o negligente a principios de una sociedad económicamente justa, hay una transmisión directa de los poderes del legislador para el poder discrecional por parte del ejecutivo. Eso explica la

¹ SCHIMDT, Carl. Definición de la soberanía. In: **Teología política**. Madrid: Trotta, 2009. p. 13-20.

² WOLF, Nicolaus. Europe's Great Depression: Coordination Failure after the First World War. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 26, n. 3, p. 339-369, 2010.

³ HUFFMAN, James L. Unconstitutional takings of the private property. In: **Private property and the constitution: state powers, public rights and economic liberties**. New York: Palgrave, 2013. p. 139-184.

Loi d'Orientation pour la Ville de 1991 (LOV), que imponía un 20% de vivienda social a cada ciudad y reducción de la segregación espacial. Por un lado, un mecanismo de contrapoder a cualquier tipo de abuso y noción absoluta del sistema mercadológico en el derecho de propiedad con responsabilidad a ciudades y no a individuos solamente. Por otro, espacio para la ambigüedad del poder ejecutivo que puede hacer el uso diligente del poder discrecional o actuar con arbitrariedad sobre las competencias administrativas. En el caso francés, están también previstas en la *Loi Relative à la Solidarité et au Renouvellement Urbains* de 2000 sanciones financieras a municipalidades que incumplen el imperativo normativo para la existencia de viviendas sociales y incluso la avocación de las competencias para la otorga de licencias de edificación.

Los textos constitucionales pueden indicar aún definiciones breves sobre el derecho de propiedad, sus aspectos económicos en el goce de la vida privada y sus fronteras hacia el interés general. El conflicto entre privados también está previsto en principios de inviolabilidad de las garantías fundamentales y, así, es importante la protección del Estado a individuos imposibilitados de acceder a su bien.⁴ Sobre el significado de “social” en función social de la propiedad, también hay matices entre el interés de todos y el pluralismo democrático. Tal como la Constitución Portuguesa de 1974, artículo 61.1, por ejemplo, las restricciones al uso de la propiedad se basa en el interés general y no específicamente dispone de una norma jurídica de función social. Para el constitucionalismo portugués, el bien de los ciudadanos no parte de la lógica de mercado y consumo. Noción pionera y corajosa incluso para obligar el propietario a vigilar su objeto y, consecuentemente, evitar o compensar daños a terceros.⁵ En la Constitución de Polonia de 1997, artículo 233.2, límites a libertades y derechos individuales, tales como propiedad y posesión, si no están basados en cuestiones de creencia, género o cualquier otro ato discriminatorio, no se consideran amenazadoras al Estado democrático de derecho. En los países de Latinoamérica, con sus recientes experiencias en relación con la historia del constitucionalismo, sus cartas nacen del poder constituyente o se modifican a la luz del periodo de redemocratización a partir de los años 1980.⁶ La Constitución Federal Brasileña de 1988, artículo 5, XXIII; y la Española de 1978,

⁴ “The law does not guarantee me the physical or social ability of actually using what it calls mine. By public regulations it may indirectly aid me by removing certain general hindrances to the enjoyment of property. But the law of property helps me directly only to exclude others from using the things [*sic.*] which it assigns to me. If then somebody else wants to use the food, the house, the land, or the plow which the law calls mine, he has to get my consent”. Véase COHEN, Morris R. Property and sovereignty. **Cornell Law Review**, v. 13, n. 8, p. 12-13, 1927.

⁵ Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1Nghy5I>> [consulta: 22 de agosto del 2015].

⁶ CRAWFORD, Colin. The social function of property and the human capacity to flourish. **Fordham Law Review**, v. 80, n. 3, p. 1089-1134, 2011.

artículo 33.2, reconocen la función social de la propiedad. Sin embargo, es interesante notar que la ideología no interfiere en la existencia del dispositivo tal como parece ser la prerrogativa del Estado social y democrático de derecho. La noción de social también puede ser la antítesis del proyecto social, ya que el concepto jurídico se mantiene en el ámbito económico heredado de una tradición oligárquica o dictatorial de una clase de terratenientes. Durante el Régimen Militar (1964-1985), en su artículo 157, la Constitución Brasileña de 1967 defendía la función social de la propiedad. El ejercicio político en sus parlamentos conlleva también distorsiones formales, *i.e.*, la función social en el procedimiento judicial es una garantía formal contra abusos del legislador en un congreso con mayoría conservadora y elitista que el propio poder legislativo previene a sí mismo de sus futuros excesos.⁷ En el caso español, la Carta de 1931, artículo 44, la misma que vigoró durante el periodo dictatorial franquista (1936-1975), explicita la “expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización” y que la “propiedad podrá ser socializada”.

El derecho comparado ha sido una área prodigiosa en estudios sobre sistemas constitucionales. Es un método interesante para evidenciar similitudes y contrastes principalmente en elementos que no se conectan esencialmente con cotejo de principios o normas *per se*.⁸ En el presente trabajo, pone de relieve contrastes sobre el sentido de “social” en materia de propiedad en cartas constitucionales diversas y permite contrastar decisiones judiciales en realidades sociales y democráticas de derecho muy distintas.⁹ Además, el papel de los jueces puede, con sus diversas interpretaciones y formas de argumentación, revelar de modo objetivo si decisiones en materia de propiedad promueve más justicia social. Por otro lado, si magistrados reproducen modelos utilitaristas o consagran una especie de activismo judicial con alto grado de parcialidad.¹⁰ Al comparar decisiones judiciales, sus contrastes y singularidades, o los tipos de técnicas utilizadas en Brasil y España por jueces para pacificar la disputa entre propietarios y ocupantes, podemos evaluar que tipo de democracia ha sido generada. Es posible evaluar también por el método comparado si el sistema de propiedad de cada país ha avanzado o no en temas de derechos humanos internalizados desde sus constituyentes con la ayuda de tratados internacionales. El análisis de fundamentos jurídicos sobre la tensión *occupatio* y *dominium*, cosa libre de posesión en caso de omisión

⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 66, p. 109-137, 2006.

