

**LA CIUDAD DERECHA O DE DERECHOS: EL DERECHO JURISPRUDENCIAL EN
LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DEL DERECHO A LA CIUDAD**

Abogada Úrsula Fernanda Castellanos Moreno

**Trabajo de tesis presentado en cumplimiento de los requisitos para optar al
título de Magíster en Estudios Urbano Regionales**

**Directora:
Dra. Ph.D Análida de la Cruz Rincón Patiño**

**Escuela de Planeación Urbano - Regional
Facultad de Arquitectura
Maestría en Estudios Urbano Regionales
Universidad Nacional de Colombia (Sede Medellín)**

Junio de 2009

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar agradezco profundamente a mi familia, Luís Fernando Ignacio, Norma Lucía y Camilo Andrés, por su apoyo incondicional en esta etapa de mi desarrollo personal y profesional.

También le quiero agradecer a la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín y sus docentes, por su valioso aporte a mi formación y aprendizaje permanente. Especialmente a la Dra. Análida Rincón Patiño, Directora de la tesis por sus orientaciones y propuestas a lo largo de la investigación, así mismo a John Muñoz, Marcela Vergara y Hernando Roldán, quienes actuaron como jurado, porque sus observaciones permitieron el mejoramiento del informe final.

Por otra parte agradezco a la ciudad de Medellín y al Departamento de Antioquia que me albergó por un importante tiempo y me permitió reafirmar mis capacidades y mis habilidades con sus gentes.

Finalmente doy las gracias a todos mis amigos que de una u otra forma contribuyeron al logro de resultados y la realización del presente informe.

TABLA DE CONTENIDO

		PAG
	INTRODUCCION	
	DISEÑO METODOLÓGICO	
1	HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UN “DERECHO A LA CIUDAD”	1
1.1	La ciudad y el derecho como sistemas sociales	2
1.2	La interdisciplinariedad en el estudio de la ciudad	15
1.3	El hombre y su relación con el entorno y la ciudad	16
1.4	La ciudad como escenario de satisfacción de necesidades sociales	18
1.5	Los conflictos de derechos en la ciudad	20
1.6	El derecho y la ciudad	22
1.7	La ciudad en tanto derecho, o el derecho a la ciudad	24
1.8	Componentes esenciales del derecho a la ciudad y su categorización como derecho colectivo	33
1.8.1	El espacio público	36
1.8.2	El derecho a un medio ambiente sano	39
1.8.3	El derecho a una vivienda digna	42
1.9	El rol del ciudadano en el marco del derecho a la ciudad	43
1.10	El rol del Estado en el marco del derecho a la ciudad	46
2	EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	53
2.1	Las distinciones entre el tradicionalismo y el “nuevo derecho”	58
2.2	La estructura de la norma jurídica en general y la estructura de la norma constitucional en particular	67
2.3	La jurisdicción constitucional	68
2.4	Los principios del precedente en el Estado constitucional	71
2.5	El precedente constitucional	74
2.6	Las modificaciones al precedente jurisprudencial	78
2.7	El papel del juez en el contexto del derecho a la ciudad	82
3	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	84
3.1	Los conflictos relacionados con el derecho al espacio público	84
3.1.1	Los andenes como elementos integrantes del espacio público	86
3.1.2	El derecho al trabajo en conflicto con el derecho al uso, goce y disfrute del espacio público	88
3.2	Conflictos relacionados con el derecho a la vivienda digna	92
3.3	Conflictos relacionados con el derecho a un medio	

	ambiente sano	95
3.3.1	El derecho a un medio ambiente sano en conflicto con la libertad de empresa	97
3.4	Conflictos relacionados con el derecho a la propiedad privada	100
3.4.1	El derecho a la propiedad privada en conflicto con la facultad estatal de expropiación y delimitación del uso del suelo	101
3.5	Conflictos relacionados con la prestación de los servicios públicos	113
4	LOS CRITERIOS JUDICIALES EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS ENTRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE COMPONEN EL DERECHO A LA CIUDAD	119
4.1	El anclaje constitucional del derecho a la ciudad como determinador de los criterios para la resolución judicial de conflictos	121
4.1.1	El derecho a la vida en condiciones dignas y justas como criterio de solución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad	123
4.1.2	La noción de interés general como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad	126
4.1.3	El mejoramiento de la calidad de vida como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad	130
4.1.4	La armonización de las garantías en tensión como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad	133
	CONCLUSIONES	136
	BIBLIOGRAFIA	144
	ANEXO	148

LISTA DE TABLAS

		PAG
Tabla 1.	Categorización inicial de las sentencias por temas	xviii
Tabla 2.	Organización final de las sentencias por conflictos	xix

LISTA DE ANEXOS

ANEXO. Tabla que resume las sentencias tomadas inicialmente como fuentes. 148

RESUMEN

En las ciudades se presenta una cantidad innumerable de conflictos de derechos en razón a los diversos intereses de cada habitante y de las autoridades que intervienen en la producción del espacio, por la conciencia del derecho que le asiste a cada quien, ello provoca tensiones que se manifiestan no solo en la cotidianidad, sino en la resolución de los conflictos que se intenta por vía judicial ante los órganos de administración de justicia.

La existencia de conflictos no se da por ausencia normativa, sino con ocasión de la naturaleza humana, es más, no se desconoce que existen bastantes normas dispersas en el ordenamiento: normas técnicas para las construcciones, de resistencia de materiales, de procedimientos para licencias urbanas, de contratación estatal de obras públicas, que tienden al afianzamiento de la visión de la ciudad como infraestructura arquitectónica y técnica (Ciudad Derecha); ello apareja, en consecuencia, que en muchas ocasiones, se deje de lado el criterio de los derechos fundamentales en el estudio de la ciudad, cuestión totalmente incoherente si se recuerda la adscripción de la Nación a la filosofía del Estado social y democrático de derecho (Ciudad de Derechos).

Los fallos judiciales de las altas Cortes en Colombia, a la hora de resolver conflictos, han intentado diversificar el espectro de análisis, imbricando en sus sentencias los criterios sobre derechos fundamentales, situación que puede predicarse principalmente de parte de la Corte Constitucional. Siendo el juez el funcionario llamado de manera primordial a la resolución de estas tensiones de tipo jurídico, es normal que se encuentre dotado de facultades e instrumentos que le permitan aplicar el derecho y velar por la vigencia del sistema normativo. Aunado a ello, hoy por hoy la jurisprudencia ha alcanzado un rol inusitado, como mecanismo para dictar el derecho en casos concretos.

Por lo anterior con este trabajo se propuso hallar y definir el concepto de ciudad y los criterios jurisprudenciales fundamentales que pueden ser empleados por los jueces para resolver las tensiones entre garantías que surgen en el marco del derecho a la ciudad, partiendo para ello de la evolución actual del derecho jurisprudencial (conocido más ampliamente como *derecho de los jueces*). Para lograr el objeto se analizaron diversas sentencias relacionadas con el derecho a la ciudad donde entraban en disputa los derechos ciudadanos en su ejercicio diario de la producción del espacio.

Pretende entonces este trabajo constituirse en un aporte, desde la ciencia del derecho, a la resolución de conflictos propios de las ciudades, sin que se dejen de lado las consideraciones sociológicas, filosóficas y urbanísticas sobre el punto.

*“Sólo con una ardiente paciencia
conquistaremos la espléndida ciudad
que dará luz, justicia y dignidad a
todos los hombres.*

*Así la poesía no habrá cantado en
vano”.*

PABLO NERUDA

INTRODUCCIÓN

Una ciudad es una intrincadísima malla de mensajes, actores, construcciones, bienes, servicios, poderes, clases, estamentos sociales, categorías todas determinadas por grupos de estructuras, algunas muy bien perfiladas, como las económicas y políticas. Y es que, en efecto, siendo la ciudad un fenómeno tan altamente complejo, requiere de sistemas de control y de regulación que hagan posible su pervivencia; sin la existencia de parámetros claros que fijen las reglas convivencia y den carácter a las relaciones que se establecen en la ciudad, inevitablemente sobrevendrían el caos y la desintegración social.

Es una necesidad lógica la conceptualización de la ciudad como un sistema; es la única forma de avocar el estudio de un fenómeno complejo, pero con integrantes y subsistemas diferenciables. Roca Cladera (2003: 17) sustenta que *“La noción de ecosistema urbano manifiesta fuera de toda discusión que la ‘ciudad’ intercambia materia, energía e información con su ‘entorno’. La ciudad es un sistema abierto en todos sus componentes, con la característica, propia de todos (o prácticamente todos) los ecosistemas, de que carece de frontera”*.

Este caos del fenómeno urbano, la expansión inacabable de la ciudad hace pensar en el redimensionamiento del concepto de ciudad, que atienda a su interminable y constante construcción. Dentro de este complejo entramado de relaciones, ya se ha dicho, se hacen necesarios sistemas de regulación de la conducta social; es así como hace su aparición el Derecho, entendido aquí en su sentido lato de conjunto de normas y principios tendientes a la regulación de la conducta humana socialmente relevante. Es evidente, y se hace perceptible a diario, que el Derecho se ha ocupado de las relaciones sociales que se desenvuelven en la ciudad; así, un acto administrativo que ordena la demolición de una construcción que amenaza ruina, una norma jurídica que ordena la regulación en el uso del suelo a favor de ciertas entidades del Estado, la fijación de marcos para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, son todas ellas formas de expresión que encuentra el Derecho en su pretensión de regular las relaciones sociales en la ciudad.

De esta forma, ciertas normas de la Constitución Política, su reglamentación mediante leyes y decretos y la actividad de la Administración sobre el adecuado manejo del fenómeno de la ciudad, se erigen en instrumentos que posibilitan el mejoramiento de las condiciones de la vida humana en la ciudad; de la argumentación que se está siguiendo, surge entonces un primer aserto de ineludible inclusión: el Derecho concurre a la función de potenciar el mejoramiento de las relaciones entre las comunidades que habitan la ciudad, y la ciudad misma; y elevando este planteamiento a una más alta esfera, no queda otra posibilidad que sostener que la ciudad necesita del Derecho para su funcionamiento.

Ante el interminable número de conflictos de derechos que puede tener lugar en la ciudad, se ha indagado por los criterios y el concepto de ciudad que han empleado los jueces en su resolución, para con ello adquirir una visión de conjunto sobre la temática de los conflictos de derechos. De allí surgió un problema de investigación que pretende indagar sobre **¿Cuáles es el concepto y criterios del derecho a la ciudad que han construido los jueces de las altas Cortes en la resolución de conflictos de derechos para garantizar el derecho a la ciudad?**

De este problema de investigación deviene el objetivo principal que busca identificar los criterios empleados en sentencias dictadas por jueces de las altas Cortes Colombianas para resolver los conflictos de derechos asegurando las garantías que componen el derecho a la ciudad, lo cual se cumplió proponiendo como objetivos específicos de la investigación los siguientes: establecer las relaciones entre la ciudad y el Derecho como sistemas sociales, y determinar la importancia del precedente jurisprudencial en el contexto del Estado social de derecho en la construcción del concepto del derecho a la ciudad.

El fenómeno del urbanismo se ha tratado en abundancia por la ciencia jurídica, especialmente de forma posterior a la vigencia de la Carta Política de 1991, contando con numerosas leyes, decretos y sentencias, pero en la inmensa mayoría de los casos, el análisis no se ha efectuado desde la ciudad como un sistema, desde la ciudad como espacio para el ejercicio y disfrute de los derechos; se ha

tendido a la regulación de la ciudad como objeto, como agregado de edificios, viviendas, vías y personas, despreciando los factores culturales y de necesaria unidad de la ciudad.

Las pautas fijadas por la concepción de Estado social de derecho implican poner en perspectiva la ciudad con los derechos fundamentales, añadiendo a la ciudad su lugar como sistema social, en donde se conjugan las actividades de los asociados y el ejercicio de sus garantías y la realización personal y social de los ciudadanos. No se desconoce que existen bastantes normas dispersas en el ordenamiento jurídico: normas técnicas para las construcciones, de resistencia de materiales, de procedimientos para licencias urbanas, de contratación estatal de obras públicas, que tienden al afianzamiento de la visión de la ciudad como infraestructura arquitectónica y técnica (Ciudad Derecha); ello apareja, en consecuencia, que en muchas ocasiones, se deje de lado el criterio de los derechos fundamentales en el estudio de la ciudad, cuestión totalmente incoherente si se recuerda la adscripción de Colombia a la filosofía del Estado social y democrático de derecho (Ciudad de Derechos).

Por las razones aludidas, esta investigación pretende visualizar la problemática de la ciudad desde el prisma de los derechos constitucionales, pues la ciudad es escenario de derechos fundamentales y colectivos, con problemáticas propias, por las notas dominantes que presenta la vida urbana. Se trata de una forma especial de relaciones entre las personas, por circunstancias como la gran cantidad de población, la infraestructura de servicios públicos, la sociedad de la información, entre otros factores que dan fisionomía a la vida en la ciudad.

Además, la doctrina jurídica se ha enfocado en mayor medida hacia el derecho al urbanismo, pero fortaleciendo la visión de la ciudad como conjunto de infraestructuras arquitectónicas. Por el contrario, disciplinas como la sociología han intentado profundizar en el aspecto humano de la ciudad, desde su órbita de estudio. Los fallos judiciales de las altas Cortes en Colombia, por su parte, han intentado diversificar el espectro de análisis, imbricando en sus sentencias los criterios sobre derechos fundamentales, situación que puede predicarse en mayor

medida de parte de la Corte Constitucional colombiana, si bien el Consejo de Estado ha relacionado los derechos fundamentales y colectivos que tocan directamente con el problema urbano, aunque en menor proporción.

Sin embargo se debe tener en cuenta que las ciudades continuarán expandiéndose, se mantiene y se agrava la migración desde el campo a los centros urbanos, las necesidades de cobertura, contaminación y superpoblación requieren mayor desarrollo. Ante semejante estado de cosas, es rol del derecho mitigar el impacto del fenómeno de la ciudad, regulando las situaciones de hecho y atendiendo a la solución de los conflictos de derechos. Puede decirse entonces que en el campo del derecho a la ciudad se adolece de un verdadero desarrollo investigativo; que justifica la necesidad de profundizar en este campo.

La presente investigación considerando que la ciudad como sistema es de inconmensurables dimensiones optó por detenerse en el análisis de algunos de los conflictos más importantes, como son los relacionados con el espacio público, en tanto afectan a todos los habitantes en su interés por producir espacio y ejercer sus derechos. Para ello se tomaron fallos de las altas Cortes colombianas y se analizaron tal como se verá en el capítulo de diseño metodológico. Las sentencias analizadas tratan problemáticas relacionadas con el manejo del espacio público en la ciudad, sea por ocupación, vivienda, trabajo, ambiente sano y servicios públicos.

Como directrices de la investigación se tomaron planteamientos teóricos relacionados con el derecho, el urbanismo y la sociología, que permitieron estudiar con mayor profundidad las implicaciones del fenómeno de la ciudad en la vida humana.

Esta investigación ostenta también un carácter teórico, por la intención de someter a examen los instrumentos legales con que cuenta el ordenamiento jurídico colombiano en la defensa del derecho a la ciudad y los criterios que pueden emplearse por vía jurisprudencial para resolver las tensiones de derechos. Además, como se indica desde la formulación de los objetivos de la investigación, se indagará por el papel de los jueces, quienes mediante sus fallos construyen los

criterios para la resolución de conflictos de derechos, cuestión que se aborda también desde el plano teórico.

En el capítulo primero, se busca el establecimiento de un concepto de ciudad en su contexto actual, es decir, ligada al Estado social de derecho, enmarcada dentro del sistema capitalista, e inscrita en la dinámica de la globalización y de la sociedad de la información, todo con el fin de categorizar la ciudad como sistema social. Luego se estudiaron las relaciones entre el Derecho y la ciudad, para situar la formulación del derecho a la ciudad, como norte de investigación.

En el capítulo segundo se estudia lo concerniente al precedente jurisprudencial en el Estado social de derecho y se describe su utilidad en la protección del derecho a la ciudad. Se analiza la figura del precedente en contraposición con el formalismo jurídico como perspectiva de la cultura jurídica que comienza a ser revaluada para permitir el ingreso del llamado *derecho de los jueces*.

En el capítulo tercero se relacionan los principales conflictos de derechos que se suscitan entre las garantías que integran el derecho a la ciudad, mostrando el proceso metodológico seguido para posteriormente establecer los criterios esenciales que han empleado los jueces de las altas Cortes colombianas en la resolución de las tensiones de derechos.

Los criterios de resolución de conflictos que se develan en el cuarto capítulo permiten esbozar el concepto del derecho a la ciudad que subyace en los jueces de las altas Cortes colombianas para resolver conflictos de derechos que tienen lugar en la ciudad como sistema.

La tesis de la maestría culmina en un capítulo de conclusiones, pues del concepto develado sobre la ciudad como derecho, quedan caminos abiertos para continuar el trabajo investigativo, como el de buscar la exigibilidad de este derecho o el de incorporar el concepto de ciudad al ordenamiento jurídico como un principio o como un derecho integral susceptible de judicialización, así mismo conocer el tratamiento y el concepto de derecho a la ciudad que utilicen las administraciones para cumplir

con los fallos judiciales y para emprender programas de gobierno incluyentes, participativos, propios de un concepto de ciudad en tanto derecho en un Estado constitucional.

DISEÑO METODOLÓGICO

La elaboración de esta investigación implicó desarrollar una suerte de mixtura metodológica de las herramientas propias de la disciplina jurídica y de herramientas de otras ciencias sociales, tratándose en todo caso de una investigación es cualitativa, que utilizó abordajes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, la interacción social y la hermenéutica, empleando métodos de recolección de datos que no son cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los respondientes.