⁸ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. Introduction. In: **Introduction to comparative law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1987. p. 1-12.

⁹ MACPHERSON, C. B. The meaning of property. In: **Property: mainstreams and critical positions**. Toronto: Blackwell, 1978. p. 1-13.

¹⁰ ACKERMAN, Bruce A. Utilitarian adjudication. In: **Private property and the constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977. p. 41-70.

especulativa de propietarios-empresas y propiedad absoluta sin obligaciones, también forman parte del poder de policía del Estado.¹¹

2. Caso de Pinheirinho *c.* Massa Falida Comércio e Indústria Selecta S/A: ¿Inconstitucionalidad en actos administrativos y judiciales?

En Brasil, Municipalidad de São José dos Campos, Estado de São Paulo, una propiedad llamada Pinheirinho, que fue ocupada por miembros de la *Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais*, es un ejemplo claro de negligencia administrativa e incumplimiento de la función social de la propiedad. Se trata de una empresa que ha acumulado numerosas deudas con en el ayuntamiento, gobierno del Estado de São Paulo y la Federación. Además de la omisión de la responsabilidad del privado, existe la negligencia de poderes públicos locales en no tasar el deudor y, en última instancia, no demandar de estas propiedades irregulares causadoras de estafa a la administración pública el pago forzoso con base en la Ley Federal de Deuda Activa 6.830/1980, artículos 2, § 1; 4, 4§; 6, apartado I, en materia de equilibrio del presupuesto público. La inacción de la municipalidad corrobora el déficit de vivienda en Brasil y el incumplimiento de límites internos a la propiedad.¹² Conforme al artículo 23, apartado IX, de la Constitución Federal Brasileña de 1988 y la Ley Federal 11.977/2009, la responsabilidad de promover viviendas y la regularización del suelo en el país es de todas las competencias administrativas federales, sino con prerrogativa local. Es importante poner de relieve que la magna carta brasileña, en materia de propiedad y orden económica, artículo 170, garantiza el derecho de propiedad a empresas en su apartado II, pero alude también a la función social en el apartado III que el patrimonio privado debe tener en cuenta para hacer efectiva la justicia social.¹³

La prioridad constitucional que la municipalidad tiene, previsto en el artículo 182 de la Constitución Federal de 1988, *caput*, impacta en la política de desarrollo urbano y de planeamiento de las ciudades.¹⁴ Es importante mencionar que la defensa de Pinheirinho es

¹¹ HUFFMAN, James L. Police power. In: **Private property and the constitution: state powers, public rights and economic liberties**. New York: Palgrave, 2013. p. 07-44.

¹² En el presente caso, la Massa Falida Selecta Comércio e Indústria S/A posee una propiedad en la región sur de São José dos Campos con alto valor inmobiliario-especulativo.

¹³ Con base en datos del Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), hay un déficit de viviendas de 5.4 millones en Brasil. Más de la mitad de las unidades ocupadas, sobre un total de más de 53 millones de hogares en el país, presentan condiciones precarias, con dos o más familias y muchos de los alquileres sobrevalorados. Véase FURTADO, Bernardo Alves; NETO, Vicente Correia Lima; Krause, Cleandro. “Estimativas do déficit habitacional brasileiro (2007-2011) por municípios (2010)”, *Nota Técnica*, núm. 1, 2013, p. 05-08. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1NcvJJ6>> [consulta: 07 de agosto del 2015].

¹⁴ El Estatuto de la Ciudad, Ley Federal 10.257/2001, artículo 39, también prevé la prioridad en materia urbana y

desproporcional y incompatible con los principios constitucionales de equidad. Entre los más de seis mil individuos que vivían en la área y una empresa deudora negligente, millones en impuesto sobre la propiedad aparte la deuda ante sus ex-empleados que generó costes de seguridad social pagados con fondos federales, la solución podría haber sido pensada según el equilibrio de la función social de la propiedad. En 2012, el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (TJSP) tubo en las manos la posibilidad relativa de armonización del conflicto de interés entre las competencias administrativas y la no polarización entre propietarios responsables y los que son deudores en la sociedad brasileña. Podría también haber hecho más efectivo el derecho a la vivienda y imponer efecto simbólico en la decisión por existir gran movilización de la prensa, sociedad y organizaciones de derechos humanos.

En la solución del conflicto, la municipalidad podría haber utilizado el artículo 5, apartado XXIV, que prevé la indemnización previa y en efectivo para áreas expropiadas con interés social. El coste generado y pagado por todos los entes de la federación posteriormente fue próximo a tres veces más la sobrevalorada área de Pinheirinho.¹⁵ Negligencia de las autoridades en materia de salud pública y la falta de infraestructura sanitaria básica forman parte también de las externalidades negativas causadas por la Massa Falida Comércio e Indústria Selecta S/A.¹⁶ Pinheirinho se la devolvió a sus administradores después que el Presidente del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo contestara el recurso de los ocupantes ante el poder público federal. Brasil es una federación y el sistema judicial del gobierno estatal es independiente del poder de las cortes superiores en materia de

la aplicación de la función social de la propiedad para las municipalidades.

¹⁵ Una vez el gobierno promueve el Programa Minha Casa, Minha Vida, reglamentado por la Ley 11.977/2009, hay algunos avances importantes. Los grupos familiares en zonas de riesgo geofísico y mujeres responsables de familias monoparentales, grupos previstos en el artículo 3, apartados II y III, pueden ser entendidos como cambios relevantes. Sin embargo, es necesario aclarar que el proyecto de construcción masiva de viviendas no se inserta en un plano nacional de disminución sistemática de desigualdades. La tensión entre los poderes administrativos empieza en este punto, pues la deuda de propietarios y el incumplimiento constitucional de la función social de la propiedad siguen generando costes en las administraciones públicas. El artículo 2 de la Ley 11.977/2009, por ejemplo, prevé la viabilidad del programa conforme a la disponibilidad financiera del estado federal brasileño. En otras palabras, el coste social para el desarrollo del derecho a la vivienda con construcción de unidades habitacionales, artículo 23, IX, de la Constitución Federal Brasileña de 1988, no es tratado como fijo, sino determinado por las variaciones de la contingencia económica e inmobiliaria especulativa. El artículo 21, de texto constitucional brasileño, apartado XX, hace referencia a la construcción de vivienda y a la promoción de políticas de saneamiento básico. No obstante, la construcción de una infraestructura de alcantarillado aún es determinada por la lógica centro-periferia en las ciudades brasileñas. Las regiones más centrales o bien ubicadas en el plano urbano de las gran ciudades brasileñas cumplen relativamente lo que determina la Ley 11.445/2007 en materia de saneamiento básico. Hay todavía un gran número de municipios con enfermedades causadas por falta de condiciones básicas de higiene y salud en Brasil. Los datos oficiales demuestran que más de la mitad de la totalidad de los ayuntamientos en el país sufren con el problema. Son más de 2.400 municipios brasileños afectadas de un total de más de 5.000. En las regiones del nordeste y norte, son los niños que se encuentran más expuestos a la falta de servicios básicos. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1KV5Vwq>> [consulta: 13 de agosto del 2015].

¹⁶ Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1Epp6Kd>> [consulta: 13 de agosto del 2015].

enjuiciamiento civil. Sin embargo, hay excepciones puntuales. El Superior Tribunal de Justicia, poder federal en los estados, por ejemplo, puede pedir transferencia de competencia en casos de violaciones de derechos humanos.

Irónicamente, hubo noción de error y conflicto en materia de competencia. Según el juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, presidente del TJSP, para el impedimento de la reintegración de posesión podría el tribunal federal haber acudido al correcto procedimiento. Primero, era necesario que la federación se declarara sujeto pasivo, a saber, afectada por el caso en materia de derechos humanos y obligada indemnizar el propietario por el acto de expropiación forzosa motivado por interés social. De esa manera, el Tribunal Regional Federal sí que tendría competencia para impedir la retirada violenta de los trabajadores sin techo de Pinheirinho.¹⁷ Conforme al propio juez Ivan Ricardo Garisio Sartori, artículos 36, apartado III, y 34, VII, letra “b”, de la Constitución Federal Brasileña de 1988, la justicia de la federación tenía base legal para evitar el desalojo de aproximadamente 1500 familias. La jueza municipal de la 6ª Vara, Márcia Faria Mathey Loureiro, tampoco tubo sensibilidad sobre la materia en primera instancia y no cogitó el cumplimiento constitucional de la función social de la propiedad.¹⁸ Es importante decir que el conflicto de competencias no es excusa para sobreponer la inacción de la función social de la propiedad y hacerse negligente frente a la incorrección de procedimiento jurídico. Los efectos del desarrollo del caso fueron devastadores para la sociedad brasileña, resultaron un privado deudor sin sanciones y motivaron violencia física y vulneración de derechos humanos. Los elevados costes a las administraciones promueven más desequilibrio socioeconómico en un país donde hay extremados contrastes sociales.¹⁹ Para el jurista Cândido Rangel Dinamarco, el proceso no debe ser tomado con un fin en si mismo, sino, sobre todo, como medio apto para asegurar un derecho invocado sea por quien fuere.²⁰

Sin embargo la clara motivación de interés social presente en la ocupación de Pinheirinho, incluso prevista en el Código Civil Brasileño de 2002, artículo 1.228, § 3º, la solución producida fue el desahucio. Además de las consecuencias morales y jurídicas, el Ayuntamiento de São José dos Campos aplicó un descuento de un 10% sobre los impuestos de la propiedad impagados hacía años. Para las tasas futuras sobre la propiedad, un bono

¹⁷ Véase la decisión del Tribunal de Justiça de São Paulo, año de 2012. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1HaWryE>> [consulta: 20 de agosto del 2015].

¹⁸ La instancia jurisdiccional de la unión federal no demostró interés en el caso durante el año de 2012. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1JYBw2N>> [consulta: 21 de agosto del 2015].