El enfoque es hermenéutico interpretativo ya que la hermenéutica como una actividad de reflexión en el sentido etimológico del término, es una actividad interpretativa que permite la captación plena del sentido de los textos en los diferentes contextos. Interpretar una obra es “.....*descubrir el mundo al que ella se refiere en virtud de su disposición, de su género y de su estilo*” (Arráez 2008). Es decir que se busca desde el material recopilado para indagar, inducir y deducir elementos de derecho presentes en los conflictos de ciudad y los criterios para ofrecer soluciones y sentencias justas y equitativas.

La interpretación del problema planteado deberá quedar inscrita en el círculo hermenéutico de la comprensión, en cuanto ha permitido rastrear la experiencia de la verdad, buscarla e indagar sobre ella a partir de sentencias falladas por los jueces de las cortes colombianas.

La investigación es cualitativa con un enfoque hermenéutico interpretativo, ya que las fuentes primarias que se emplearon en la investigación son fundamentalmente de dos clases: en primer término, se analizó una muestra de las sentencias emanadas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado colombianos sobre casos concretos de tensión de garantías, relacionadas con el derecho a la ciudad, lo cual es interpretado a la luz de la legislación sobre urbanismo. Asimismo, la Constitución Política se tomó como fuente primaria de esta investigación, toda vez que no puede dejarse de lado que en la resolución de cualquier problema jurídico, la Constitución, en tanto norma de normas, debe iluminar el tratamiento jurídico.

Como fuentes secundarias de la investigación ingresan libros de derecho, textos y documentos relacionados con el tema a investigar, textos doctrinales sobre urbanismo, derecho administrativo y constitucional, desde la óptica del derecho.

Como criterios de selección para el muestreo de las sentencias que se analizaron, se tomó como categoría la del derecho al espacio público como constitutivo del derecho a la ciudad, y a su vez, dentro del espacio público se erigieron como variables los conflictos de derechos, el relativo a los andenes como elemento integrador del espacio público, el derecho al trabajo, el derecho al uso, goce y disfrute del espacio público, el derecho a la vivienda digna, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la libertad de empresa, el derecho a la propiedad privada y el derecho a los servicios públicos domiciliarios.

Por otra parte, en cuanto a criterios de selección también se consideró que se tratara de sentencias posteriores al año 1991, de modo que estuvieran en consonancia con la Constitución Política vigente, así mismo se analizaron sentencias hasta del año 2007 teniendo en cuenta que esta investigación requiere estar lo más actualizada posible para tomar las posturas más recientes de los operadores judiciales.

Las sentencias empleadas, se utilizaron en mayor proporción en relación con los fallos judiciales expedidos por la Corte Constitucional colombiana; la égida del Estado constitucional impone cada vez con mayor fuerza un estudio jurídico a la luz de los presupuestos de la Carta Suprema. Como intérprete autorizado, la Corte, al encargarse de velar por la supremacía e integralidad de la Carta, debe referir sus consideraciones siempre a través del prisma de la Constitución, y por ello sus argumentaciones tienden a lograr un mayor alcance global que los fallos emanados de otros tribunales.

Las fuentes secundarias se contrastaron con las primarias, para favorecer la interpretación. Esta visión de conjunto que se logra, aunado a la interpretación bajo los supuestos de la Carta motiva la inclusión de sentencias del alto Tribunal constitucional, sin que ello implique desprestigiar los aportes de otros tribunales, especialmente los del

Consejo de Estado, que en no pocos eventos ha tenido que resolver conflictos de derechos relacionados con las garantías que conforman el derecho a la ciudad.

La información fue analizada e interpretada desde la hermenéutica de la jurisprudencia permitiendo establecer los criterios que tienen en cuenta los jueces al dictar sentencias para la resolución de los conflictos reconociendo el derecho a la ciudad. Para el análisis se atendió a la contundencia de la argumentación sobre la resolución del problema, y por ello, se considera que el material utilizado dentro de la investigación puede servir de soporte para resolver casos similares, en otras palabras, han fungido como precedentes jurisprudenciales por la claridad en la resolución del problema jurídico.

En un primer momento se realizó la revisión y selección de los fallos contenidos en una publicación digital (Pinilla, 2004), revisión que se complementó con fallos buscados en Internet, de la página de la rama judicial para encontrar los más recientes, en tanto el CD proporcionaba fallos hasta el año 2004. De esta revisión, habiendo tomado las relacionadas con las variables previstas de la categoría de espacio público, en consonancia con la delimitación del problema, se obtuvieron 54 sentencias del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, pero descartando aquellas que no tenían mayor relevancia con el problema de investigación, se dejaron 45 que se fundamentaban en conflictos que se presentan al interior de la ciudad. De estas inicialmente se hizo un resumen clasificándolas por temas. (Ver anexo 1).

Posteriormente, e incluyendo algunos otros fallos referentes al derecho de los jueces, las sentencias se especificaron por conflictos, que eran las variable predefinidas, quedando definitivamente 29 que fueron las más relevantes y de las que se citan apartes por ser muy pertinentes y de estrecha relación con los aspectos relacionados con el problema de investigación. (Ver tabla 1).

TABLA 1. Categorización inicial de las sentencias por temas

Subtema	Cantidad	%
Andenes	11	24,4
V. Ambulantes	8	17,8
Discapacitados	3	6,7
Infraestructura	13	28,9
Puentes Peatonales	4	8,9
Ambiente Sano	5	11,1
SSPP	1	2,2
	45	100

Como criterios de selección para el muestreo de las sentencias que se analizaron, se tomó como categoría la del derecho al espacio público como constitutivo del derecho a la ciudad, y a su vez, dentro del espacio público se erigieron como variables los conflictos de derechos, el relativo a los andenes como elemento integrador del espacio público, el derecho al trabajo, el derecho al uso, goce y disfrute del espacio público, el derecho a la vivienda digna, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la libertad de empresa, el derecho a la propiedad privada y el derecho a los servicios públicos domiciliarios.

Esto se hizo elaborando una tabla con las diferentes sentencias, las cuales fueron leídas, resumidas y señaladas en algunos de sus apartes más relevantes y a partir de ellas se fueron organizando las que corresponden al mismo conflicto, encontrando que hay conflictos relacionados con: el espacio público, la vivienda, el medio ambiente, el derecho a la propiedad privada y la prestación de servicios públicos principalmente. (Ver tabla 2).

TABLA 2. Organización final de las sentencias por conflictos

SENTENCIA	CONFLICTOS	TEMAS RELACIONADOS	TEMAS EN CONTRAPOSICION
T 465 - 2006 T 021 - 2000 T 778 -1998	Relacionados con el derecho al espacio público	Los andenes El derecho al trabajo	El derecho al uso, goce y disfrute del espacio público
T 1346-2001 T1635-2000	Relacionados con el derecho a la vivienda digna	Desplazamiento forzado	
T-046 – 1999	Relacionados con el derecho a un ambiente sano	El smog	La libertad de empresa
30 de agosto de 2001 2 de marzo de 2000 C-295-1993	Relacionados con el derecho a la propiedad privada	Legislación vigente	Expropiación Delimitación del uso del suelo
T854- 2006 T720-2005	Relacionados con la prestación de los servicios públicos	Las necesidades colectivas	

De acuerdo con las categorías establecidas se logró a partir de las sentencias indagar por su comprensión y alcance, vistos desde el choque de derechos en disputa.

A partir de este análisis se logró descubrir los criterios presentes en los fallos judiciales analizados y de éstos se construyó el concepto de la ciudad como derecho subyacente en la resolución de conflictos por parte de los jueces de las altas Cortes colombianas.

1. HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE UN “DERECHO A LA CIUDAD”

“Ciudad es ante todo plaza, ágora, discusión, elocuencia. De hecho, no necesita tener casas, la ciudad; las fachadas bastan. Las ciudades clásicas están basadas en un instinto opuesto al doméstico. La gente construye la casa para vivir en ella y la gente funda la ciudad para salir de la casa y encontrarse con otros que también han salido de la suya”.

JOSÉ ORTEGA Y GASSET

Este capítulo se propone construir un concepto del derecho a la ciudad, retomando la ciudad en la historia, la relación de las personas con la ciudad como un sistema al igual que el derecho, la ciudad como un escenario para la satisfacción de las necesidades humanas, la natural existencia de conflictos en las ciudades ante el ejercicio de los derechos de las personas que las habitan en el rol que a cada una le corresponde, y así mismo el rol del Estado en el derecho a la ciudad.

Uno de los aspectos más importantes que se analizan en el presente capítulo es el relacionado con los componentes del derecho a la ciudad y su categorización como derecho colectivo que incluye aspectos como el espacio público, el medio ambiente y la vivienda. Todo el capítulo recurre al concepto de la ciudad como un sistema de relaciones sociales pues el interés que el Derecho despliega en la ciudad, no se ancla en su concepción de la misma como agregado de vías, construcciones y bienes; muy por el contrario, este marcado interés en la regulación de los fenómenos urbanos se debe al respeto del ser humano y de sus garantías; ser ciudadano hace alusión a la persona humana como eje y motor de la ciudad, y por ello se consagran a su favor un conjunto de derechos que permiten predicar la condición de la dignidad humana en todas sus formas.

Por estas consideraciones, debe dimensionarse la consagración y protección de las garantías a favor del ciudadano; el habitante de una ciudad moderna cualquiera se halla sometido a distintas cargas, presiones, problemáticas y anhelos, que pretenden ser solucionados, abastecidos o por lo menos garantizada su existencia y vigencia por el sistema jurídico. De ahí que deba ponerse de presente el rol de ciertos derechos constitucionales, como el derecho al espacio público, a un medio ambiente sano, a la adecuada prestación de los servicios públicos, a la propiedad, a la libertad de empresa, entre otros, basados en la ponderación de la dignidad humana y su expresión en el contexto de la ciudad.

Y precisamente, esta contextualización de los derechos en los ejes de la vida urbana constituye el factor que hace predicable la existencia de un 'derecho a la ciudad'. Se reitera la mirada a la ciudad como un derecho colectivo, y como reflejo de otras garantías también de carácter colectivo.

1.1 La ciudad y el derecho como sistemas sociales

La ciudad, del modo en que se conoce hoy día, ha sido fruto de la constante evolución del ser humano; *ciudad* no es un concepto contemporáneo y se remonta a la *polis* de los griegos y a la *civitas* de los romanos, y aún a etapas más antiguas de la historia humana, hasta llegar a los asentamientos urbanos sumerios.

En la actualidad cuenta con características harto distintivas, que la dotan de una fisionomía propia, enmarcada en los procesos de industrialización y globalización. Las ciudades se yerguen, orgullosas, como emblema del desarrollo tecnológico, como bastión de la producción y el consumo y, en fin, como espacio en donde tiene lugar la vida contemporánea.

De ahí que se haga indispensable según Lefebvre (1975) *destacar la influencia del proceso de industrialización en la construcción del concepto de ciudad, pues industrialización y ciudad moderna son aspectos relacionados. Pues las ciudades*

actuales, como ya se ha tenido oportunidad de acotar, presentan carices propios, de la mano de la industrialización y del sistema económico capitalista.

Desde los diferentes elementos que la constituyen e influyen, es altamente dificultoso agotar el concepto de ciudad en pocas palabras; las disciplinas que se han ocupado del asunto no han puesto el punto final en sus definiciones; la sociología, la antropología, la arquitectura, el derecho, el urbanismo, son todas ramas de saber que han emprendido la tarea de dar definición teórica a la ciudad. Sin embargo, la realidad agitada de la misma hace obsoleta al poco tiempo cualquier noción que pueda ofrecerse. Ello no es óbice para determinar que existen ciertos puntos de análisis en los que confluyen bastantes posturas y pensadores que se han dedicado al estudio de la ciudad.

La ciudad, en tanto sistema, es objeto de una compleja encrucijada de variables a considerar; para hacer aún más difícil su aprehensión, debe tenerse en cuenta que cada disciplina interpreta las circunstancias de la ciudad desde su objeto de estudio.

Es decir, la ciudad será estudiada desde la óptica de la economía, la historia, la sociología, el derecho, la arquitectura, de manera distinta. Aunque, no menos cierto es que muchos de los conceptos tratados se intersecan, logrando dotar de cierto grado de coherencia y a la vez diversidad el estudio sobre la ciudad.

Adicionalmente considerando que por la esencia de las personas, las relaciones humanas son por naturaleza conflictivas en la búsqueda constante de mejorar sus condiciones de existencia; el sistema compuesto de estas relaciones, como lo es la ciudad, requiere un concepto que se relacione con los conflictos ante la imposibilidad de ofrecer definiciones inmutables y precisas sobre la ciudad. Esta necesidad hace que algunos autores hablen de población, otros de territorio, o de variables sociales que exceden, en mucho, a la simple consideración de personas y espacio físico. Es decir que es importante retomar los autores que prefieren referirse a ella de manera más abierta como quienes la ven como símbolo casi incondicional del progreso social. Para Voltaire citado por Lefebvre (1975) la ciudad

no deteriora a las masas, sino que favorece una completa integración de todos los variados componentes en el interior de la comunidad: estimula el contacto y la transmisión de la razón.

Puede dejar de verse la ciudad como una mole de concreto, cristal y acero, que produce bienes y los consume en igual forma, para retomar los valores culturales, la idiosincrasia de la población, los intereses del conocimiento en todas sus manifestaciones, en tanto verdadero desarrollo humanista.

Siguiendo esta postura, los intereses vitales del hombre no pueden reducirse a la obtención de capital, sibaritismo, lujo y derroche en el consumo de bienes y servicios, como culmen del ideal capitalista. Por el contrario, los intereses que deben residir en el manto de la ciudad son la armónica convivencia ciudadana, la seguridad y el conocimiento. Sin embargo, la falta de conocimiento personal entre los habitantes de las ciudades ha sido denunciado por numerosos autores, como causa de angustias sociales y desarraigo frente a la comunidad, dificulta en grado sumo la conciliación de intereses contrapuestos, situación cotidiana en las ciudades.

De la misma forma, se hace más difícil la intervención estatal en la atención de las crecientes necesidades, por la altísima cantidad de variables en escena (alimentación, educación, trabajo, recreación, salud, seguridad, tranquilidad, comodidad, vivienda). Por ello, como se atenderá con mayor propiedad en líneas posteriores, actúan disciplinas como el Derecho, que mediante los instrumentos que le son propios, tiende a la resolución de los conflictos sociales, los cuales tienen vinculación directa con el concepto de ciudad.

Hoy, en un mundo globalizado, altamente desarrollado tecnológicamente, y con numerosos conflictos, la pregunta que surge ineluctablemente es: ¿Se posibilita, en el estado actual de cosas, retomar la visión idealista de la ciudad? Aunque muchos responderían de manera escéptica ante tal cuestionamiento, no puede desconocerse la creciente ausencia de garantías ciudadanas. Por tanto se hace posible actuar en pro del mejoramiento de las condiciones actuales; uno de estos

instrumentos es la entronización y puesta en marcha de un verdadero derecho a la ciudad, que integre la calidad de vida, el desarrollo sostenible y, cómo es apenas lógico, el respeto por las garantías ciudadanas.

Una postura conciliadora del derecho con respecto a la ciudad, deberá propender por la convivencia entre los intereses económicos de las personas, pues no puede olvidarse que del sistema económico penden innumerables necesidades humanas, pero en ponderación conjunta con los intereses culturales de los pueblos, elemento integrador del derecho a la ciudad, y que además cuenta con postulación constitucional. Al efecto, es de resaltar el artículo 70 de la Constitución Política de Colombia que reza:

El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

De la misma forma, el artículo 72 Superior establece en el aparte pertinente que “El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Observando el colosal crecimiento de las ciudades, su infraestructura actual, y además el aumentado asentamiento poblacional que lucha por vivir en la ciudad, cabe preguntarse sobre ciertos puntos de inflexión que hacen de las ciudades de hoy los inmensos y agitados conglomerados urbanos que conocemos. Históricamente, cabe afirmar que la evolución de la ciudad se dio de manera más acelerada con la estabilización definitiva de la industrialización, hacia el Siglo XIX. Guidicini (1971: 536) sostiene en torno a esta temática lo siguiente:

La ciudad del Siglo XIX, desbordando las que habían sido durante siglos las murallas tradicionales, se ve impelida a instaurar nuevos tipos de relaciones con el área agrícola que la rodea y a organizar las diferentes partes de su estructura conforme a un nuevo proceso dinámico.

Los caracteres de esta expansión, y en particular los factores de orden económico y cultural que a ella concurren, tienden a asumir poco a poco un rol predominante en esta fase de expansión de la ciudad. Según Quinn, la instalación de los núcleos urbanos y los caracteres de su desarrollo están condicionados por la ley del costo mínimo, por la cual una población tiende a distribuirse sobre un área determinada de forma que la suma de los varios tipos de costos sea reducida al mínimo.

Esta ley del costo mínimo tal vez pueda responder a la pregunta de por qué las ciudades se caracterizan por la aglomeración estructural, económica y poblacional: masas de individuos en los centros de la ciudad, edificios uno junto al otro en interminable sucesión y barrios que se extienden aglutinados en extensiones kilométricas. Los centros urbanos fueron desarrollándose de manera paulatina alrededor de zonas de influencia estratégica en torno a la explotación de recursos naturales (poblaciones mineras, verbigracia); ello fue así, por una mayor facilidad en el transporte, las comunicaciones, y la cercanía con la zona de influencia económica.

En esto consiste la ley del costo mínimo: en brindar mayores posibilidades de cercanía, implicando un menor costo en recursos; constantemente, servicios, barrios y otras actividades económicas fueron creciendo de forma paralela a los nacientes centros urbanos, atendiendo a la misma ley del costo mínimo, muchas veces sin la adecuada y necesaria planeación en el crecimiento de la ciudad, generando muchos de los inconvenientes que aún hoy aquejan a las ciudades, como las invasiones en el espacio público, las reformas estructurales ante el desmedido crecimiento, la insuficiencia vial, entre otros.

Las ciudades con contadas excepciones, han crecido al ritmo impuesto por el devenir de su actividad, siendo tal circunstancia la raíz de muchas de las problemáticas que la afectan en la actualidad, poniendo en constante riesgo el derecho a la ciudad por el que en este escrito se aboga.