¹⁹ KENNEDY, David. Some caution about property rights as a recipe for economic development. **Accounting, Economics and Law**, v. 1, n. 1, p. 01-62, 2011.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

sobre el importe total de un 6,5%. Antes el cobro del Imposto Predial Territorial Urbano era de un 8%, desde el desahucio, pasó a ser de un 1,5%.²¹ El beneficio de la Massa Falida Comércio e Indústria Selecta S/A se incrementa, porque los gobiernos federal y de la provincia formalizaron un contrato de construcción de viviendas con interés social. Los costes de indemnización en una nueva área más la construcción de unidades superan 172.8 millones de reales y recaen en toda la sociedad brasileña. El gobierno federal pagará 136.8 millones del total. La deuda sigue subiendo. Once meses después de la ocupación llegó a casi 30 millones de reales.²² Esa lógica de decisión jurídica estimula irresponsabilidades de privados y asegura a la propiedad ningún tipo de obligación jurídica. Se trata de un concepto de propiedad y contrato privado absoluto e imperioso, sin límites internos y varios fallos externos por parte del Estado.²³

La énfasis inicial de la justicia federal en no ver razón para la interferencia del estado brasileño en la jurisdicción del Estado de São Paulo ha cambiado. Desde la decisión del TJSP en desahuciar las seis mil personas en Pinheirinho, el magistrado Antônio Cedenho del Tribunal Regional Federal da Tercera Región aceptó el recurso de apelación con base en materia de derechos humanos y el restablecimiento de un serie de argumentos a favor del principio del contradictorio y de superación de fallos normativos de procedimiento para garantizar el derecho de grupos vulnerables.²⁴ Según el Informe de la Decisión Número13969/2015, el supuesto conflicto de competencia 120789/SP, desahucio de ocupantes y defensa del derecho de propiedad, no invalidan la acción civil pública y la efectividad procesal. Afirma que el poder público federal tiene interés en la solución del conflicto y que lo mismo debe estar de acuerdo con la promoción de viviendas e integración

²¹ Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1Eqj2Bi>> [consulta: 22 de agosto del 2015].

²² Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1F8CkyM>> [consulta: 21 de agosto del 2015].

²³ KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1685-1778, 1976. Según el jurista Morton J. Horwitz, la concepción excesivamente física de la propiedad impone una falsa lógica de que un objeto tendrá, entre otros aspectos, un valor de cambio. Si la forma del contrato no contiene vicisitudes y todos los procedimientos de mercado están conforme a las reglas de transferencia del bien, es posible que el propietario pueda disfrutar de su objeto. La paradoja de tal razonamiento es que la propiedad puede valorarse o depreciar su precio conforme a la conveniencia del interés económico y sus cambios. En la tendencia ascendente o descendente del valor de la propiedad, la función social o su contribución financiera a los poderes públicos es una forma de compensar la plusvalía que el privado tiene con las inversiones públicas en el alrededor de su bien. Véase HORWITZ, Morton J. The progressive transformation in the conception of property. In: **The transformation of American law**. New York: Oxford University Press, 1992. p. 145-151.

²⁴ Recurso de Apelación Instrumental Número 0001312-98.2014.4.03.0000/SP. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa afirma que las reglas de procedimiento en el período de la constituyente brasileña era una manera de garantizar el equilibrio del Estado de derecho con las fuerzas conservadoras de una sociedad extremadamente tradicional. Véase BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. A emergência do projeto constitucional democrático: convocação, processo e significado da Constituinte de 1987-1988. In: **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Edições Câmara, 2012. p. 238-247.

de grupos en situación de riesgo, Constitución Federal Brasileña de 1988, artículo 23, apartados IX y X. Menciona el jurista la Ley 11.977/2009, artículos 46 y 50, respectivamente, los entes de la administración pública en todos los niveles deben legalizar las ocupaciones con personas que no tuvieron condiciones de elegir otros medios para vivir. El magistrado considera la ocupación en Pinheirinho legítima, pues no tiene un fin en ella misma y sirve como instrumento paliativo a solución posterior de los poderes públicos. Las propiedades privadas o del Estado, con características que conforman el perfil empresas de talante especulativo-inmobiliario, no pueden ser pensadas de la misma manera que los casos de bienes directamente conectados con individuos o familias. Además, el juez federal menciona que los fundamentos de grave violación de derechos de la persona humana están presentes incluso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos (OEA). Antônio Cedenho añade que la Constitución Brasileña de 1988, en su artículo 21, “a”, impone la obligación del Estado brasileño en internalizar los principios de la Convención de la OEA.²⁵

3. Caso de Mohamed Aziz c. Caixa d’Estalvis Catalunya: ¿Inconstitucionalidad en actos administrativos y judiciales?

El caso Aziz c. Caixa d’Estalvis de Catalunya tuvo una solución parecida, pero con extremo valor simbólico. Un señor y su familia, tras años de cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias, fue desahuciado con su familia. Después de encontrar no solamente incertidumbres cuanto a elementos de derechos humanos y desalojo, el Tercer Juzgado Mercantil de Barcelona, el juez José María Fernández Seijo, dejó a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) la apreciación del conflicto. La pregunta formulada por el magistrado catalán ante el tribunal de Luxemburgo fue si un contrato con cláusulas abusivas debería haber resultado en desalojo. El TJUE se pronunció favorable a la demanda de Mohamed Aziz, obrero marroquí, y el Estado español se vio obligado a dar cabo a sentencias cuya materia traía un conflicto similar entre viviendas hipotecadas y un sistema bancario de propiedades. Así que el Estado español debería parar de impulsar en su sistema jurídico sentencias de desalojo en las cuales se encontraban muchos deudores con contratos defectuosos. Además, los contratos de adhesión imponían restricciones al tomador de crédito