Algunos teóricos, conscientes de la dificultad de definir la ciudad, se han inclinado por considerar como objeto más amplio de estudio a la comunidad local, dependiendo del contexto donde se desenvuelva, sea aldea, villa, ciudad, gran ciudad, entre otros. Así las cosas, se atiende más a las comunes necesidades del grupo social (transporte, vivienda, expectativas, desarrollo social y económico), que al mero hecho de convivir en un espacio propio. Así, Recaséns (1986: 482) asume el siguiente pensamiento:

La unidad social de la comunidad local no deriva solamente del hecho de que haya muchas gentes haciendo cosas similares y sometidas a parejas influencias –medio físico, necesidades económicas, tradiciones similares, intereses concordantes, etc.-, sino también del hecho de que hacen muchas cosas diferentes, cada una de ellas coordinada con las demás, cuyo conjunto contribuye a satisfacer sus necesidades económicas, educativas, religiosas, administrativas, políticas y de recreo. La escuela, el templo, la tienda, la farmacia, el casino, el café, la sala de espectáculos, el campo deportivo, la oficina de correos, la casa o el palacio municipal, etc., son concreciones y signos de algunos aspectos de esa vida en común.

De esta forma, la ciudad, más que destacarse como un reducto de espacio físico de desenvolvimiento de una comunidad, debe estudiarse como un sistema complejo, de coordinación de conductas sociales que tienden a un fin. Volviendo a los apuntes que se están efectuando sobre las comunidades locales, se tiene que:

La comunidad local, cualquiera que sea su tipo y cualquiera que sea su tamaño, no está constituida solamente por el hecho de que viven en relativa contigüidad un cierto número de gentes. Eso no basta. Existe una comunidad local cuando, además de las interacciones que se dan entre esas gentes, existe una coordinación entre sus conductas sociales de modo que se puede hablar de una acción colectiva propia de ese grupo (Recaséns, 1986: 482).

Sobre el derecho a la ciudad pueden hacerse similares consideraciones, en tanto que se requiere la coordinación de las conductas de los asociados, en consecución del fin común, y del logro de la garantía del derecho a la vida en la ciudad en condiciones dignas y justas. En la protección del espacio público, en la conciliación de los intereses económicos en contrapunto, se hallan acciones colectivas del conglomerado social. La simple acción estatal no basta para la protección de las garantías que definen el derecho a la ciudad, pues son nugatorias en los eventos

en que son incumplidas, o existe ausencia de legitimidad en las normas que regulan la problemática urbana. Tiene lugar aquí recordar el deber constitucional de participar activamente en la vida de la comunidad, aportando en las decisiones que a todos afectan, como manifestación del régimen democrático y la adscripción al Estado social de derecho.

En todo caso, subyace el cambio de la ciudad, en cuanto al tamaño de su infraestructura, el aumento de su nivel de población, la confluencia de centros gubernamentales y financieros, adelantos que no han cesado de ofrecerse desde el surgimiento de las primeras ciudades. Para efectos comparativos, y para advertir los constantes cambios de las ciudades, piénsese al efecto en la ciudad de Ur, en la antigua Mesopotamia, que presuntivamente surgió hace cinco mil años antes de Cristo, en la Antigua Roma (hacia el 768 A.C.), y en la moderna metrópoli de New York. El ser humano no ha cesado de incorporar a la ciudad las muestras de su ritmo de vida y el desarrollo de sus intereses políticos, económicos y sociales.

Muchos pensadores han caracterizado esta época como inscrita en el caos; la rotura de viejas estructuras, el surgimiento de nuevos cánones y la abolición de los existentes, el constante y desmedido cambio sin planeación previa por lo azaroso del desarrollo mismo, son ellas circunstancias que han conducido a cuestionar la base misma de la ciudad contemporánea, dudando de la bondad del resquebrajamiento de su base histórica. Sobre el particular, Lefebvre (1975: 135) discurre en el siguiente sentido:

En un período en el que los ideólogos discurren profusamente sobre las estructuras, la desestructuración de la ciudad manifiesta la profundidad de los fenómenos de desintegración (social, cultural). Esta sociedad, considerada globalmente, aparece craterizada. Entre los subsistemas y las estructuras consolidadas por diversos medios (coacción, terror, persuasión ideológica) hay cráteres, a veces abismos.

La existencia de procesos como la globalización y la mundialización han generado un nuevo orden de cosas que, como es lógico, ha afectado la ciudad y la civilización en general; Renato Ortiz (2004: 39 - 40), en Mundialización y cultura, prohíja el siguiente pensamiento:

Pensar la mundialización como totalidad nos permite aproximarla a la noción de 'civilización', tal como la entendía Marcel Mauss: conjunto extranacional de fenómenos sociales específicos y comunes a varias sociedades. Pero es necesario resaltar una peculiaridad de los tiempos actuales. Históricamente, una civilización se extendía más allá de los límites de los pueblos, pero se confinaba a un área geográfica determinada. Una cultura mundializada corresponde a una civilización cuya territorialidad se globalizó (...) para muchos, la aldea global consagraría una homogeneización de los hábitos y del pensamiento.

Otro de los problemas que aqueja a las ciudades, que es producto del crecimiento desmedido de su población, de la optimización de procesos de producción y de industrialización, es la pérdida misma de la ciudadanía: urbes de millones de habitantes, donde una persona no conoce a sus vecinos ni a sus compañeros de trabajo, ni le preocupa el destino de la ciudad misma. Los estudios sociológicos demuestran que el tamaño de una comunidad es inversamente proporcional al grado de conocimiento que tiene cada uno de los habitantes respecto del otro; ello puede destacarse con el siguiente ejemplo: el conocimiento que tienen los habitantes de una pequeña villa respecto de la vida del otro es bastante alto; por el contrario, en una metrópolis como New York tal fenómeno es impensable. La instrumentalización de las relaciones sociales campea en el mundo actual, generando desapego y pérdida de identidad. Recaséns (1986: 481) expresa:

Así, por ejemplo, uno de los rasgos de la vida social en la aldea consiste en que todo el mundo de ella conoce a todo el mundo de ella, y por lo tanto, la vida de cada persona se desenvuelve, por así decirlo, a la vista de los demás. Mientras que, por el contrario, es típico de la gran ciudad que sus habitantes estén sumergidos en una especie de anonimato, y que las funciones de la vida urbana se desarrollen impersonalmente.

Esta suerte de padecimientos urbanos han dificultado en gran medida el estudio de la ciudad, por la volatilidad del objeto de análisis, siendo necesaria la implicación de otra clase de disciplinas, como la psicología, la criminología, el derecho, la psiquiatría, entre otras. Castells (1975: 22), opinando sobre esta problemática, asegura:

El establecimiento permanente de una colectividad humana densa y suficientemente heterogénea, asegura la aparición de un nuevo tipo de

cultura, caracterizada por el paso de las relaciones primarias a las secundarias, la segmentalización de los ´roles´, el anonimato, el aislamiento, las relaciones instrumentales, la ausencia de control social directo, la diversidad y la fugacidad de los enrolamientos sociales, el relajamiento de los lazos familiares y la concurrencia individualista. Este contexto socio-cultural es el que, en definitiva, explica la aparición de nuevas formas del comportamiento humano.

Las notas dominantes que los autores confieren a la ciudad son:

*** Aceleración del crecimiento de la ciudad a partir de los procesos de industrialización:** la ciudad refleja, aunque a veces cueste creerlo, el avance de la civilización, aunque con la ciudad contemporánea se rompe el viejo paradigma; el progreso técnico y científico se manifestaba necesariamente en el mejoramiento de la vida social y política. Anota Jürgen Habermas (1987: 314) que

Cada generación se apoya en los hombros de la anterior. Puesto que en el marco de referencia, metódicamente fijado, del proceso técnico-científico las teorías ya en desuso y los procedimientos ya desbancados son precisamente etapas en el camino del éxito, nos entregamos confiadamente a la acumulación de nuestro capital de informaciones científicas e instrumentos técnicos. En algún momento la filosofía de la historia puso sus esperanzas en ese proceso. El progreso técnico-científico parecía llevar aparejado un progreso de la civilización, a la vez moral y político.

*** Instrumentalidad de las relaciones entre los ciudadanos por la influencia del sistema capitalista y la extensión misma de las áreas urbanas, que impide el conocimiento y el estrechamiento de lazos entre los habitantes:** sobre el panorama actual de la sociedad urbana, acota Díaz Arenas (1993: 309) que

Las sociedades actuales dominadas por el capitalismo industrial, se ven acosadas por la multiplicidad de bienes materiales frente a los cuales es creada una intrincada red de necesidades individuales o masivas que están dirigidas al consumo de las capas sociales con poder adquisitivo. Tales bienes son concebidos para que su vida útil sea cada vez más reducida y se aumente el ritmo de la demanda. Así, mientras por un lado la actividad productiva recurre con mayor frecuencia a materias primas provenientes de los recursos naturales, por otro, se amplifica vertiginosamente el cúmulo de materiales de residuo.

* **Crecimiento de los problemas de la ciudad a partir de su expansión física y de población:** abastecimiento, empleo de recursos, etc.

* **En la actualidad, las ciudades se enmarcan en los procesos de globalización,** que les imprimen cierto carácter a las relaciones entre las personas, especialmente en los asuntos relativos a la división del trabajo, desarrollo científico, y la concepción de la aldea global de la información.

* **Existencia de elementos básicos en la definición de ciudad:** población, territorio, procesos económicos.

* **Contextualización de la ciudad como medio de procesos comunicativos entre sus habitantes.** La ciudad, en tanto organismo complejo, basa su actividad en procesos comunicativos; personas, espacios, normas, desarrollo y planeación se expresan en acciones comunicativas. Habermas (1991: 11), parafraseando a Mead, no duda en sostener que *“El lenguaje tiene una significación determinante para la forma sociocultural de la vida: En el hombre la diferenciación funcional a través del lenguaje da lugar a un principio de organización completamente diferente que produce no solamente un tipo distinto de individuos, sino también una sociedad distinta”*.

* **Caracterización de la ciudad como sistema complejo que requiere de subsistemas de organización política y social.** En la teoría de Habermas, se hace posible la coexistencia entre la técnica y el desarrollo sostenido, mediante la presencia de expectativas de conducta sancionadas. En otro de los apartes de Teoría y praxis puede leerse (Habermas, 1987: 328):

En la medida en que nuestras acciones vengán reguladas por el marco institucional, estarán a la vez regidas y exigidas normativamente por expectativas de conducta sancionadas. En la medida en que nuestras acciones sean reguladas por los sistemas de progreso técnico, se adecuarán al patrón de la acción estratégica o instrumental, pudiendo ser concebidas, desde la perspectiva de un observador independiente, como reacciones de adaptación a los cambios del medio (...) Los individuos

socializados pueden poner bajo control las condiciones externas de su existencia.

Para la construcción de la concepción de ciudad que se empleará en esta investigación, se hace menester determinar los parámetros definatorios de la ciudad. Se aclara que ello se hace para efectos de rigurosidad académica de este escrito, es decir, sin que implique el rechazo de otras posturas existentes y sin la pretensión de agotar la discusión teórica sobre el concepto de ciudad.

En suma, puede sostenerse que la ciudad es, en sentido lato, un sistema, dado que se trata de un organismo con componentes sociales y materiales que habitan y ocupan un espacio físico, que establecen interrelaciones entre ellos. Se trata de un sistema conformado por diversidad de actores sociales que tienden a la satisfacción de necesidades humanas, y que para ello se sirven del conjunto de la infraestructura, de las relaciones, de las ofertas y las oportunidades de la ciudad. En cuanto sistema social, goza de ciertas características particulares, como la regulación de las relaciones entre los componentes sociales de la ciudad (que se derivan de subsistemas de regulación de la conducta, como los usos sociales, la moral o el derecho); otra de las características de la ciudad es su tendencia a la reglamentación, requerida para organizar el complejo entramado de relaciones. Finalmente, otra de las características básicas de la ciudad es la tendencia a una finalidad y su adaptación a los cambios, que se presentan desde todos los frentes: social, económico, político, arquitectónico, etc.

Por ende, la ciudad, más que concebirse como un conglomerado de personas y construcciones, es un verdadero medio de desarrollo de relaciones; de esta afirmación resulta que la ciudad no es un fin en sí mismo; por el contrario, es un medio, y específicamente un sistema de la comunidad que la habita y a su servicio. Se erige en un medio para la realización del ser humano, el intercambio de información, la obtención de bienes y servicios, la producción de conocimiento, el desarrollo científico, técnico y cultural.

La ciudad, en cuanto sistema complejo, lleva en su seno múltiples subsistemas que permiten su funcionamiento, pudiéndose emplear para ello el término de

superestructuras, cada una con cometidos propios y tendientes a una finalidad. De esta forma surgen subsistemas de patrones de conducta, idiosincrasia de cada una de las ciudades, necesidades propias, problemáticas propias, subsistema de estructuras de abastecimiento de la ciudad, que hacen que cada una de ellas sea un organismo único. La ciudad se debate entre el caos y cierta organización interna; estas divergencias surgen de la existencia de intereses individuales, que deben cotejarse con intereses colectivos para el desenvolvimiento de la ciudad.

Pero en todo caso, la ciudad puede interpretarse como un sistema dependiente de otros y como controlador de otros sistemas. Verbigracia, la ciudad se encuentra ligada muchas veces a las determinaciones de la entidad territorial a la que pertenece, o al Estado, según el caso; pero de ella dependen otros subsistemas, como los barrios, las zonas periféricas de la ciudad, los sectores financieros de la misma, por solamente mencionar algunos ejemplos.

Teniendo las anteriores afirmaciones como presupuesto, debe reiterarse que para el correcto funcionamiento del sistema urbano se requiere de la presencia de sistemas de regulación de los comportamientos sociales. Este aserto marca la necesidad que la ciudad tiene del Derecho, en cuanto mecanismo por excelencia para la regulación de la conducta humana. Es necesario, en consecuencia, determinar las relaciones existentes entre el Derecho y la ciudad, tarea que se emprenderá en el siguiente escrito.

1.2 La interdisciplinariedad en el estudio de la ciudad

Debe subrayarse la necesidad de interdisciplinariedad para la correcta interpretación del fenómeno contemporáneo de la ciudad; empero, se ha también destacado el rol relevante que el derecho puede y debe asumir en la correcta regulación de la vida en la ciudad, y de la franca optimización que de la misma puede ofrecer; sin embargo, esta clase de procesos científicos debe estar precedida del apoyo de las demás disciplinas que tocan directamente la estructura de la ciudad. Lefebvre (1975: 128), prohija la siguiente tesis:

Ni el arquitecto, ni el urbanista, ni el sociólogo, ni el economista, ni el filósofo o el político pueden sacar de la nada por decreto formas y relaciones nuevas. Para precisar diríamos que el arquitecto, al igual que el sociólogo, no tienen los poderes de un taumaturgo. Las relaciones sociales no las crea ni el uno ni el otro. En determinadas condiciones favorables, ayudan a las tendencias a formularse (a tomar forma). Únicamente la vida social (la praxis) en su capacidad global posee estos poderes.

Si bien la ciudad es un fenómeno que goza de existencia desde tiempos remotos, solo el urbanismo intenta como disciplina estudiarla, su campo de análisis ha sido dictado por ciencias cuyo objeto directo o indirecto es la misma sociedad; así, la sociología, la economía, el derecho, la arquitectura, entre otras, tienen que ver con el fenómeno de la ciudad pero, se repite, sin que sea éste su objeto exclusivo de estudio. De ello se desprenden numerosos inconvenientes lógicos y prácticos, comoquiera que los estudios existentes son aislados, y no han conseguido solucionar, al menos sensiblemente, la problemática de la ciudad. Expresa Lefebvre (1975: 124):

En la actualidad sólo en esbozo podría hablarse de una ciencia analítica de la ciudad, necesaria. Conceptos y teorías, en los inicios de su elaboración sólo pueden avanzar con la realidad urbana en formación, con la praxis (práctica social) de la sociedad urbana. Actualmente, el rebasamiento de las ideologías y prácticas que obturaban el horizonte, que sólo eran embudos de estrangulamiento del saber y la acción, que marcaban un umbral a franquear, no se efectúa sin dificultades.

Esta multiplicidad de relaciones existentes en la ciudad hacen que ninguna disciplina que la estudie pueda cobijarlas por completo, dada su extensión y diversidad; es así que se plantea la necesidad del concurso de las disciplinas que analizan la ciudad para sistematizarla e interpretarla en concreción como sistema social. Por ello en este trabajo se ha echado mano de los aportes del urbanismo, de la sociología y, desde luego, del derecho.

1.3 El hombre y su relación con el entorno y la ciudad

Es claro que una de las necesidades del ser humano es el disfrute y aprovechamiento a su favor del medio que le rodea; las leyes de la naturaleza

dictan que los seres que pueblan el orbe tienden a establecer equilibrio con el medio que los circunda; sin embargo, los agigantados y acelerados procesos de industrialización y empleo de los recursos naturales, amén del desordenado crecimiento de las ciudades, han logrado cierto deseo de reivindicación de la naturaleza, en el marco del derecho mismo a la ciudad. Así lo expresa Henri Lefebvre (1975: 138), para quien:

Frente a este derecho o pseudoderecho, el derecho a la ciudad se anuncia como llamada, como exigencia. Este derecho, a través de sorprendentes rodeos (la nostalgia, el turismo, el retorno hacia el corazón de la ciudad tradicional, la llamada de centralidades existentes o nuevamente elaboradas) camina lentamente (...) Esta última reivindicación se enuncia indirectamente como tendencia a huir de la ciudad deteriorada y no renovada, porque la vida urbana alienada debe existir realmente.

La ciudad surge de la misma necesidad de organización del ser humano; su racionalidad lo lleva a querer planear y estructurar sus actividades en orden a la consecución de determinado fin; en síntesis, éste es el origen de la ciudad. Harry Shapiro (1993: 388) opina que *“Son muchos los modos en que la gente se organiza para vivir y trabajar conjuntamente. Cada uno de nosotros pertenece a varios grupos sociales diferentes. Cada grupo consiste en un conjunto de individuos que cooperan para el mismo propósito”*. De esta forma, se tiene que la necesidad de asentamiento se hizo palpable en los grupos humanos desde tiempos remotos, cuando se deja atrás el nomadismo que había caracterizado los grupos humanos y se opta por la escogencia de un lugar fijo para vivir, y mediando el establecimiento de un sistema de división del trabajo.

El Mismo Shapiro (1993: 340) es del siguiente pensamiento sobre este tema en particular: *Los nuevos grupos locales generalmente nacen cuando algunas familias sienten que pueden vivir mejor si se mudan a algún territorio más rico y promisorio. Pero no es éste el único modo en el cual pueden surgir nuevas comunidades.*

Esta relación inescindible entre el hombre y el medio, uno de cuyos productos es la ciudad, ha sido estudiada con profusión por la sociología urbana, mediante la acuñación de los conceptos de urbanismo y urbanización; uno de los más

acreditados teóricos de esta materia, Manuel Castells (1975: 21), concluye que *“...urbanismo en tanto que modo de vida (“as a way of life”), urbanización como proceso organizado a partir de un modelo (“pattern”) de interacción entre el hombre y el medio, he aquí en términos propiamente sociológicos el objeto real de lo que ha sido, de lo que todavía es, la sociología urbana”*.

En el medio urbano se hace evidente la influencia del hombre sobre la naturaleza, la marcada tendencia del ser humano a modificar su entorno para dar satisfacción a sus necesidades y sus caprichos. Díaz Arenas (1991: 309) apunta que *“El hombre ha ejercido su influencia en la naturaleza desde el momento en que empezó a transformarla, primero para satisfacer sus necesidades y luego para dominarla”*.

1.4 La ciudad como escenario de satisfacción de necesidades sociales

Otro de los asertos cuya inclusión es conveniente en términos de la comprensión del análisis del fenómeno de la ciudad es sostener que la ciudad obedece a la satisfacción de necesidades de los individuos y de la colectividad en general. Ya Aristóteles enunció al hombre como *zoon politikon*, pretendiendo con ello relieves la ineluctable sociabilidad de las personas; de modo correlativo, se tiene que las personas necesitan de un campo de acción, de un contexto para la satisfacción de sus necesidades, siendo uno de ellos, cómo no, la ciudad. En palabras de Henri Lefebvre (1995: 123),

Las necesidades sociales tienen un fundamento antropológico; opuestas y complementarias a un tiempo, comprenden la necesidad de seguridad y la de apertura, la de certidumbre y aventura, la de organización del trabajo y la de juego, las necesidades de previsibilidad y de imprevisto, de unidad y de diferencia, de aislamiento y de encuentro, de cambios y de inversiones, de independencia (cuando no de soledad) y comunicación, de inmediatez y perspectiva a largo plazo (...) y la necesidad de reunir estas percepciones en un mundo.

Este conjunto de necesidades humanas necesariamente redundan en la creación de grupos humanos, con crecimiento hacia afuera: así, la pareja, la familia, el clan,

el barrio, la ciudad, el Estado, son un conjunto de grupos en donde se evidencia este crecimiento hacia afuera, y cada uno de ellos ostenta diversos papeles y poderes en la organización social, llegando a la aparente cúspide de poder político, de parte del Estado. Consigna Shapiro (1993: 402) que:

El Estado es el grupo que tiene los medios de controlar conductas. Básicamente, un Estado es un conjunto de comunidades locales organizadas de tal modo que ciertos hombres del grupo tienen el poder de actuar a nombre de todos para obligar a miembros de las diversas comunidades a realizar ciertas cosas y procurar que se abstengan de otras.

Desde estas enunciaciones, puede avizorarse la necesidad de regulación que tiene la ciudad, pues de lo contrario tendería a su inevitable desmembración y desintegración; esta búsqueda de cohesión y de realización del interés colectivo que debe signar a la ciudad contemporánea es el norte del ordenamiento jurídico. Así, como más adelante se detallará, surge el Derecho como principal disciplina llamada a regular las relaciones sociales en la ciudad, en procura del bien común.

1.5 Los conflictos de derechos en la ciudad

Del modo ya reiterado en otros apartes de este escrito, los derechos y garantías son susceptibles de entrar en tensión, toda vez que en la esencia del derecho se encuentra su carácter conflictivo, por las interpretaciones varias de que puede ser objeto, y porque la realidad social que regula se encuentra inmersa en la problemática de la ciudad. Pero el mismo ordenamiento consagra las formas en que pueden ser solucionados los conflictos de derechos, para mantener la vigencia del sistema; si el mismo sistema no describiera las formas en que pueden ser solucionados, reinarían la incertidumbre, la inseguridad social y el arbitrio del funcionario, cuestiones que son rechazadas abiertamente desde el establecimiento del Estado de derecho.

Desde hace tiempo se ha formulado un principio, conocido como el *principio del efecto útil*, según el cual una disposición normativa existe en el ordenamiento con la finalidad de ser aplicada llegado el caso. De modo que en caso de conflictos de

derechos la solución no es la anulación o inaplicación de alguna de las garantías, sobre todo cuando se trata de normas constitucionales, en cuanto directrices del ordenamiento jurídico.

El artículo 95 Superior consagra disposiciones conocidas en teoría jurídica como *cláusula general de responsabilidad*, puesto que la existencia y garantía de los derechos a favor de los asociados implica siempre el ejercicio y cumplimiento de obligaciones correlativas. Al respecto, la norma constitucional de que se está hablando es clara: *“El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*. De esta forma, se tiene que en la dinámica del derecho se funden la exigencia de garantías y el cumplimiento de deberes. Esta aserción es esencial para comprender la naturaleza de los conflictos de derechos, pues en todo conflicto y en toda resolución de los mismos se implica la existencia de un derecho o derechos y de obligaciones correlativas.

Retomando, la existencia de conflictos es propia de la ciencia jurídica y de la realidad social misma, que siempre se encuentra avocada a la lucha de contrarios. Por ello, autores como Díaz Arenas (1993: 227) afirma:

Aunque en la Carta de derechos se conjugan prerrogativas de diversa naturaleza y función, en la realidad política, social o económica resultan incompatibles. Por lo tanto cuanto más amplio es el catálogo de derechos consagrados, mayor es la incongruencia, aunque el problema es más cualitativo que cuantitativo. La razón consiste en el hecho de que el cumplimiento de un derecho interfiere o puede interferir en el cumplimiento de otro. Cuanto más se insiste en el cumplimiento de un determinado derecho humano, más se tiende a limitar inclusive a suspender el cumplimiento de otro. El derecho del trabajo, por ejemplo, se encuentra en conflicto con la vigencia irrestricta de la propiedad privada. Resulta así la necesidad de compatibilizar los derechos humanos tanto a los derechos ya reconocidos como a los derechos que en el futuro se reconocerán.

Sin embargo, la postura de conciliación de derechos que pregonan la actual dogmática jurídica no es compartida por Díaz Arenas (1993: 227); ello puede entreverse a través de las siguientes palabras de este autor:

Esta compatibilización tiene que definir preferencias respecto a los derechos humanos, que rigen en caso de conflicto entre ellos. Tales conflictos solamente tienen solución si se da preferencia a un derecho en relación con otro y, como consecuencia, a un derecho sobre todos los demás. Esa incompatibilidad es particularmente rica en nuestra Carta de derechos por lo prolífera en enunciados y en razón del criterio de mutua condescendencia que se tuvo en su conformación. Lo que prevalezca será el resultado más de factores de poder que de pulimentos doctrinales o definiciones jurisprudenciales.

No obstante, para el momento en que el autor que se acaba de citar escribe su obra, no se había desarrollado plenamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha fijado criterios de ponderación, de proporcionalidad y de racionalidad en las restricciones que tienen los derechos en situaciones concretas; el ejercicio de la jurisprudencia ha demostrado que es posible conciliar las garantías en conflicto, atendiendo a ciertos criterios que deben ser analizados con mayor detalle.

1.6 El derecho y la ciudad

El Derecho debe entenderse, en sentido amplio, como un sistema. En suma, se trata de un sistema de regulación de la conducta humana, y no de la ordenación de cualquier conducta en el espacio urbano, sino de aquel comportamiento que interfiere la esfera de un individuo con la de otro, es decir que el derecho es un ordenamiento *ad alterum*, o de regulación de la conducta interferida. Por ello, aparece de forma diáfana que el sistema jurídico regula conductas bilaterales, al menos, o multilaterales: contratos, obligaciones, deberes jurídicos, las relaciones entre el Estado y los administrados, entre muchos otros ejemplos, demuestran este carácter definitorio del Derecho; cuando el Derecho crea, modifica o extingue una situación de orden jurídico respecto de una persona, siempre existe de manera correlativa la creación, extinción o modificación de una situación jurídica respecto de otro individuo. De este modo, queda así establecido el carácter relacional del derecho.

Esta necesidad social de regulación de conductas encuentra manifestación también en la ciudad; siendo ésta última igualmente un sistema complejo, necesita de una estructura que determine las relaciones entre los diversos actores de la vida urbana.

La ciudad es escenario y caleidoscopio de múltiples tipos de relaciones, que requieren de la pertinente reglamentación por parte del Derecho, en un intento de dar coherencia y estabilidad al sistema urbano; la lista se haría innumerable, pues contratos, regulación del tránsito automotor, normas para las construcciones, determinación de espacios públicos y privados, normas de convivencia entre vecinos y conciudadanos, manejo de recursos naturales, entre muchos otros, son factores fundantes de las relaciones entre las personas que encuentran realización en la ciudad. Con asiento en las anteriores consideraciones, se hace necesario sostener que existe una relación intrínseca entre la ciudad y el derecho. La coherencia interna de las relaciones existentes entre los ciudadanos, requiere de un orden homogéneo que dé carácter a sus relaciones, posibilidades de exigir las garantías y el respeto de las normas de juego establecidas, fijadas de antemano por el orden jurídico.

Aunque parezca verdad perogrullesca en su enunciación, puede elaborarse el siguiente aserto: la ciudad es una realidad social de relaciones multilaterales entre los sujetos que la conforman, y dado que el interés del Derecho es la reglamentación de la realidad social mediante normas, aparece que es interés del Derecho la regulación de la ciudad, en tanto aparece como relevante y necesaria su ordenación, pues no ha sido pacífico el establecimiento y crecimiento de las ciudades. En suma, puede sostenerse con propiedad, que la ciudad necesita del Derecho. En opinión de Recaséns (1986: 579):

... el derecho vigente sobre todo como un conjunto de normas, es decir, como un conjunto de pensamientos normativos que intentan regular una determinada realidad social.

Cierto que esas normas no se hallan flotando, desconectadas de la realidad social, antes bien se dan en estrechas relaciones con esa realidad: en primer lugar, han surgido del seno de dicha realidad colectiva; y en segundo lugar, son normas cuyo propósito es precisamente ordenar esa concreta realidad

social, cuyos contenidos responden a los problemas planteados por la vida social en una particular situación histórica....

Acaba de establecerse que al Derecho le interesa la regulación de la conducta humana interferida. Pero, además de esta característica, debe añadirse la exigencia que hace la ciencia jurídica respecto de la relevancia de la conducta.

Es claro que no cualquier comportamiento interferido hace parte de la órbita del Derecho; piénsese, por ejemplo, en las normas sociales de cortesía y de urbanidad: se trata, evidentemente, de conductas que implican la presencia de dos o más sujetos, puesto que no es posible ser cortés consigo mismo. Pero este comportamiento no es relevante para el Derecho, que pretende el control y la regulación de intereses sociales relevantes. De allí deviene su foco de atención por la reglamentación de la ciudad, por la afectación de la comunidad y por el conjunto de intereses de toda índole que encuentran sustento en la ciudad, en el orden de la economía, el espacio vital, el manejo de los recursos naturales, por mencionar algunos aspectos, que ponen en funcionamiento los ejes primordiales del ordenamiento: el bien común, el orden social justo y el desarrollo económico, entre otros.

1.7 La ciudad en tanto derecho, o el derecho a la ciudad

La ciudad contemporánea afronta regulaciones jurídicas normativas y constitucionales que presentan una significativa característica: su insularidad, es decir, la reglamentación aislada de aquellas materias que tocan directamente con el organismo urbano. El análisis del texto de la Carta Política y la legislación al efecto, arrojan la conclusión sobre el tratamiento separado de tan trascendentales aspectos: de una parte, se encuentra la reglamentación sobre el espacio público; de otra, la planeación en el uso del suelo, y así es posible continuar enunciando las regulaciones existentes sobre construcciones, recursos naturales, impacto ambiental, infraestructura, tránsito automotor, entre muchos otros. Pero no ofrece discusión aseverar que no existe una reglamentación normativa integral para la ciudad, ya que existe como ya se ha manifestado; en este escrito se propone la

necesidad de existencia de un derecho a la ciudad, con el fin de poder efectuar un análisis de conjunto de la realidad urbana, que no soporta un análisis aislado, sobre todo atendiendo al carácter no planificado ni analizado del crecimiento de la ciudad y sus aumentadas y renovadas problemáticas.

El presupuesto sociológico y político de tal formulación se afina en la realización integral del individuo; la inmensa mayoría de la población habita en las ciudades, en donde encuentra (o debe encontrar) satisfacción a sus intereses culturales, educativos, políticos y económicos; ello depende en gran medida de la actuación que despliegue el Derecho, en orden al logro de la satisfacción de estas necesidades. Las regulaciones jurídicas sobre la ciudad deben conjugarse, para que de manera mucho más coherente adelanten sus respectivos cometidos.

En el mundo actual, la dogmática jurídica y el devenir social han resaltado el lugar prevalente que deben tener los derechos humanos. Las convulsionadas épocas que ha vivido la Humanidad en los últimos tiempos han demostrado la necesidad de contar con instrumentos eficaces que posibiliten la convivencia armónica. La dinámica misma de la sociedad ha engendrado las llamadas 'generaciones de derechos', poniendo con ello de presente que la evolución social enmarca el surgimiento de las garantías. Así, hacia finales del Siglo XVIII, con la abolición de la monarquía absolutista en Francia, se dio prevalencia al individualismo y el liberalismo clásico, consagrándose en consecuencia los derechos de primera generación o derechos fundamentales.

Posteriormente, las revoluciones obreras en la Francia de mediados del Siglo XIX demostraron que las garantías previstas como fundamentales no eran suficientes en orden a la protección de la persona humana en relación con la comunidad, y es en este momento histórico cuando se consagran de manera definitiva los derechos sociales, económicos y culturales. Hoy, el ser humano requiere un renovado conjunto de garantías en el marco de la ciudad, acorde con la evolución que han sufrido los centros urbanos. Como es de suponer, la sola existencia de normas jurídicas que consagren garantías no basta para llenar la estremecida realidad de los ciudadanos; en lo relativo a la actividad estatal, atrás quedó la radical

separación de las ramas del poder público, para dar lugar al llamado por la doctrina 'principio de colaboración', que cuenta con establecimiento constitucional. Cada rama del poder público tiene a su cargo el cumplimiento de puntuales objetivos, que no deben ser usurpados; pero debe obrar entre ellas la colaboración armónica para la obtención de sus fines.

La llana letra de la ley es superada por la realidad social; es por ello que aparece de forma transparente el rol de los funcionarios judiciales, en su tarea de aplicadores y creadores de Derecho, cuestión que se tratará con mayor profusión en apartes posteriores de este trabajo. Empero, es menester anotar desde ahora el papel crucial que cumplen (y pueden llegar a cumplir) los jueces en la creación del derecho a la ciudad.

Como es de fácil advertencia, las luchas sociales y el devenir histórico de los pueblos motivan el reconocimiento y el crecimiento del conjunto de los derechos humanos. En los tiempos actuales, el hombre se ve sometido a diversas fuerzas en tensión, a diversas problemáticas y peligros. Las guerras, la violación de garantías, la impotencia de los Estados en su cometido del mantenimiento de la paz y el orden social, han dado lugar a un resurgir de la teoría del derecho para enfrentar los nuevos retos, que encuentran especial revelación en la ciudad.

La ciudad, en cuanto sistema social complejo, como ya se ha tenido oportunidad de demarcar, no es ajena a las problemáticas anotadas. Los múltiples avatares de la vida urbana serían también de interminable enumeración, pero no pueden dejar de mencionarse la contaminación en todos sus órdenes (visual, auditiva, ambiental), la pérdida de cohesión entre los conciudadanos por la expansión creciente de las ciudades, la constante vulneración de garantías ciudadanas, la inseguridad, entre otros, hacen ver que todas las ciencias y disciplinas, especialmente el derecho, tienen la función y el propósito de actuar sobre esta problemática, con el fin de optimizar las relaciones de la vida urbana y de la ciudad misma. Sin embargo, es indispensable efectuar una precisión teórica: si bien la ciudad es el objeto de estudio en este caso, es claro que el factor que vivifica a la ciudad como sistema es la presencia del ser humano, de lo contrario cualquier estudio jurídico sobre el

punto sería irrelevante. Ello conduce a afirmar al ser humano, al ciudadano, como eje nodal de la ciudad, como sujeto de derechos. En sentido estrictamente jurídico, el asunto basal del hombre es su dignidad humana, que implica conferirle el status de fin en sí mismo, no en cuanto medio para la obtención de otros fines.

Esta postura de dispensar al hombre la característica de fin en sí mismo, constituye la razón de ser de otorgarle derechos y garantías, que de otro modo no podrían explicarse. Teniendo esta afirmación como presupuesto, se entiende la protección del derecho a la vida, la libertad, la igualdad y todas las demás garantías de las personas. Cada uno de estos derechos encuentra también expresión en la ciudad; la defensa de la vida, la libertad, la igualdad, el derecho a un ambiente sano no son, ni pueden ser, extraños a la vida urbana. Pero es también innegable que la vida en la ciudad reviste ciertas notas dominantes en relación al tema de los derechos. El desarrollo mismo de la ciudad, sus problemáticas propias, hacen que en ella tengan desarrollo variados aspectos de los que se ocupa el Derecho, tales como el espacio público, el desarrollo de la infraestructura, las normas de tránsito urbano, la seguridad ciudadana.