²⁵ En 2007, el Estado brasileño fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 12.478, Séptimo Garibaldi, por la violación de los artículos 8 y 25 de la Organización de los Estados Americanos, respectivamente, sobre garantías y protección judiciales. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1Odiwjx>> [consulta: 22 de agosto del 2015].

y lo transformaba en rehén de condiciones de financiación o endeudamiento que él no había efectivamente negociado. El TJUE también actuó contrariamente a la tendencia corriente de los juzgados españoles en inobservar derechos del consumidor. La buena fe y las condiciones de pago, por ejemplo, no deberían ser amenazadas por vicios de consenso *in idem placitum consensus*. La base legal del tribunal se encuentra en la Directiva 93/13/Comunidad Económica Europea, artículo 3, *caput*, y su apartado primero. No obstante el análisis del TJUE, es posible también comprender que el cumplimiento de derecho privado o de contrato no puede afrontar principios constitucionales. El tema parece suscitar, sobre todo, un debate relevante cuanto a la dignidad y protección humana, no solo el incumplimiento de ciertas formalidades para la elaboración adecuada de cláusulas contractuales. En España, bancos, grandes promotores de vivienda y agencias gestoras de inmuebles siguen elevando sus beneficios materiales en mercados de propiedades.

El artículo 148.3 de la Constitución Española de 1978 atribuye materias de planificación del suelo edificable a las Comunidades Autónomas. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda son competencias de las regiones y no del Estado español. Sin embargo, los estatutos aprobados en parlamentos locales no deben generar conflictos con derechos y principios constitucionales. Según Javier Perez Royo, dicha desconexión entre derechos constitucionales y leyes orgánicas, en consecuencia, los estatutos autonómicos, “choca con la finalidad perseguida por el legislador, que no era otra que la de integrar a las Leyes Orgánicas en una suerte de 'bloque de constitucionalidad’”.²⁶ Instituto de Vivienda de Madrid y Anticipa, agencias de viviendas con ánimo de interés, respectivamente, organismo autónomo del gobierno y privado que manejan propiedades construidas con dinero público y de protección oficial. Si consideramos el problema desde la perspectiva del derecho público, tampoco los decretos autonómicos pueden amenazar normas que tienen como fin la buena administración. Incluso el Consejo de Europa, con la recomendación R(2007)07, documento aprobado por su Consejo de Ministros, ha puesto de relieve la responsabilidad de las administraciones y competencias que tienen hacia un gran número de individuos y al interés general. La negociación de viviendas de protección oficial en régimen de mercado con ánimo de lucro es un ataque a los recursos provenientes de los ciudadanos, a los derechos sociales inscriptos en la constitución y a la buena administración. Sobre el caso de Mohamed Aziz *c.* Caixa d'Estalvis de Catalunya, el juez catalán del tercero juzgado mercantil de Barcelona fue

²⁶ ROYO, Javier Perez. La constitución como fuente de derecho. In: **Las fuentes del derecho**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 29-56.

lo que más influyó la demanda del derecho a la vivienda a la luz de tratados internacionales y, consecuentemente, asegurar un derecho constitucional.

La decisión del juez José María Fernández Seijo en consultar de TJUE fue una alternativa que no se pautó en los posibles errores de procedimientos. Es importante mencionar que la demanda del afectado Mohamed Aziz *c.* Caixa d'Estalvis de Catalunya no llegó a él como un problema puramente de derecho de consumidor. No obstante, el juez tenía claro que plantear el caso o dar una solución solo en el campo de los derecho humanos no resultaría en una decisión efectiva. La cultura de poderes absolutos de propiedad es aún muy presente en España. Además, para el magistrado, era necesario el cambio en la lógica jurídica y pensar el problema del derecho a la vivienda por medio del contexto social y actual de crisis en el sistema hipotecario.²⁷ Parámetro este inclusive en conformidad al Código Civil Español, artículo 3.1, *i.e.*, “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”. Es importante decir que la actitud del magistrado en el caso de Mohamed Aziz reveló un recobro de los valores y principios de garantías fundamentales, pero, sobre todo, en una ética basada en la dignidad de la persona humana reconocida por la Constitución Española de 1978. Después que el TJUE dictó su parecer, hubo un cambio colosal en las decisiones de jueces españoles cuanto al conflicto entre el sistema de propiedad y el derecho a la vivienda. Actualmente, los bancos son los mayores propietarios en el estado español e incumplen normativas locales, como la 18/2007 de Cataluña, al mantener pisos y viviendas desocupadas por más de dos años.²⁸

4. Tratados internacionales como fuente de derecho sobre el conflicto entre el derecho a la vivienda y el sistema de propiedad

La negación de la función social de la propiedad propuesta en el presente trabajo se concreta en el momento que tanto las administraciones públicas cuanto el poder judicial son negligentes en materia de garantías sociales. El conflicto entre el derecho a la vivienda y el sistema de propiedad bajo una interpretación favorable al interés social no debería ser negado en realidades con enormes contrastes socioeconómicos. Los costes creados por la gran

²⁷ ESTAPÀ, J. S.; PÉREZ, Jordi Bonet (Eds). **El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis**. Marcial Pons: Barcelona, 2013. p. 323.

²⁸ El Instituto Nacional de Estadística (INE) publicó una nota en diciembre de 2013 sobre el número de viviendas desocupadas en España. Son más de 3.4 millones de unidades subutilizadas y que incumplen la función social de la propiedad. Disponible [en línea] <<http://bit.ly/JaKEUW>> [consulta: 22 de agosto del 2015].

cantidad de procesos en la justicia y contra el patrimonio de las administraciones públicas son altos. No obstante, podemos ser optimistas en cumplir derechos básicos a la ciudadanía con base jurídica prestada por los tratados internacionales. La Constitución de la República de la Nación Argentina de 1994 no reconoce la función social de la propiedad, pero, en su artículo 75, apartado XXIII, afirma que al congreso corresponde “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.²⁹ Argentina es signataria de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADHs) y, en su artículo 21, la propiedad tiene su uso subordinado al interés social. En Latinoamérica el interés general y la función social de la propiedad están presentes otros textos constitucionales y amparados por la CADHs. En la Constitución de la República de Uruguay de 1967, artículo 32, la propiedad debe tener también en las leyes posteriores y derivadas el principio de interés general en materia de desarrollo socioeconómico. En el artículo 6 garantiza la solución de conflictos siempre basado en medios pacíficos sin comprometer la integración social y económica regional. La Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolivia de 2008, artículo 56, I, reconoce la función social de la propiedad y establece una estructura más compleja para la categoría jurídica. Avanza, por ejemplo, en la jurisdicción agroambiental, artículo 186; recursos hídricos, artículo 373, II; y propiedad agraria, artículo 397, I y II. En el caso boliviano, las cuestiones de propiedad y medio ambiente ponen de relieve también debates de carácter transfronterizo. Es evidente que los contrastes sociales y la creciente concentración de renta en los países latinoamericanos forman todavía parte de sus complejas realidades, pero pueden ser combatidos con el uso más equilibrado del sistema de propiedad. El derecho a la vivienda parecer ser una buena traducción jurídica de la función social.

La discusión sobre el derecho a un hogar es distinto de la efectiva promoción del derecho a la vivienda digna y asequible. No es un concepto reciente e ya el artículo 11.3, Constitución de Austria de 1920, refundida en 1945 y emendada en 2009, la legislación federal republicana prevé la materia de viviendas con interés social y la dignidad humana. Los conflictos armados dejaron miles de muertos, pero también sensibilizaron a los poderes públicos. El avance del capital inmobiliario en Europa en la era posterior a la Primera Guerra Mundial (1914-18) era una realidad y debería ser frenado en el contexto de reconstrucción. Por eso, el ánimo de interés y mercado existe, pero de manera moderada en formas de fondos

²⁹ La Constitución de la Nación Argentina de 1949, artículo 38, tenía la función social de la propiedad como reto para establecer el bien común.

sociales. La Constitución Italiana de 1947, artículo 47, por ejemplo, prevé el ahorro popular a la propiedad para el crédito y la financiación de viviendas. Sin embargo los numerosos problemas, había un esfuerzo conjunto para la edificación de una sociedad más justa en la época posterior a la Segunda Guerra (1939-45). La Constitución de Alemania de 1949 afirma, artículo 26, que cada ciudadano o familia, principalmente, víctimas del fascismo o guerras, tienen derecho a una vivienda digna. La Constitución de Polonia 1997, artículo 75.1, asegura lo mismo. El derecho a la vivienda es un mecanismo objetivo y presente también en los países que pasaron por experiencias de Estados autoritarios amparados por regímenes de excepción como España, Portugal, Grecia y Brasil después del nazi-fascismo en Italia y Alemania, pero no parece tratarse de una compensación al sufrimiento humano. La Constitución de España, 1978, artículo 47; y en la Constitución Federal Brasileña de 1988, artículo 6 asocian la vivienda digna a otros derechos tal como agua potable, derecho a un medio social no degradante y integrada a la infraestructura urbana. En el plano internacional, el principio auxilia al esfuerzo de superación a condiciones de vida deplorables en las grandes ciudades globales. La función social se muestra compatible con el sistema de propiedad y el derecho a la vivienda.

En los últimos años, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha preparado el camino para la jurisprudencia en materia de vivienda como los casos concretos de desahucios de *Centre on Housing Rights and Evictions c. France, Italy and Croacia*. Los documentos 63/2010, 58/2009 y 52/2008 son muy relevantes.³⁰ El artículo 31 de la Carta Social Europea reafirma la importancia de defensa de este derecho como forma de combate a la pobreza, exclusión y vulnerabilidad de grupos marginalizados.³¹ Noviembre de 2014, en una resolución de *Council of Europe, European Committee of Social Rights*, España es condenada también por incumplir derechos fundamentales y por poner en riesgo la dignidad humana en materias como trabajo, derecho a la organización colectiva y a la justa remuneración salarial.³² Otros países también han vulnerado la clase trabajadora sin imponer responsabilidades a sistemas de propiedad. La *Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri* (FEANTSA) ha litigado con el gobierno francés en cuestiones de conflicto e ineffectividad del derecho a la vivienda. La organización llevó a cabo demandas contra

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

³¹ Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1VxrPPk>> [consulta: 27 de agosto del 2015].

³² Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1VyCsML>> [consulta: 01 de septiembre del 2015].