Por las razones anotadas, se posibilita afirmar que, al menos en el contexto actual, existe un conjunto de garantías que pueden conglobarse en la expresión 'derecho a la ciudad', aspectos que intentarán desbrozarse a lo largo de este trabajo. Las crecientes y nacientes dificultades de la vida urbana, la necesidad de cohesionar los actores de la ciudad, las desigualdades generadas por el sistema económico, el rol del Estado en la defensa de la ciudad, hacen que deba abogarse por la existencia y protección de este llamado derecho a la ciudad.

En síntesis, puede decirse que el derecho a la ciudad encuentra fundamento constitucional último en variadas garantías de índole constitucional, como el derecho a la vida en condiciones dignas y justas, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la noción de interés general, entre otras; todas las regulaciones jurídicas existentes sobre la ciudad, se reducen a estas garantías fundamentales; así, la protección de los andenes, la defensa de un medio ambiente sano, el desarrollo de la infraestructura de la ciudad mediante puentes, carreteras y

demás obras arquitectónicas, la conservación del patrimonio histórico y cultural de la ciudad, todas ellas tienen anclaje directo o indirecto en los mencionados derechos.

Aparece entonces de manera diáfana que se hace menester reformular el concepto del derecho a la ciudad, empleando el Derecho como uno de los fundamentos que permiten contextualizar las garantías ciudadanas en el seno de la ciudad. La agitada vida contemporánea, las dificultades que plantean el consumo y la globalización han dado lugar a que no pueda continuarse hablando de modo aislado del derecho a un medio ambiente sano, o del derecho al espacio público, porque es evidente que en el seno de la ciudad estas garantías no se presentan de manera insular; por el contrario, se dinamizan constantemente, hallando día a día nuevos retos y condiciones que, al menos en un plano ideal, deben contribuir al desarrollo integral del individuo. Así, Lefebvre (1975: 138) clama por la reformulación del derecho a la ciudad: *El derecho a la ciudad no puede concebirse como un simple derecho de visita o retorno hacia las ciudades tradicionales. Sólo puede formularse como derecho a la vida urbana, transformada, renovada.*

El derecho a la ciudad parte de las mismas consideraciones abstractas que pueden efectuarse para el análisis de otra clase de derechos: la vida en sociedad hace necesarias ciertas seguridades, ciertas garantías para el correcto desenvolvimiento de la vida social. Con el fin de resolver sobre la obligatoriedad de los derechos y su salvaguarda, la ciencia jurídica convierte las costumbres sobre estas garantías en normas, en prescripciones de carácter obligatorio. Lefebvre (1975: 137) describe este proceso histórico de la siguiente forma:

Aparecen derechos; entran en costumbres o prescripciones más o menos seguidas de actos, y es ya sabido cómo estos 'derechos' concretos vienen a concretar los derechos abstractos del hombre y el ciudadano inscritos en el frontal de los edificios por la democracia en sus inicios revolucionarios: derechos de las edades y los sexos (la mujer, el niño, el anciano), derechos de las condiciones (el proletario, el campesino), derechos a la instrucción y la educación, derecho al trabajo, a la cultura, al reposo, a la salud, al alojamiento.

Todos los derechos tienen alojamiento y desarrollo en la ciudad; en consecuencia, el propio derecho a la ciudad es en sí mismo una forma de supraderecho, dado que en ella se contextualizan todos los demás. La ciudad como sistema alberga para cada ciudadano individualmente considerado y para la sociedad en su conjunto, la dinámica de los derechos a la vida, la intimidad, la seguridad, la libertad, la igualdad, la educación, el trabajo, la vivienda, la salud, la familia, entre otros. Entonces, el derecho a la ciudad es la integración de los derechos en el espacio de vida y en la producción de territorio. Es de Lefebvre (1975: 159) la siguiente opinión:

El derecho a la ciudad se manifiesta como forma superior de los derechos: el derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar. El derecho a la obra (a la actividad participante) y el derecho a la apropiación (muy diferente del derecho a la propiedad) están imbricados en el derecho a la ciudad.

La ciudad puede entenderse como un objeto jurídico de naturaleza múltiple; esto es, aparte de que debe considerarse como un derecho en sí mismo, en ella se encuentran los demás derechos de las personas. En la ciudad deben encontrar asidero los derechos y realización de cada uno de los asociados en particular, y el conglomerado en general. Por ende, se hace necesaria la optimización de procesos democráticos y de planeación social y económica, pues como afirma Habermas (1991: 11) *“Antes bien, partimos de un todo social dado de compleja actividad grupal, dentro del cual analizamos (como elementos) la conducta de cada uno de los distintos individuos que lo componen”*.

El derecho a la ciudad y el universo de conocimientos en los que se funda, de los que hacen parte el derecho urbanístico, el derecho ambiental, el derecho administrativo, el conjunto de los planes de ordenamiento territorial, entre otros muchos, no han sido objeto de acucioso estudio, siendo los principales inconvenientes los que se enuncian a renglón seguido:

* **Magra Reflexión Teórica:** Los estudios existentes sobre el urbanismo y la ciudad desde la órbita jurídica no son tan numerosos como los de otras ramas del

derecho, como el derecho penal, o el derecho civil. Jurídicamente, el derecho a la ciudad ha tendido a incluirse en ciertos aspectos del derecho civil, como la propiedad y otros derechos reales o la responsabilidad civil extracontractual; desde el derecho administrativo se ha hecho lo propio, estudiando el problema desde las facultades estatales en derecho público, o la simple enunciación de las normas constitucionales que tienen que ver con el derecho a la ciudad.

Sin embargo, **no se ha logrado, ni siquiera desde el plano teórico, la independencia del derecho a la ciudad**, desconociendo la especialidad de las relaciones que regula, y los especiales matices que presenta.

* **Desconocimiento del Derecho a la Ciudad por parte de los Operadores Jurídicos:** Ello es debido a que la atención se ha centrado en las ramas tradicionales del derecho, relegando a un segundo plano las relaciones urbanísticas en el campo jurídico. Ello se hace manifiesto cuando de aplicar el derecho se trata. Con claras excepciones por parte de las altas Cortes, los operadores jurídicos demuestran la falta de aplicación de este especial segmento del derecho.

* **Ausencia de concientización sobre la importancia del Derecho a la Ciudad:** Lamentablemente, no se ha destacado de manera categórica la envergadura del derecho a la ciudad. Parece que se olvidara que su influencia se extiende hacia todos los campos de lo social, la economía y la política. En otras palabras, se adolece de culturización del derecho a la ciudad.

Es dable afirmar, en consecuencia, la especialidad de que goza el derecho a la ciudad. No es posible, en las circunstancias actuales, continuar subsumiéndolo en el derecho privado y en el derecho público tradicional. La caracterización de la realidad social lleva a que las ramas del derecho se especialicen; así, sería absurdo que una ley penal se encargase de regular lo concerniente a la negociación de una convención colectiva, o que la codificación civil asumiese la regulación de la contratación administrativa. De la misma forma, el derecho a la ciudad requiere de la especialización en sus regulaciones. De hecho, y como ya se

ha anotado, este derecho maneja conceptos bastante específicos, que han sido tratados por la legislación. Pero es claro que no lo ha hecho desde el marco de un derecho a la ciudad, sino a partir de una suerte de mixtura entre el derecho privado y las facultades del Estado en la regulación del suelo y la vigilancia sobre los bienes de uso público, entre otras materias.

Esta necesidad de especialización de la materia deviene desde lo legislativo (leyes de reforma urbana, planes de ordenamiento territorial, Constitución Política de 1991) y desde lo social (crecimiento de las ciudades, surgimiento de nuevas realidades sociales que requieren regulaciones expresas, etc.). La misma aludida naturaleza del derecho a la ciudad, en donde confluyen aspectos del derecho privado y del derecho público hacen que deba tratarse de normas conciliadoras de estos intereses contrapuestos, para que sean determinadas con claridad las competencias de los organismos del Estado, de los ciudadanos, de los usuarios de los bienes de uso público y de los propietarios privados, en trascendentales materias como la adecuada utilización del espacio público, el manejo de las relaciones entre los conciudadanos o el manejo de los recursos naturales, etc.

Las regulaciones jurídicas obedecen a la necesidad de evitar el caos y la desintegración social; la ciudad se define mediante delicados ejes de equilibrio de facultades entre el Estado y los particulares sobre el manejo del entorno (que es una noción más amplia que la del simple territorio de la ciudad), con miras a la cohesión, la integralidad, el aprovechamiento de los recursos físicos y humanos de la ciudad y la innegable necesidad de orden social en comunidades cada vez más disgregadas y con intereses cada vez más contrapuestos.

Las regulaciones anteriores a la Ley 9ª de 1989 no eran tan incisivas en el carácter de interés público del derecho a la ciudad; puede decirse que regía para el caso la prevalencia de los intereses privados en el uso del suelo, y las competencias estatales se encontraban más limitadas, exceptuando, claro está, el control sobre los bienes de uso público. Pero la ley de reforma urbana intentó plasmar la necesidad de incluir el interés general en las regulaciones sobre esta materia y mitigar el impacto que causa el choque entre los intereses públicos y privados. La

Sentencia de 14 de septiembre de 1989, No. 56, Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de esa época expuso con claridad los alcances de la ley de reforma urbana con estas palabras:

El Legislador ha decidido abordar el complejo y dinámico problema social urbano, y dispuso en consecuencia que el ordenamiento de las ciudades, sus magnitudes y su configuración no sean, en absoluto asuntos de naturaleza privada sino de eminente proyección pública en el sentido de que no pertenezcan al arbitrio exclusivo de los intereses abstractos y subjetivos de los propietarios del suelo.

1.8 Componentes esenciales del derecho a la ciudad y su categorización como derecho colectivo

Se comparte en todos los puntos la tesis defendida por Lefebvre acabada de referir, en el sentido de que en la ciudad encuentran expresión toda clase de derechos, en cuanto se ha denotado al sistema urbano como un intrincado conjunto de relaciones, que da lugar al desenvolvimiento de toda clase de relaciones jurídicas. Pero no puede dejarse a un lado que existen ciertas garantías y derechos que se encuentran en directa relación con el derecho a la ciudad, que pueden ser denominados como sus componentes esenciales, que han sido estudiados por el derecho urbanístico. Con la expresión 'derecho a la ciudad' quiere significarse una nueva óptica en la evaluación de los elementos que a continuación se tratarán, porque, finalmente, el derecho a la ciudad implica que el sistema urbano se ponga al servicio de la ciudadanía; el derecho a la ciudad implica que el ciudadano se convierta en la finalidad de la ciudad, de su crecimiento, de su infraestructura y de sus servicios y bienes.

Ya definida entonces la existencia del derecho a la ciudad, corresponde establecer las principales características que lo dominan, siendo ellas:

* **La Relevancia del Espacio Público:** Como con más atención habrá de denotarse en líneas posteriores, el espacio público tiene raigambre constitucional como derecho colectivo, evento que lo hace merecedor de un más profundo

análisis; pero por ahora, basta anotar que con la puesta en vigencia de la Constitución de 1991, este derecho alcanza una visión más holística, que supera las antiguas nociones que lo circunscribían al estudio de los bienes de uso público, que pasan a ser un componente más del espacio público. En otros términos, se quiere significar que el espacio público no se agota con la existencia de los bienes de uso público. Analógicamente, antes de la de reforma urbana de 1989 y de la Constitución de 1991, los bienes de uso público se asimilaban al espacio público. Hoy, se entiende que esta última noción es bastante más omnicomprendiva, cuestión que va de la mano con la importancia del interés general en el contexto del Estado social y democrático de derecho.

*** Las Nuevas Funciones de la Propiedad; su Carácter Social y Ecológico:** El derecho a la ciudad se encarga de resaltar el principio constitucional según el cual el interés privado debe ceder ante el interés particular; los lineamientos del derecho urbanístico y del derecho a la ciudad se encargan de resaltar la necesaria limitación que surge al derecho de propiedad privada. Es indudable que el derecho a la ciudad se mueve en los límites de los derechos colectivos, y por ello la propiedad necesariamente tiene que desprenderse de su carácter absoluto, para ceder a las crecientes necesidades de la ciudad en materia de planeación y ordenamiento territorial.

*** La Creciente Importancia del Derecho a una Vivienda Digna:** Como tendrá oportunidad de subrayarse en este trabajo, uno de los principios del derecho a la ciudad es el derecho a la vida en condiciones dignas y justas; bajo este supuesto, y sumando a ello el encuadre del derecho a la ciudad, surge la necesidad de garantía del derecho a la vivienda digna, por variadas razones:

a) El desordenado crecimiento de las ciudades y el aumento de población hacen que, lógicamente, crezcan las necesidades de los ciudadanos sobre la vivienda. En otros términos, puede afirmarse que una de las consecuencias del crecimiento de la ciudad es el aumento en las necesidades de vivienda para sus habitantes.

b) La planeación de la ciudad debe tener como uno de sus nortes dar respuesta a las necesidades de vivienda, todo ello bajo el supuesto de las condiciones de vida digna para los ciudadanos;

c) El Estado, en tanto organización política que debe tender a la satisfacción de las necesidades de los asociados, al interés general y a la prosperidad general, debe tener como uno de los ejes de su actividad en lo relativo a la ciudad, el ofrecimiento de soluciones de vivienda en condiciones dignas. En consecuencia, uno de los ejes del derecho a la ciudad es el derecho a la vivienda digna para los habitantes.

Por razones como las anteriores, en cuanto a la categorización del derecho a la ciudad, se tiene que se trata de un derecho colectivo; tal delimitación emana de su utilidad pública, su tendencia al interés general, y la prescripción de prevalencia del interés público sobre el particular. Es sabido que los derechos humanos se han categorizado a partir de generaciones de derechos; así, el derecho al espacio público, a un medio ambiente sano, entre otros derechos conexos, tienen lugar en la llamada “tercera generación de derechos”. Este conjunto de garantías ve la luz, históricamente hablando, a mediados del Siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de descolonización de las naciones. Díaz Arenas (1993: 301) es de la siguiente opinión:

La llamada tercera generación de derechos nace en las luchas de liberación de los pueblos colonizados o neocolonizados para alcanzar la autonomía política y defenderse de la expropiación de sus recursos naturales. Toma fuerza entonces a partir de la mitad del presente siglo, con el proceso de descolonización y fundación de los Países No Alineados en cabeza de hombres como Nasser, Tito y Fidel Castro.

Hecha esta puntualización, se analizarán algunos de los elementos definitorios del derecho a la ciudad. Como ya se ha apuntado, todos los derechos tienen lugar en la ciudad, pero existen ciertas garantías de insoslayable consignación en este aparte, y son las que a continuación se analizan.

1.8.1 El espacio público. Con la expedición de la Ley 388 de 1997 y la Constitución de 1991, la noción de espacio público se adentra en nuestro ordenamiento jurídico con fuerza inusitada, y han obligado a reformar las distinciones existentes respecto de la clasificación de los bienes. Por ejemplo, con anterioridad a la promulgación de dicha ley, el criterio dominante para establecer la

pertenencia de un bien era el simple carácter de la propiedad del Estado o la propiedad privada. Esta materia es tratada, por ejemplo, en el derecho de los bienes, mediante la división entre bienes públicos y bienes privados. En términos llanos, “*Son privadas, las que pertenecen a un propietario particular. Son públicas, las que radican en cabeza del Estado*” (Velásquez, 2000: 50).

Por su parte, el Código Civil se encarga de definir los bienes de uso público, en el artículo 674, estatuyendo en el aparte pertinente:

Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Estos bienes de uso público se distinguen por las siguientes características:

* **El uso de estos bienes corresponde a todos los habitantes:** esta característica nace de la utilidad social que llevan inmersa estos bienes, como los puentes y carreteras, que sirven al interés común.

Por su importancia, el Estado puede reglamentarlos legalmente estableciendo, por ejemplo, la presencia de zonas de estacionamiento o concesiones de diversa índole, pero su uso es, por lo general, gratuita.

* **Estos bienes radican en cabeza del Estado:** esta figura se emplea con la finalidad de que el Estado se encargue de la supervigilancia de estos bienes que están destinados a servir a la comunidad. El tratadista Velásquez (2000: 53) sostiene al respecto que:

El Estado ejerce la propiedad sobre esos bienes con base en el dominio eminente que tiene sobre el territorio nacional. Tal propiedad es distinta de la particular, en razón de que los atributos (utendi, fruendi, abutendi) no se presentan en la propiedad pública. Existe una especie de derecho de guarda, tuición o supervigilancia. Cuando se afirma que el Estado ejerce la propiedad sobre tales bienes, no se refiere el término como si fuera un derecho real.

* **Estos bienes son imprescriptibles:** su misma afectación al uso público impide que los particulares comiencen a detentar la posesión y posterior prescripción a su favor sobre estos bienes, por la sencilla razón de que se desnaturalizaría la figura del uso a favor de toda la comunidad.

* **Estos bienes son inalienables:** puesto que no pueden permutarse, venderse o hipotecarse, entre otros actos, por la misma razón de su desnaturalización. Sin embargo, existe la figura de la desafectación, mediante la cual puede enajenarse el bien como bien fiscal; o los casos en que la Administración permite, previa cancelación de impuestos o tasas, la realización de eventos sociales o ventas en el espacio público (verbigracia, una feria o un concierto musical). Por este uso preferente, se debe cancelar un valor a la Administración; como afirma Velásquez (2000: 53) *“En casos como este, el particular favorecido con la adjudicación debe pagar al Estado un emolumento para compensar a la comunidad por la restricción que crea el uso preferente”*.