Eslovenia y Holanda por la misma razón. Los casos 30/2006, CC39/2006 y 86/2012 son ejemplos de Estados que no cumplen el equilibrio social imponiendo límites a los grandes propietarios de viviendas, privados o públicos, y son negligentes al interés general.³³ Hay decisiones judiciales que reflejan formas tradicionales de poder en el orden burgués y mantienen relaciones de privilegio claramente bajo aún una noción de derecho civil. Tal cooptación es incompatible con los preceptos constitucionales por más justicia social y económica en los Estados contemporáneos *post*-dictaduras de los años 1970 y 1980.³⁴ La negación del precepto de la función social de la propiedad está presente en la tradición ibérica cuanto a lo que las clases políticas y financieras más poderosas comprenden por propiedad privada.³⁵

5. Breves notas finales sobre la afirmación popular de los derechos humanos

En 1832, los trabajadores de Londres hicieron un huelga general por un mes. La denominaron periodo de vacaciones para todos: “During this ‘holiday’ period, working-class representatives would draw up a constitution to ‘place every human being on the same footing. Equal rights, equal enjoyments, equal toil, equal respect, equal share of production’”.³⁶ Los operarios luchaban por más derechos y eso tenía que ver con la noción más o menos actual de ciudadanía en un Estado democrático y social de derecho. Sin embargo, es importante destacar que “There is, for this reason, a dissident and influential view of the Commune that says it was not a proletarian uprising or a class-based movement at all, but an urban social movement that was reclaiming citizenship rights and the right to the city. It was not, therefore, capitalist”.³⁷ Actualmente, la afirmación de lo que entendemos como más derechos hacia la persona humana, para la clase trabajadora del siglo XIX en Inglaterra y Europa continental, pasaba por una decisión política y no necesariamente una reducción analítica cargada de *clichés* sobre la lucha de clases. Es factible que había una estrategia

³³ Las Observaciones Generales Nº 4 y 7, del Comité de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce que sigue existiendo un abismo entre los que afirma el texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, § 1º, artículo 11, y la realidad de todos los continentes en materia de vivienda como un derecho humano.

³⁴ HESPANHA, A. M. La revolución y los mecanismos del poder (1810-1851). In: **Derecho privado y revolución burguesa**. Madrid: Marcial Pons, 1990. p. 15-51.

³⁵ MARTÍNEZ, Fernando Rey. **La propiedad privada en la Constitución Española**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994. p. 464.

³⁶ ROSENBERG, David. *Rebellious city: London from the 1830s to the 1930s*. In: **Rebel footprints: a guide to uncovering London's radical history**. London: Pluto Press, 2015. p. 07-18.

³⁷ HARVEY, David. *Reclaiming the city for anti-capitalist struggle*. In: **Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution**. London: Verso, 2012. p. 115-154.

política organizada, pero, sobretudo, movida por una pluralidad de sentimientos ciudadanos.³⁸ Las estructuras constitucionales del siglo XX y las más recientes en Latinoamérica pueden ser evidenciadas en un nuevo constitucionalismo ciudadano.³⁹ El derecho a la vivienda, impulsado por demandas que suscriben materias de derechos humanos, es capaz que haga más efectiva la función social de la propiedad. Aunque su historia tenga larga tradición en el sistema constitucional brasileño, todavía el concepto no se aplica a grupos de riesgo o defiende el interés general.⁴⁰ El derecho a renta básica, vivienda digna y asequible, a la protección individual y familiar, a las libertades económicas y a políticas de ayuda a minorías son temas esenciales para un derecho internacional más humano.⁴¹ Destacamos en nuestro caso, los movimientos sociales como plataformas críticas empoderadas y observadoras del trabajo jurídico-administrativo de sociedades como Brasil y España.

El *Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto*, la *Frente de Luta por Moradia* y la *União dos Movimentos de Moradia* son algunos de los ejemplos en la lucha por más derechos a la vivienda como la *Associação Democrática por Moradia e Direitos Sociais* en nuestro estudio de caso. Derechos constitucionales considerados esenciales para ciudadanos de grandes ciudades, el derecho de ir y venir, por ejemplo, también está presente en demandas como la que presenta el *Movimento Passe Livre* sobre cuestiones de movilidad urbana y las periferias de la ciudad de São Paulo. Resistir y ocupar los espacios públicos por más dignidad humana a las comunidades que defienden las uniones homoafectivas, *Associação da Parada do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transexuais*, forman parte de la lucha por más derechos y ciudadanía en materia de derechos humanos. El método de los movimientos sociales actuales, no restringidos a materia de la función social de la propiedad, es mencionar el parámetro constitucional y exponer, así, la primera noción de legalidad a la sociedad en general. La toma de decisión y su influencia son objetos cada vez más importantes para grupos marginalizados.⁴² El caso de España empieza con la *Plataforma de Afectados por la*

³⁸ SOUZA, M. L. de. Which right to which city? In defence of political-strategic clarity, **Interface: a Journal for and about Social Movements**, v. 1, n. 2, p. 315 – 333, 2010.

³⁹ MAMANI, Juan Ramos. Nuevo constitucionalismo social comunitario desde América Latina. In: **Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes**. (Coord.) MORAIS, Jose Luis Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 1-17; BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. **Cities for people, not for profit: critical urban city and the right to the city**. New York: Routledge, 2012.

⁴⁰ CUNHA, Alexandre dos Santos. The social function of property in Brazilian law. **Fordham Law Review**, n. 80, p. 1171-1181, 2011.

⁴¹ KENNA, Pádraic. **Los derechos a la vivienda y los derechos humanos**. Terrassa: ProHabitatge, 2006. p. 255.

⁴² La discusión por más derechos en el contexto de las ciudades generó la tesis de Henri Lefebvre sobre el derecho de individuos y trabajadores al espacio urbano. Su obra seminal es *El derecho a la ciudad*, finales de los años 1960. Sin embargo, es en el larguísimo ensayo La producción del espacio que temas como valor de uso y de cambio, el fetichismo del espacio, urbanismo y mercancía, pueden ayudar la discusión de los derechos humanos

Hipoteca y la crisis de 2008 por toda Europa. En Inglaterra, la *Radical Housing Network Organisation* conceptúa y defiende que “A decent home should be physically comfortable; be secure; have access to schools; work; healthcare; cultural facilities; transport; fresh affordable food and green space; allow people to have control over their indoor and outdoor environment; be genuinely affordable, allow people to develop communities and support each other”. Son numerosos los parámetros que representan técnicamente principios constitucionales. Así como la *Plataforma de Afectados por la Hipoteca*, los movimientos luchan por una solución más corajosa del Estado para pacificar el conflicto entre el sistema de propiedad inmobiliario-especulativo y el derecho a la vivienda en Brasil. La sociedad civil organizada en distintos continentes ha visto de manera crítica el mercado abusivo de alquileres y la función mercadológica del derecho de propiedad: “rising costs of housing; sell-off of council housing; encouragement of profiteering, speculation and buy-to-let; increase in overcrowding and street homelessness; destruction of housing coops; and other social housing solutions; criminalisation of squatting; welfare reform policies; reduction of security; increasing eviction and displacement; empty homes; decreasing quality of housing; gentrification and displacement”.⁴³

y la búsqueda por más participación colectiva en la urbes. Además, las consecuencias negativas del urbanismo técnico y la división internacional de trabajo están apoyadas en su estudio filosófico y histórico en densas reflexiones sobre modelos de ciudades aún actuales. Véase LEFEBVRE, Henri. **La producción del espacio**. Madrid: Capitán Swing, 2013. p. 451.

⁴³ Disponible [en línea] <<http://bit.ly/1E1JRkA>> [consulta: 01 de septiembre del 2015].

Referencias Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce A. **Private property and the constitution**. New Haven: Yale University Press, 1977.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Edições Câmara, 2012.
- BRENNER, N.; MARCUSE, P.; MAYER, M. **Cities for people, not for profit: critical urban city and the right to the city**. New York: Routledge, 2012.
- COHEN, Morris R. Property and sovereignty, **Cornell Law Review**, v. 13, n. 8, p. 12-13, 1927.
- CRAWFORD, Colin. The social function of property and the human capacity to flourish. **Fordham Law Review**, v. 80, n. 3, p. 1089-1134, 2011.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. The social function of property in Brazilian law. **Fordham Law Review**, v. 80, n. 3, p. 1171-1181, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- ESTAPÀ, J. S.; PÉREZ, Jordi Bonet (Eds). **El Derecho internacional de los derechos humanos en períodos de crisis**. Marcial Pons: Barcelona, 2013.
- FURTADO, Bernardo Alves; NETO, Vicente Correia Lima; Krause, Cleandro. Estimativas do déficit habitacional brasileiro (2007-2011) por municípios (2010), **Nota Técnica**, n. 1, p. 05-08, 2013.
- HESPANHA, A. M. **Derecho privado y revolución burguesa**. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- HORWITZ, Morton J. **The transformation of American law**. New York: Oxford University Press, 1992.
- HUFFMAN, James L. **Private property and the constitution: state powers, public rights and economic liberties**. New York: Palgrave, 2013.
- KENNA, Padraic. **Los derechos a la vivienda y los derechos humanos**. Terrassa: ProHabitatge, 2006.
- KENNEDY, David. Some caution about property rights as a recipe for economic development. **Accounting, Economics and Law**, v. 1, n. 1, p. 01-62, 2011.
- KENNEDY, Duncan. Form and substance in private law adjudication. **Harvard Law Review**, n. 89, p. 1685-1778, 1976.
- MACPHERSON, C. B. **Property: mainstreams and critical positions**. Toronto: Blackwell, 1978.

- MAMANI, Juan Ramos. Nuevo constitucionalismo social comunitario desde América Latina. In: *Novo constitucionalismo latino-americano: o debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. (Coord.) MORAIS, Jose Luis Bolzan; BARROS, Flaviane de Magalhães. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 1-17.
- MARTÍNEZ, Fernando Rey. **La propiedad privada en la Constitución Española**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1994.
- HARVEY, David. **Rebel cities: from the right to the city to the urban revolution**. London: Verso, 2012.
- ROYO, Javier Perez. **Las fuentes del derecho**. 5.ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- SCHIMDT, Carl. **Teología política**. Madrid: Trotta, 2009.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. **Lua Nova**, n. 66, p. 109-137, 2006.
- SOUZA, M. L. de. Which right to which city? In defence of political-strategic clarity, **Interface: a Journal for and about Social Movements**, v. 1, n. 2, p. 315-333, 2010.
- WOLF, Nicolaus. Europe's Great Depression: Coordination Failure after the First World War. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 26, n. 3, p. 339-369, 2010.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. 2.ed. Oxford: Clarendon Paperbacks, 1987.