* **Estos bienes no son embargables:** su salida del comercio, debida a la afectación que les es propia, impide que puedan ser objeto de medidas cautelares, como lo expresa la legislación procedimental civil. En Sentencia T-572 de 1994, con ponencia de Martínez Caballero se estableció lo siguiente:

...considera la Corte que incurre en vía de hecho el funcionario judicial que impide a una entidad territorial participar de un proceso ejecutivo con el fin de proteger un bien de uso público. En efecto, impedir el trámite, supeditando los derechos y deberes establecidos en la Constitución a la interpretación equívoca de una figura procesal, es tratar de procesalizar la Constitución cuando lo que hay que hacer es constitucionalizar el procedimiento.

Con ciertos principios establecidos en la reforma urbana de 1989 y leyes posteriores, se tiene que el simple criterio de la propiedad pública para adscribir a un bien como perteneciente al espacio público no es suficiente; por ejemplo, existen bienes privados que pertenecen al espacio público, tal como sigue:

* **Bienes de propiedad particular:** En este caso imperan los intereses del propietario, quien puede disponer de él con libertad. Se trata de bienes sin ninguna clase de afectación.

* **Bienes privados del espacio público:** Que por su naturaleza, uso o afectación se encaminan a la satisfacción de necesidades colectivas, aporta Velásquez (2000: 78):

La fachada de un edificio de dominio privado, el pórtico, la cubierta, el cerramiento, su terraza y antejardín son ejemplos de bienes del espacio público privado. El Estado está particularmente interesado en su regulación y funcionamiento. Estos bienes no pueden ser alterados ni modificados unilateralmente por su dueño, ya que en ellos existe un marcado interés de la colectividad.

La Corte Constitucional, en Sentencia SU-360 de 1999 consideró:

...esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público, tradicionalmente entendida en la legislación civil (C.C., arts. 674 y 678), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva.

1.8.2 El derecho a un medio ambiente sano. La ciudad, en cuanto dotada de un marco espacial, imbrica la utilización y aprovechamiento de recursos naturales. Sin embargo, y lamentablemente, el afán de la producción en serie y la explotación de recursos, la existencia de residuos tóxicos y de desecho que inundan los cielos, ríos y calles de las ciudades y el desinterés ciudadano en la merma de semejante estado de cosas, han llevado a que hoy en día se hayan encendido las alarmas y se tema por el futuro del planeta, que el hombre ha menguado en su necesidad de dominio de la naturaleza.

De manera consecuente con las referidas preocupaciones, ha sido interés del constituyente la asimilación del ambiente sano como un verdadero derecho, una garantía que debe ser defendida para preservar, en últimas, el derecho a una vida

en condiciones dignas y justas. Es por estas razones que, normativamente, se cuenta con varias disposiciones tendientes a la conservación y el disfrute del ambiente sano. Como se dijo en aparte anterior de este escrito, los seres vivos tienden a establecer un equilibrio con el medio que les rodea; aún así, a veces pareciese que el ser humano se obstinase en romper el necesario equilibrio con la naturaleza, mediante la contaminación en todas sus formas, el desaprovechamiento o despilfarro de recursos naturales, que afectan indudablemente la vida en la ciudad.

La protección de las riquezas naturales de la nación halla asiento constitucional en varias normas de la Carta. Se cuenta al efecto con el artículo 8º Superior que dice a la letra: *“Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*. Por su parte, el artículo 79 de la Constitución expresamente otorga el carácter de derecho al medio ambiente sano, en los siguientes términos:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Dentro del mismo conjunto de políticas estatales para la protección del medio ambiente y los recursos naturales, se cuenta asimismo con el artículo 80 de la Carta, que a su vez expresa:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Jurisprudencialmente, se cuenta con numerosos fallos que protegen el derecho colectivo a un medio ambiente sano, habida cuenta de las posibles vulneraciones

de que puede ser objeto. Por vía de ejemplo, se cuenta con la sentencia de 29 de marzo de 2007, emanada de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, fallo mediante el cual el alto Tribunal ordenó las medidas conducentes para la protección del medio ambiente, ante la vulneración a este derecho causada por la explotación aurífera en el Departamento del Cauca. En este caso se exhortó a las Corporaciones Autónomas Regionales para que velen por hacer cumplir las medidas de carácter coercitivo para prevenir e impedir las actividades que puedan causar deterioro ambiental injustificado.

De manera conexa con lo afirmado, decidió el Consejo de Estado:

En el caso concreto se encuentra la Sala ante una ilegal explotación de oro que viene generando, según informe de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, deterioro ambiental en la zona de explotación. En consecuencia y por encontrarse la zona objeto de la presente acción en el Departamento del Cauca, es obligación de la Corporación Autónoma de la mencionada región, cumplir con las obligaciones que por ley le han sido impuestas.

En lo atinente a la jurisprudencia de raigambre constitucional, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho a un medio ambiente sano no es susceptible de protección por vía de la acción de tutela, habida cuenta de su inscripción en la categoría de los derechos colectivos. Sin embargo, para blindarlo frente a muchas violaciones de las que puede ser objeto, la jurisprudencia del alto Tribunal ha considerado que sí es susceptible de protección mediante amparo, en los casos en que, mediante conexidad, se amenace o se vulnere efectivamente un derecho constitucional fundamental. Así, en Sentencia T-703 de 1998, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, se sostuvo:

El derecho al medio ambiente sano, surge al interior de la Carta Política no como un derecho de carácter fundamental, sino de alcance colectivo, razón por la cual la tutela aparece como el mecanismo idóneo para lograr su protección, sólo en los eventos en que a consecuencia de su alteración o destrucción se pongan en peligro o se violen derechos que sí ostentan el carácter de fundamentales. De esta manera, hasta tanto no se encuentre probado el nexo causal entre la afectación del medio ambiente y la violación de algún derecho constitucional fundamental, la protección tutelar no es procedente.

En otro caso, referido en la Sentencia T-462 de 1996, con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo, se afirmó:

Pero si, además, una persona individualmente considerada puede probar que la misma causa (perturbación del medio ambiente) está afectando o amenazando de modo directo sus derechos fundamentales o los de su familia, al poner en peligro su vida, su integridad o su salubridad, cabe la acción de tutela en cuanto a la protección efectiva de esos derechos fundamentales en el caso concreto, sin que necesariamente el amparo deba condicionarse al ejercicio de acciones populares.

De lo establecido por la Corte puede colegirse que se presentan ciertos requisitos para que opere la protección constitucional mediante amparo del derecho a un medio ambiente sano; en los demás eventos, debe acudir a otros medios de defensa judicial previstos por el ordenamiento, como las acciones populares y otros mecanismos del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa. Los requisitos son, en primer lugar, que la persona que interponga la acción de tutela sea la directamente afectada en un derecho fundamental, y por conexidad, se le esté vulnerando el derecho colectivo al disfrute de un medio ambiente sano. En segundo término, por la exigencia de la conexidad, debe encontrarse plenamente probado el perjuicio aducido en un derecho fundamental. En tercer lugar, y como exigencia de orden lógico, debe existir nexo causal entre la vulneración demandada por el afectado en un derecho fundamental y el derecho colectivo al medio ambiente sano.

1.8.3 El derecho a una vivienda digna. La descrita situación de expansión constante de las ciudades y los desequilibrios del sistema capitalista han puesto en eminente riesgo esta garantía; en Colombia, por ejemplo, para millones de personas la vivienda digna es una utopía inalcanzable, por las condiciones de pobreza extrema y segregación la segregación en las oportunidades laborales y económicas de las que ha sido objeto buena parte de la población colombiana. En el conjunto de garantías propias del derecho a la ciudad, la vivienda digna alcanza gran relevancia.

Las ciudades contemporáneas se caracterizan por dedicar grandes espacios a solventar las necesidades de vivienda. En la ciudad coexisten megaproyectos de vivienda para las clases altas, y barriadas marginadas en las periferias de la ciudad. Esta segregación y diferenciación de las caras de la ciudad según la capacidad económica de sus moradores es una característica común de los centros urbanos modernos. Deben, en el marco del derecho a la ciudad, brindarse oportunidades de vivienda digna a los estratos menos favorecidos, frente a la postulación de los derechos a la vida en condiciones dignas y justas y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

1.9 El rol del ciudadano en el marco del derecho a la ciudad

En esta construcción del concepto de ciudad juega un rol de gran importancia el ciudadano, ya que no debe considerarse como un simple componente alejado de la dinámica de la ciudad, o aislado de sus congéneres; muy por el contrario, implica el desempeño de un papel activo; podría decirse entonces con Buenahora (1997: 93):

El concepto de ciudadano supone dinamismo, no pasividad. Está enmarcado en una amplia gama de derechos, garantías y deberes consignados en el título II de la nueva Constitución. Bajo este postulado, la Carta Política le ofrece una serie de herramientas para que intervenga, exprese sus inquietudes, contraponga sus intereses, participe e influya.

Lamentablemente, el papel del ciudadano colombiano ha estado enmarcado, por regla general, en el más completo mutismo frente a los cambios políticos y sociales; si bien el individualismo clásico se encuentra superado desde hace tiempo, éste parece ser el pensamiento que rige los actos de los ciudadanos. No existe una verdadera participación política y social en los asuntos que afectan a toda la comunidad. Díaz Arenas (1993: 301) opina sobre esta cuestión:

No por nada Colombia es considerada una sociedad muy segmentada, socialmente hablando. Desde la economía hasta las artes y desde lo eclesiástico hasta lo territorial, los espacios han estado acaparados. Esta es

la razón por la que se habla de un sistema cerrado a la participación política, social, económica y cultural. De ahí que se considere como condiciones sine qua non del verdadero cambio el paso de la democracia representativa a la participativa. Participar implicaría, entonces, no solo la ampliación cuantitativa de oportunidades reales sino la recomposición cualitativa que además de lo político-electoral abarque lo económico y social.

Nuestra sociedad tiene el imaginario consistente en sostener que la participación política se reduce a sufragar en las elecciones a sus gobernantes; pero nada más alejado de la realidad. Con el sufragio, se asiste al establecimiento de la democracia representativa, no a la verdadera democracia participativa, que implica una constante y activa presencia en la toma de decisiones que afectan la sociedad en conjunto. Este marasmo en la actitud del colombiano promedio obedece a numerosos factores que no son objeto de este estudio en particular, pero sí puede anotarse que responde a factores sociológicos y de concepciones políticas ya revaluadas. La evolución constitucional ha sido lenta en nuestro medio. Los derechos han tardado en aparecer, y generalmente se importan de ordenamientos jurídicos extranjeros, generando desarraigo y falta de participación.

Tal comportamiento no es conveniente, sobre todo si se tiene en cuenta que el fundamento último de la participación es la realización de la democracia y del bien común. El precitado Díaz Arenas (1993: 301) sostiene:

Además de responder a intereses reducidos de clase o de grupo, cualquier Constitución contiene componentes de beneficio común. Esas conquistas políticas (democratización) o mejoras de orden socio-económico (socialización) contrastan con el elemento material. De esta manera, en toda Constitución tanto el elemento material como el social se interrelacionan de modo que, dependiendo de los factores reales de poder, puede existir un relativo equilibrio entre lo social y lo material.

La misma Constitución Nacional se encarga de definir los mecanismos de participación democrática, que tanta vigencia deben cobrar en el caso de los ciudadanos en relación con la protección del Derecho a la ciudad. El artículo 140 Superior postula:

Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley.
 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.*

Esta relación entre ciudadanía y participación democrática ostenta el carácter de inseparable, al menos desde la óptica constitucional. De esta forma se explica la disposición contenida en el artículo 99 de la Carta, al declarar que *“La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”*.

Otra de las disposiciones que marcan el relieve que se da constitucionalmente a los mecanismos de participación democrática se encuentra en el artículo 103 de la Carta, con el siguiente texto:

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

1.10 El rol del Estado en el marco del derecho a la ciudad

No puede endilgarse toda la responsabilidad al ciudadano cuando se habla de la falta de participación política, toda vez que uno de los factores que motivan este

comportamiento es el descrédito en las autoridades y en las instituciones del Estado. Pero no admite discusión que el papel del Estado debe ser conducente a la obtención del bien común.

Es claro que en la dinámica de la vida urbana, una de las garantías que adolece de mayor descrédito es la seguridad, por diversas conductas que atentan contra la vida, la libertad y los bienes de los asociados. Es innegable, en consecuencia, que la seguridad hace parte de las garantías que deben encontrarse inmersas en el derecho a la ciudad. Incluso, es una finalidad del Estado el servicio a la comunidad en cuanto a la protección de sus garantías constitucionales. Asevera el artículo 2º Constitucional:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Dentro de la noción ideal, se hace necesario si bien no frenar el desarrollo de las ciudades, sí imponer una planeación, esto es, dotar de sentido el crecimiento de la ciudad. Ontológicamente, los fenómenos tienden hacia una finalidad, que en el caso de la urbanización no se ha elucidado con precisión. Son de Lefebvre (1975: 147) las siguientes palabras:

En otros términos, es esencial no enfocar el crecimiento económico en cuanto crecimiento, pues esta ideología 'economista' cubre designios estratégicos: el suprabeneficio y la supraexplotación capitalistas, el control de lo económico (por lo demás no alcanzado por este mismo hecho) a beneficio del Estado. Los conceptos de equilibrio económico, de crecimiento armonioso, de mantenimiento de las estructuras (siendo las relaciones estructuradas – estructurantes las relaciones de producción y de propiedad existentes) deben subordinarse a los conceptos, virtualmente más poderosos, de desarrollo, de racionalidad concreta emergente de los conflictos.

De esta manera, el crecimiento ha extendido sus tentáculos en todas las esferas de la vida social, generando desigualdad, aumentando fortunas, cambiando la faz de

las ciudades, haciendo del mundo una 'aldea global'; pero no se puede escapar a la lógica de que el crecimiento desmesurado acarrea sustanciales inconvenientes para la vida en sociedad, por circunstancias como las ya descritas. Frente a ello, Lefebvre (1975: 147) opina que *“En otros términos, se trata de orientar el crecimiento. Formulaciones difundidas y que pasan por democráticas (el crecimiento para el bienestar común o ‘en interés general’) pierden su sentido: tanto liberalismo como ideología economista como planificación estatal centralizada”*.

La propuesta de Lefebvre (1975: 147) es, en síntesis, sustituir el gurú de la economía, volcando el interés del desarrollo hacia la esfera social. No de otra manera pueden explicarse las siguientes palabras del autor en comentario:

Orientar el crecimiento hacia el desarrollo, por tanto hacia la sociedad urbana, quiere decir ante todo: prospeccionar las necesidades nuevas, sabiendo que semejantes necesidades se descubren a lo largo de su aparición y se revelan a lo largo de la prospección (...) Ello supone por consiguiente substituir la planificación económica por una planificación social, cuya teoría apenas está elaborada.

Más adelante expone Lefebvre (1975: 166):

La realización de la sociedad urbana reclama una planificación orientada hacia las necesidades sociales, las de la sociedad urbana. Necesita una ciencia de la ciudad (de las relaciones y correlaciones en la vida urbana). Estas condiciones, aunque necesarias, no bastan. Se hace igualmente indispensable una fuerza social y política capaz de poner en marcha estos medios (que sólo son medios).

En la obra de Lefebvre (1975: 16) existen dos procesos que se encuentran en constante tensión, pero de cuya puesta en equilibrio resulta un desarrollo urbano y económico sostenido; son ellos la urbanización y la industrialización: su armonía depende de que se enfoque la industrialización hacia la urbanización y el desarrollo social, dejando en segundo plano la primacía de los intereses económicos; el pluricitado autor afirma sin cavilaciones:

El doble proceso de industrialización y urbanización pierde todo sentido si no se concibe a la sociedad urbana como meta y finalidad de la industrialización, si se subordina la vida urbana al crecimiento industrial. Este último permite las condiciones y los medios de la sociedad urbana. Proclamar la racionalidad industrial como necesaria y suficiente equivaldría a destruir el sentido (la orientación, el objetivo) del proceso.

Las evoluciones del derecho urbanístico y su relación con las competencias estatales hacen posible que hoy, pueda ser apuntalado desde los siguientes aspectos generales:

* **El Urbanismo como una Competencia Pública:** Si como se ha dicho, las nuevas tendencias del derecho urbano son la relegación de los intereses particulares a favor del interés general, aparece entonces que el tema del urbanismo debía ser asumido por el Estado, cuestión que se reduce, en últimas, a la noción de una adecuada planeación urbanística, entre otros aspectos recogidos especialmente por la Ley 388 de 1997, que establece en su artículo 3º que:

El ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de los siguientes fines:

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

* **La Forma De Gestión Del Suelo Como Una Competencia Pública:** El uso del suelo ha sido siempre una preocupación del urbanismo en general y del derecho urbano en particular. Las mismas razones acabadas de referir pueden ser empleadas nuevamente: la contraposición del interés público lleva a que el Estado asuma las competencias relativas a la gestión del suelo.

* **La Propiedad Como Función Social:** Nuestro sistema jurídico, anclado de vieja data en las nociones romanas sobre el derecho de propiedad habían dificultado la evolución de este derecho hacia un contenido social; la reforma urbana y la Constitución de 1991 hacen que la concepción de derecho absoluto deba ceder ante el interés social, para que posibilite la disponibilidad del derecho de propiedad para darle una orientación social en caso de que la ciudad lo requiera.

Otro de los instrumentos con que cuenta la legislación colombiana en el campo del derecho urbanístico viene dado por la Ley 388 de 1997, que consagra de manera definitiva en el ordenamiento jurídico colombiano el rol predominante del Estado en las decisiones sobre la planeación urbana, entendida como concepto lato. Puede decirse con la Corte Constitucional colombiana tal como lo expresó en la Sentencia T-508 de 1992 *“No cabe duda de que las decisiones básicas sobre el fenómeno del urbanismo se han disociado de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad y que la Administración ha recogido como función pública ineludible la de atender normativa y operativamente sus problemas”*.

Esta elevación a un plano dominante de la influencia de la Administración en los asuntos que conciernen al urbanismo y al derecho a la ciudad puede entreverse desde la formulación de los objetivos de la Ley 388 de 1997, que en los apartes pertinentes de su artículo 1º establece como finalidades de la normatividad indicada:

2. El establecimiento de los mecanismos que permitan al Municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes.

Con este aparte se evidencia el traslado de competencias de parte del legislador hacia la Administración municipal, ello por cuenta de que cada una de estas entidades territoriales se encuentra en mayor capacidad de conocer y asumir las problemáticas propias de cada municipio respecto de los intereses relativos al

derecho a la ciudad, especialmente en lo tocante a la ordenación del territorio y la ejecución de las acciones urbanísticas necesarias.

El hecho de que cada municipio deba saber afrontar con mayor capacidad que el gobierno central las problemáticas propias, no obsta para desconocer la necesaria armonía y colaboración entre el Estado y las entidades territoriales; tal aserción se deduce de otro de los objetivos de la Ley, que exhorta:

4. Promover la armoniosa concurrencia de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales y las instancias y autoridades administrativas y de planeación, en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que prescriben al Estado el ordenamiento del territorio, para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Está vista entonces la descripción del papel del Estado en la acción urbanística, que no puede limitarse a la expedición de normas que reglamentan la ciudad; por el contrario, en la acción urbanística deben tener cabida todas las autoridades del Estado, en orden a la consecución y realización de los valores y principios constitucionales por los que se aboga si se quiere predicar la vigencia del derecho a la ciudad. En consecuencia, puede estudiarse ahora el papel del derecho jurisprudencial en el Estado constitucional.

2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

“La primera obligación de la igualdad es la equidad”.

VÍCTOR HUGO

La realidad social, plagada de dificultades y conflictos, ha sido estudiada desde diversos enfoques por las ciencias sociales. El Derecho por su parte, ha decidido la regulación de la conducta como medio de propender por la estabilidad del sistema social. En términos de organización estatal, se cuenta con los más diversos actores y autoridades cuyo fin, según las voces de la Constitución Nacional, es el logro del bien común y el servicio a la comunidad; uno de los integrantes de la organización estatal que tradicionalmente ostentaba una función pasiva es el juez.

Los conflictos sociales se entendían zanjados, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, con la expedición de leyes y decretos; la palabra magna de la ley, constantemente se encaminaba a poner punto final a los conflictos de derechos e intereses. Pero la realidad social, que aventaja en velocidad al Derecho, hacía evidente la imposibilidad de la ley para definir muchas de las problemáticas sociales, muchas de ellas inscritas en la ciudad.

Poco a poco, la sociedad y el Estado mismo han aceptado el rol fulgurante que ha comenzado a desempeñar el juez en la resolución de conflictos. Su función de simple ‘boca de la ley’ ha comenzado a ser revaluada. La consabida vulneración de derechos fundamentales, colectivos y de toda clase ha intentado ser resuelta en sede judicial. Puede decirse que uno de los estribos en esta evolución fue el surgimiento de la Corte Constitucional, que en numerosas ocasiones ha aplicado tesis vanguardistas, desconocidas hasta entonces en nuestro medio jurídico, y aún mediando la crítica y abierto rechazo de muchos sectores sociales. Pero, para bien o para mal, y al menos en el plano jurídico, ha entrado a regir el Estado constitucional, en el que el juez descuella por su actuación, y por el valor que se ha dado a las decisiones tomadas en casos anteriores, o en otras palabras, el precedente jurisprudencial, tema que será objeto de análisis en este capítulo, que

pretende enunciar los principios del precedente, su aplicación, y los motivos que pueden generar el cambio en los precedentes, y su influencia en el derecho a la ciudad, por la gama de conflictos que se gestan en la vida urbana.

El sistema jurídico colombiano, de raigambre romano-germánica, y positivista por excelencia, ha sido resistente a aceptar modificaciones sustantivas en variados campos, pero especialmente en lo relativo a las fuentes formales del derecho. Como es bien sabido, la fuente formal del derecho que ha adquirido mayor protagonismo en nuestro medio es la ley, esto es, el derecho legislado; así las cosas, no es extraño que otra clase de fuentes del derecho, como la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho sean evaluados como fuentes auxiliares del derecho. La misma Carta Política colombiana, Constitución política (1991) es enfática en sostener, en su artículo 230 que: *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

No obstante, a partir de la estructuración teórica de posturas en donde se refunda el papel de los pronunciamientos judiciales, sustrayéndolos de su consabido rol de fuente secundaria o auxiliar del ordenamiento jurídico, se ha posibilitado la formación y puesta en marcha de novedosas proyecciones al respecto, al menos en nuestro medio, que aparecen hasta ahora de manera tímida, pero que de manera inusitada han permeado, poco a poco, la cultura de los abogados y la judicatura en general. La contundencia del artículo 230 Superior ha sido morigerada por el devenir de instituciones como la Corte Constitucional colombiana; la práctica de los derechos fundamentales ha demostrado la necesidad de conferir mayor relevancia a los pronunciamientos judiciales, habida cuenta de: i) las descripciones normativas son, por definición, impersonales y abstractas, puesto que así lo requiere la lógica del derecho; pero, aún así, la efectivización del derecho, su realización, demuestra que el dinamismo del derecho no se agota en la descripción legislativa; ii) la forma misma de disciplinar los fallos judiciales, muchos de los cuales tienen efectos *erga omnes*, dota de autoridad los pronunciamientos del tribunal constitucional; la necesidad de justicia para casos

concretos y coherencia de la jurisprudencia han motivado la concesión de gran importancia a las decisiones de los jueces en el ámbito constitucional.

Al punto, trae Monroy (2005: 26) una interesante reflexión:

El cambio del Estado liberal de derecho por el Estado constitucional ha significado una modificación en el concepto de fuentes del derecho. Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución. En efecto, ya el propio Kelsen concebía ésta desde el punto de vista material, como la norma reguladora del proceso de creación de normas por parte de los órganos superiores del Estado.

Como ya se ha apuntado, ello no ha sido siempre así, sobre todo en nuestro medio, reacio a esta clase de novedades. Empero, sea ello o no objeto de discusiones, la realidad social se impone siempre a la norma jurídica, y se hace menester adaptar las instituciones a los cambios sociales. López (2000:137) encuadra este dilema como tradicionalismo de fuentes, queriendo significar la veneración de la ley como fuente formal del derecho por excelencia. Así, es de la siguiente opinión: "... por 'formalismo' entiendo el hábito intelectual de los estudiosos de derecho para quienes un problema jurídico se resuelve predominante o exclusivamente mediante el análisis más o menos detallado de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto". No cabe duda de que el conflicto se encuentra enraizado en el Derecho; precisamente, una de las más arduas misiones del ordenamiento es la solución de conflictos sociales.

Pero el derecho no hace mudar la realidad social; solamente la regula, al tiempo que la realidad social es la que moldea al Derecho. De esta forma, a lo largo de los tiempos la disciplina jurídica ha ideado mecanismos cuya finalidad es la solución de problemas jurídicos, y la amplia tradición en países como el nuestro se inclinaba a resolverlos mediante el dictado definitivo de la ley, relegando a un segundo plano las demás posturas existentes. La letra de la ley, codificada, pasada por los cedazos de los debates en las cámaras del Congreso, e idolatrada por los abogados y jueces, confería la falsa idea de seguridad plena, la falsa idea de la inviolabilidad.

Esta predominancia de la ley como fuente formal hunde sus cimientos en la escuela de la exégesis; Monroy (2005: 6) expresa sobre esta corriente de pensamiento que

La escuela de la exégesis sostuvo que la interpretación se reducía a la aplicación de una norma abstracta a los casos concretos mediante inferencias lógicas y de un silogismo en que la premisa mayor era la hipótesis abstracta de la ley, la premisa menor el supuesto de hecho o caso y la conclusión que era la subsunción en la sentencia del caso dentro del tipo legal.

El ritualismo en la elaboración de este silogismo y los adoratrices del procedimiento han hecho pervivir esta cultura jurídica durante muchos años; uno de los principios que más abierto desconocimiento sufría, era aquel que enuncia que el derecho sustancial debe prevalecer por sobre las formalidades del procedimiento; pareciese que no se hubieran superado las antiguas etapas del derecho romano republicano, en donde la ausencia de alguna de las formalidades en la invocación de los dioses, no dejaba otro remedio a los pretores que la negación *ipso facto* del derecho en litigio, sin importar que el actor contara con las pruebas y con la viabilidad a la vista de sus pretensiones.

Tradicionalmente, en aras de proveer la seguridad jurídica, la ley ha sido reputada como la fuente formal del derecho casi que con exclusividad, pues bastaba para su aplicación la subsunción de los hechos que acontecían en la realidad fáctica dentro de la descripción normativa, para que se hallase la justicia para el caso concreto. El mismo ordenamiento jurídico protege esta seguridad de que la ley será aplicada, mediante reglas como el mentado artículo 230 Superior. López (2000: 183 - 184) es del siguiente pensamiento:

Uno de los convencimientos básicos de esta perspectiva formalista es que las reglas combinatorias básicas del derecho son también proveídas exclusiva o predominantemente por pronunciamientos legislativos explícitos. Según esto, y en ello concurren tratadistas y la opinión común del abogado colombiano, el artículo 230 constitucional es para todos los efectos prácticos, el alpha y omega del problema de las fuentes, complementado, tal vez, por las venerables reglas de la Ley 153 de 1887. De esta manera se asume que

en nuestro sistema de derecho las reglas jurídicas se definen de manera exclusiva por los pronunciamientos formales que hace el derecho.

Puede distinguirse entonces a este sistema del formalismo de fuentes como un ordenamiento que estudia la legislación como un sistema enteramente cerrado: el derecho a aplicar se encuentra en la ley; en el momento de oscuridades, lagunas jurídicas o remisión normativa, sigue siendo la ley la que se encarga de resolver la controversia de hallar el precepto aplicable a casos concretos. Y finalmente, para proteger la vigencia de la norma escrita, en los casos en que no hubiese ley aplicable al caso, entraban las demás fuentes del derecho, eso sí, con carácter auxiliar, para conservar la formalidad de la ley en tanto fuente tradicional, llamada a resolver todas las controversias suscitadas en el plano jurídico.

Pero el tiempo y la realidad fáctica demostraron que la letra de la ley no bastaba para resolver todos los casos concretos, y más aún, no bastaba en todos los eventos para hallar la justicia concreta que tanto claman los asociados; en consecuencia, comenzó a asistirse a una reformulación del sistema de fuentes del derecho que se traduce, en primer término, en la relevancia conferida a las funciones del juzgador. Comienza a advertirse el descollante papel que puede desempeñar el juez en el campo de la protección de derechos de toda índole, especialmente derechos constitucionales. Y tal es precisamente uno de los ejes nodales de esta investigación: la formulación de la importante función del juez en el Estado constitucional, como funcionario en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos de los asociados, y, por supuesto, de las garantías que encuentran expresión en el derecho a la ciudad.

Esta puesta en marcha del rol del juez en el Estado constitucional ha sido llamada doctrinariamente *nuevo derecho* o *derecho de los jueces*, para diferenciarlo del tradicionalismo jurídico. Sin que en este trabajo se entre a abordar la bondad o no de estas denominaciones, pretende evaluarse la función del precedente jurisprudencial, es decir, las decisiones anteriores tomadas en casos concretos, que de forma posterior pueden servir de base para la resolución de nuevos casos, todo lo cual se efectúa en pos de ciertos valores y principios que en su oportunidad

se destacarán. Para advertir con mayor propiedad el paralelo existente entre el tradicionalismo y este llamado derecho de los jueces, deberán considerarse los elementos distintivos de cada postura, estudiándolos a la luz de los parámetros del Estado social de derecho.

2.1 Las distinciones entre el tradicionalismo y el “nuevo derecho”

Ahora bien, en pos de la diferenciación de posturas, y retomando la temática de algunos renglones atrás, se ha hablado de ‘derecho tradicional’ y ‘nuevo derecho’, queriendo significar, en suma, el tradicionalismo jurídico más propio de la herencia romano-germánica, que se enfrenta a la formulación de nuevos campos de acción, principalmente mediante el empleo constante de la Carta Política y la notabilidad que adquiere el juez, especialmente en materia constitucional. Por la importancia de la que hace gala el nuevo derecho en la defensa del derecho a la ciudad, de la que puede predicarse ser más garantista que el tradicionalismo jurídico por las razones que se estudiarán, se hace necesario ilustrar las principales diferencias, incluyendo el aporte que prestan en la construcción y protección de la vida en la ciudad. Cabe anotar que estas descripciones se apoyan en el cuadro presentado por López (2000: 191 – 192) en la obra ‘El derecho de los jueces’.

* **El Derecho y la Moral:** El derecho tradicional aboga por la completa escisión entre estos dos campos, al tiempo que el nuevo derecho es más laxo en tal sentido, permite un acercamiento entre el derecho y la moral. De esta manera se explican numerosas normas actuales que velan por la responsabilidad moral y política del Estado, y por el garantismo que debe caracterizar la relación entre los individuos y el Estado. En tal sentido, y tratándose del derecho a la ciudad, se resalta la participación manifiesta que debe desplegar el Estado en la protección de los derechos inherentes a la ciudad.

* **La Ley y la Constitución:** En el derecho tradicional, se presume que la norma acata y hace cumplir la Carta Política, además de que “*La Constitución rara vez influye en la decisión de casos jurídicos concretos*” (López, 2000: 191). En el nuevo derecho, la ley pierde su intangibilidad, puesto que se considera que, como obra

humana, es susceptible de imperfecciones, contraviniendo mandatos superiores. Esta referencia a 'mandatos superiores' se ancla necesariamente en la Constitución, y es por ello que la Carta tiene aplicación en los casos concretos de manera constante; el Texto Supremo contempla, en varias de sus normas, derechos que tocan directamente la problemática del urbanismo, y que deben erigirse en baluartes que realicen el derecho a la ciudad.

De otra parte, y puesto que las normas jurídicas son susceptibles de variadas interpretaciones, en muchos casos puede, mediante la supuesta aplicación de una regla de derecho, causarse lesión al patrimonio de derechos de un asociado. La función de los jueces, y especialmente del juez constitucional, es el examen o comparación de las normas o actuaciones con la preceptiva constitucional. La visión de la Carta Política como norma de normas o *norma normarum* hace preciso que todas las demás reglas de derecho se adapten a sus mandatos.

* **Adecuación Típica y conflictos de Derechos:** El derecho tradicional basa su interpretación a la manera del silogismo. Tomando como premisa mayor la descripción general y abstracta de la norma jurídica, y como premisa menor la sucesión de hechos acontecidos en la realidad fáctica, se arriba a la conclusión, mediante la comparación de las dos premisas. De ahí que en este sistema de interpretación se confiera mayor prevalencia a la veneración de la ley, pues verificada la sucesión del hecho, de manera ineluctable se sigue la aplicación de determinada norma, generalmente sin paliativos de ninguna categoría (aplicación ciega de la norma). Contrario sensu, en el nuevo derecho pierde peso la aplicación de este silogismo judicial, para dar lugar a la aceptación de la existencia de conflictos de derechos. Restando importancia al mero texto positivo, se acude al balance de los derechos en conflicto; como es de esperarse, tales conflictos no son previstos por la norma (que difícilmente puede hacerlo, dada su naturaleza descriptora de situaciones generales y abstractas), y deben resolverse en sede judicial, no legislativa. Es por ello que adquiere suma importancia el precedente judicial, la construcción de jurisprudencia a partir de eventos concretos. La agitación de las ciudades actuales y la falta de planificación en su desarrollo se

convierten entonces en oportunidades para que goce de aplicabilidad el papel tutelar del precedente judicial.

El precedente jurisprudencial es una figura más propia de los sistemas de derecho anglosajón, donde la forma particular de construir normas es a partir de pronunciamientos judiciales anteriores, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, entre otros valores. La doctrina afirma que *“El principio del precedente se ha enunciado diciendo que casos iguales deben ser igualmente tratados”* (Monroy, 2005: 149).

El fundamento de la teoría del precedente es variado, especialmente en cuanto a los valores que se pretenden proteger. El mismo Monroy (2005: 149) no duda en afincar que *“La doctrina dice que el precedente tiene triple fundamento: la protección de la expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad de las sentencias”*.

Monroy (2005: 11) ha afirmado, con sobrada razón, que *“El derecho judicial se elabora con ocasión de conflictos, que el juez debe arbitrar, buscándoles soluciones convincentes y satisfactorias en derecho, o lo que es lo mismo, bien motivadas, y toda nueva legislación no hace otra cosa que responder a una necesidad del medio político, económico y social”*.

* **Valores Políticos Prevalentes:** El formalismo jurídico prohija como valores prístinos la continuidad y el orden social; en otras palabras, se resiste al cambio. El nuevo derecho aparece como corriente más afianzada en la realidad social, en concreto dinamismo, propendiendo entonces por el cambio social y la justicia distributiva como valores predominantes. El desarrollo contemporáneo y la crisis de la ciudad requieren un análisis lógico del derecho, que se apunte en la prevalencia de la realidad social, consciente de la necesidad y realidad de cambio.

* **Rol del Estado:** El formalismo jurídico se caracteriza por conferir al Estado el papel que lo caracterizó con el advenimiento del liberalismo clásico, es decir, el Estado mínimo o gendarme, protector de las libertades fundamentales y su actitud

de mero observador de las relaciones económicas; a su vez, el nuevo derecho facilita un mayor nivel de intervención estatal, sobre todo en materias de crucial importancia para el desarrollo social. Así, la redistribución de la riqueza, la protección a sujetos dignos de especial atención por parte de las autoridades estatales, se han convertido en nuevos nortes de la actividad del Estado.

Cómo es de fácil advertencia, los nuevos enfoques, al enfatizar el papel activo y garante del Estado, se aproximan con ello al ideal de ciudad, en busca de la protección de los derechos a ella relativos.

* **Rol de los Jueces:** En el enfoque tradicional, es común mencionar la frase de que el juez es la 'boca de la ley'; quiere encauzarse con tal planteamiento la pasividad que debe desplegar el juez en su aplicación ciega de la norma, en calidad de simple intérprete, sin autoridad para cuestionar el valor o legitimidad de la norma. El nuevo derecho, por su parte, aboga por una figura del juez más en contacto con la búsqueda de justicia material.

Este juez decidido a su nueva labor de creador de derecho, labor que ha sido estudiada por numerosos autores. Monroy (2005: 9) dice:

Igualmente, Cardozo (The nature of the judicial process) alabó al juez 'creativo', al legislador judicial, y por implicación, crítica al juez que no 'creaba' ley, que no legislaba.

Esta concepción rechaza el modelo del silogismo defendido por el formalismo jurídico y sostiene que el juez tiene poder político y su labor debe ser creativa favoreciendo el bienestar social.

Esta tensión entre dos posiciones antagónicas no ha encontrado hasta ahora un real punto de inflexión; la discusión continúa abierta a los nuevos aportes que puedan conducir al derecho hacia sus cauces originarios, hacia su fin último, cual es la armónica convivencia entre los asociados, del modo en que se ha manifestado desde su nacimiento; es evidente que el derecho, en cuando disciplina eminentemente social, debe estar sometida a constante revisión. En palabras de López (2000: 205):

Es innegable que la jurisprudencia constitucional no es la fuente 'auxiliar' de antaño. El nacimiento de un derecho judicial en sentido estricto, sin embargo, no ha sido completamente pacífico; el nacimiento de un sentido de precedente en la jurisdicción constitucional ha originado una reflexión jurídica y política sobre el papel de los jueces en el sistema de fuentes (...) No me parece que el derecho, como técnica de discusión social, se concentre en certidumbres. Su estructura se acerca más al pensamiento problemático, incluso paradójico.

Evidentemente, no se pregona una discusión sobre cuál de las dos ramas del poder público debe tener mayor peso, si la legislativa o la judicial; se trata, en suma, de lograr el adecuado balanceo de las ecuaciones de poder político, sin restar importancia a la valiosa labor del juez en la creación y la evolución del pensamiento jurídico. Sostiene Monroy (2005: 12):

Esta dialéctica que está implícita en la búsqueda de una solución convincente e instauradora de una paz judicial, porque es al mismo tiempo razonable y conforme a derecho, coloca al poder judicial en un nuevo sistema de relaciones con el poder legislativo.

El poder judicial no está enteramente subordinado, ni simplemente opuesto al poder legislativo. Constituye un aspecto complementario e indispensable de este, que le impone una tarea no solo jurídica, sino política, que es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo con las ideas dominantes de lo que es justo y equitativo en un medio dado.

El mismo Kelsen (1968: 66), a quien incorrectamente se la ha asignado una postura netamente conservadora ha aceptado siempre la evolución perenne del derecho, comoquiera que se encuentra supeditado a las circunstancias de orden social, económico y político que imperen en determinada época. En tal sentido, sostiene que *"El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar"*.

Desde la dogmática de autores como Kelsen se hace evidente el carácter hipotético de la norma jurídica, por la postulación del derecho como un orden normativo del deber ser. Kelsen (1968: 68), el más prominente expositor de la dualidad entre el ser y el deber como categorías lógicas afirma:

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión 'debe ser' está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia.

De otra parte, en los estudios de Kelsen (1968: 69), se hace necesaria la equiparación o correspondencia entre la causalidad y la imputación, al menos en el plano lógico, dado que ello caracteriza a las ciencias normativas, en este caso, el derecho en particular. De esta forma,

La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el 'sollen', una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano de la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y anti-ideológico....

Cabe aclarar sin embargo que cualquier sistema de derecho no se encuentra contenido solamente en las normas, en tanto preceptos o reglas de derecho. Los principios hacen parte también del ordenamiento, y en ellos es necesario centrarse para hallar el *leit motiv* de las normas. Pero no puede abandonarse la claridad de la teoría jurídica de Kelsen, para quien la norma era un precepto de estructura condicional hipotética. En la obra de Bernal (2005: 95) se aprecia claramente esta interpretación de la obra kelseniana:

De un lado, se consideraba que todo el derecho estaba conformado únicamente por reglas, es decir, por normas, cuyo ejemplo más claro son las del Código Penal, integradas por un supuesto de hecho y una sanción claramente diferenciadas. Como Kelsen aclaró en su Teoría pura del derecho, la estructura de estas normas es condicional hipotética:

Si A, entonces debe ser B.

En esta estructura, A es el supuesto de hecho de la norma y B la consecuencia jurídica. Y lo que la norma prevé es que, en caso de que en la realidad ocurriese el supuesto de hecho A de la norma, entonces el juez debería imputar la sanción B al agente que hubiese cometido la acción prevista en el supuesto de hecho.

De manera paralela a la discusión entre formalistas y defensores del "nuevo derecho", existen posturas intermedias, que consideran que, en primer término, no

ha existido en ningún ordenamiento el formalismo a ultranza, y que tampoco es postura novedosa el asignar valor de fuente formal a la jurisprudencia, específicamente en lo que atañe al precedente constitucional; entre los doctrinantes de esta postura más conciliadora se encuentra Bernal (2005: 196), para quien:

...la atribución teórica y práctica de fuerza vinculante a los precedentes judiciales no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco representa el abandono de un modelo de formalismo que, dicho sea de paso, no ha existido en ningún lugar del orbe (...) Por el contrario, es preciso reconocer que, al igual que la ley, el precedente judicial, o, dicho de un modo más armónico con nuestra tradición jurídica, la jurisprudencia, tiene hoy día en el orden jurídico colombiano el carácter de fuente formal y material del derecho.

En consecuencia con la postura que se está describiendo, ni siquiera puede pregonarse que desde la Constitución de 1991 puede hablarse del valor del precedente como fuente formal, toda vez que la asignación del carácter de fuente formal a la jurisprudencia ya existía con antelación a nuestra Carta Política actual. El mismo Bernal (2005, 196) expone:

Igualmente, debe aceptarse que este carácter de fuente del derecho no es una innovación de la jurisprudencia constitucional ni de la Constitución Política de 1991 –que, por lo demás, en su artículo 230 trata el tema con una formulación más bien tradicionalista-. Como consecuencia, y dado que no hay fuente del derecho que no tenga fuerza vinculante, pues uno y otro concepto son las dos caras de una misma moneda, conviene aceptar ab initio que la jurisprudencia tiene fuerza vinculante en el orden jurídico colombiano y que, de uno u otro modo, siempre la ha tenido.

Dentro de la tesis formalista, llamado por algunos ‘tesis escéptica’, caben todas las consideraciones para negar el carácter vinculante de la jurisprudencia. La jurisprudencia alcanza a lo sumo, en esta escuela, el carácter de criterio auxiliar; ello implica que en caso de surgimiento de dudas o lagunas, el juez puede y debe consultar los criterios auxiliares de interpretación, pero en todo caso, el funcionario no se encuentra atado a los lineamientos jurisprudenciales sobre un caso concreto. Los argumentos principales que esgrime esta posición son, en resumidas cuentas, los siguientes:

* El tenor literal del artículo 230 Superior, que no alberga duda alguna en sostener el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial que se confiere a la jurisprudencia; según esta postura, como ya se ha descrito, la fuente formal por excelencia es la ley. Bernal (2005, 197) considera:

De acuerdo con la interpretación tradicionalista de este artículo, la única fuente formal del derecho que vincularía a los jueces sería la ley –sumada a la Constitución (en virtud del artículo 4º de su texto) y a las demás fuentes cuya fuerza vinculante estuviese reconocida expresamente por la ley (los actos administrativos, los contratos, las convenciones colectivas y la parte resolutive de las providencia judiciales).

* Analizando los lineamientos del derecho comparado, quienes niegan el carácter vinculante de la jurisprudencia, aducen que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una disposición expresa que ate al funcionario en el cumplimiento de un precedente, como sí las contienen ordenamientos como el alemán o el español, por sólo citar algunos.

2.2 La estructura de la norma jurídica en general y la estructura de la norma constitucional en particular

Ya se ha descrito en otros acápite de esta investigación la característica fundamental de la norma jurídica, cual es la descripción general y abstracta de supuestos de hecho; la norma constitucional no escapa tampoco a estas consideraciones, solamente que ella es, por regla general, meramente enunciativa, dejando, como es sabido, a la tarea del legislador el desarrollo normativo de la Carta. La norma de rango constitucional es, si se quiere, más abstracta que la norma ordinaria. Los postulados o descriptores de la norma constitucional se complementan de manera armónica con otras disposiciones del ordenamiento jurídico, donde deben hallarse las consecuencias jurídicas ante el eventual incumplimiento o, en otras palabras, la sanción legal. Ha enunciado Prieto (1991: 175 - 176) sobre esta prominente característica de la norma constitucional:

Las normas constitucionales son en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, y se adecuan más a los principios que a las reglas.

La fuerza jurídica de la interpretación constitucional sobre todo el orden jurídico la hace diferente de la interpretación que realiza un juez ordinario.

Esto significa que la jurisprudencia constitucional constituye un precedente que hoy se considera como verdadera fuente de derecho.

Dentro de la evolución actual del derecho, la asunción del Estado constitucional pone de presente la indiscutible presencia de la norma constitucional como norte de interpretación. Se ha dicho sobre este particular que *“La adopción del Estado social de derecho corresponde al Estado constitucional en que la Constitución viene a ser la norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás normas”* (Monroy, 2005: 12). Reforzando esta idea, dice Monroy (2005: 149) que *“La doctrina actual considera la jurisprudencia y el precedente constitucional como verdaderas fuentes formales del derecho”*.

Queda entonces establecido que las normas constitucionales tienden a la consagración de principios generales y abiertos; su interpretación no se realiza mediante la simple comparación entre un canon legal y su texto. Su interpretación es más compleja, e implica la participación de principios, valores, enunciados de derechos, situación que motiva la existencia de tribunales y jurisdicciones especializados al efecto. Así, debe analizarse a continuación la función de la jurisdicción constitucional.

2.3 La jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional toma entidad en nuestro país a partir de la Constitución de 1991; ello no significa que con anterioridad no se efectuara control de constitucionalidad sobre las normas del ordenamiento jurídico. Pero esta función no se encontraba independizada, ya que se estaba adscrita a las tareas de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Los estudios de derecho comparado, la difícil situación atravesada por el país a lo largo de la década de los 80 del pasado siglo, hacían entrever las virtudes de crear un tribunal constitucional independiente, encargado de la salvaguarda de la Carta y de la armonización del ordenamiento jurídico con las disposiciones normativas existentes.

De esta forma, en el Título VIII de la Carta, denominado De la rama judicial, se encuentra el capítulo 4, llamado a su vez De la Jurisdicción Constitucional. Con ello se pone de presente la independencia de este tribunal frente a los demás que integran la rama judicial en nuestro país. El artículo 241 Superior no alberga duda sobre el particular, al establecer que *“A la Corte Constitucional se le confía la*

guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

La jurisdicción constitucional debe entenderse, en sentido amplio, como un conjunto de facultades y potestades que se expresan en la misión tutelar de conservar la integridad y salvaguarda de las disposiciones constitucionales. La Corte Constitucional, en Sentencia T-006 de 1992, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se ha pronunciado en los siguientes términos sobre el carácter de la jurisdicción que ejerce:

La jurisdicción constitucional se ha establecido por la Constitución como función pública asignada a ciertos órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido consiste en asegurar la integridad y primacía de la Carta. Es la garantía básica del Estado constitucional de derecho. Asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional. Esta jurisdicción asume como competencia especialísima la guarda de los derechos fundamentales buscando, conforme a la expresa y reiterada intención de todos los constituyentes, la efectividad de los mismos y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público.

Siendo así, debe entenderse que la jurisdicción constitucional surge de manera insoslayable de la mano con el establecimiento del Estado social de derecho. Si se trata de buscar por todos los medios posibles la plena vigencia de la Carta fundamental, es lógico que se busquen mecanismos que tiendan a mantener la fuerza normativa de la Carta; es sabido que no basta con la mera consagración en el sistema jurídico de un conjunto de garantías sin vocación de oponibilidad ante el Estado y ante los demás asociados. Esta es la razón que sostiene la génesis de nuestro tribunal constitucional: la defensa de la vigencia normativa de la Carta; y ésta es también la razón de la influencia del precedente jurisprudencial, la misma anotada razón de la necesidad de manutención de la fuerza del texto supremo.

La entronización de la jurisdicción constitucional ha evolucionado paulatinamente, tratando de delimitar los poderes de los actores y abogando por la justicia material. Como dice Bernal (2005, 33):

Hoy día, no obstante, en la mayoría de los países esta discusión no se propone en términos radicales. Ya no se disputa sobre si se debe abolir o mantener la jurisdicción constitucional. Más bien, se polemiza acerca de la forma de su ejercicio; se discute cómo ha de desarrollarse el control de constitucionalidad de las leyes para hacerse compatible con el funcionamiento de la democracia representativa. Se debate sobre los límites de la competencia de los tribunales constitucionales, sobre los linderos que demarcan el ejercicio adecuado de sus atribuciones, y lo separan de las funciones del legislador.

La Corte Constitucional debe entenderse como el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional; tal estructura obedece a las necesidades de seguridad y de unificación de la jurisprudencia constitucional. Cuando el artículo 230 de la Carta asevera que los jueces son funcionarios independientes, ello no puede llegar al extremo de sostener que son independientes aún de la misma ley, puesto que la jurisprudencia coadyuva en la función de asegurar el poder normativo de la Carta. La jurisprudencia de la Corte así lo ha advertido; en la Sentencia T-068 de 2000, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández se previno:

El papel que cumple la Corte Constitucional cuando aborda la revisión eventual consagrada en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política no es otro que el de unificar a nivel nacional los criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, precisando el alcance de los derechos fundamentales, trazando pautas acerca de la procedencia y desarrollo del amparo como mecanismo de protección y efectividad de los mismos...

Este ejercicio de la jurisdicción constitucional y el precedente mismo se sustentan también en principios, que deben ser analizados para connotar el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional.

2.4 Los principios del precedente en el Estado constitucional

Siendo claro que uno de los fines de la organización estatal estructurada a la manera de Estado social y democrático de derecho es la consecución de la justicia material, aparece que con el carácter vinculante del precedente es posible lograr una mayor aproximación a estos fines, mediante la aplicación de los principios de igualdad y universalidad, mediante la aplicación de los siguiente parámetros:

* **El alcance de coherencia y armonía en el Ordenamiento Jurídico:** Aunque los casos que conoce el derecho son innumerables, por la amplia gama de relaciones que maneja, no menos cierta es la similitud o identidad que presentan muchos de los casos que se presentan en la realidad concreta. Acudiendo al principio de igualdad, se hace menester que los casos similares se juzguen a partir del mismo rasero que los anteriores, en todo caso, buscando la justicia y la equidad y, obviamente, teniendo en cuenta las circunstancias que diferencian cada evento concreto. En palabras de Bernal (2005: 200) *“Si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar”*.

* **Permanencia de los principios de igualdad y universalidad:** Siendo que el fin del derecho es la convivencia armónica entre los asociados, debe existir un corpus de principios que vele por esta finalidad. Entre ellos se cuentan la igualdad y la universalidad, dado que *“El derecho debe tratar del mismo modo, con las mismas soluciones, a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros. Esta es, asimismo, una exigencia del principio de universalidad”*. (Bernal, 2005: 200)

No obstante, se recibe esta característica con beneficio de inventario. Se ha sostenido a lo largo de este trabajo que una de las características del derecho es su mutabilidad; empero, la adhesión al precedente de jueces superiores podría motivar el estancamiento del derecho, la resistencia a la evolución por el apego al precedente, es decir, la decisión de un caso concreto fallado con anterioridad. Dice Bernal (2005: 204):

Es bien cierto que el otorgamiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia redundaría en la coherencia del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esta ganancia se paga con el altísimo costo de impedir la evolución y el cambio de la jurisprudencia, bien sea para amoldarse a las vicisitudes que sobrevengan en la realidad social o para corregir los errores interpretativos del pasado.

* **La consecución de la estabilidad del sistema jurídico:** Una de las circunstancias más deseables del derecho, verdadera herramienta para el cumplimiento de sus cometidos, es la permanencia en el tiempo de sus disposiciones. Si bien es cierto que las circunstancias de la vida en sociedad hacen que el derecho mute constantemente, la permanencia quiere hacer referencia a los principios que apuntalan el ordenamiento. Esta mentada estabilidad va de la mano con la uniformidad en la aplicación de las reglas de derecho. Con ello, se logra la incursión de la legitimidad y la validez de la norma. En este orden, no duda Bernal (2005: 200) en afirmar que

La estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y ello, a su vez, exige la uniformidad de dicha aplicación. La estabilidad es a su vez un presupuesto de la seguridad jurídica y del respeto del principio de la confianza legítima.

* **La reducción del radio de discrecionalidad de los jueces de inferior jerarquía:** Como es también sabido, la rama judicial se ordena a partir de jerarquías verticales y por especialidades en las diversas ramas del derecho. Así las cosas, es normal que exista disparidad de criterios entre dos jueces de distinta jerarquía, o incluso de la misma, o disparidad de criterios en la aplicación de un mismo principio pero en diferente rama jurídica. Empero, existiendo un precedente jurisprudencial vinculante, se reduce la autonomía del juzgador, como es lógico, aparejando de contera el empleo de los mencionados principios de igualdad, universalidad, proporcionalidad, estabilidad del ordenamiento y seguridad jurídica. Como dice Bernal (2005: 200),

...cuanto más vinculado esté el juez inferior a las reglas de la jurisprudencia establecidas por los jueces de máxima jerarquía en el sistema, menor será el ámbito de discrecionalidad del que puedan gozar. Como es evidente, esta

estrategia sacrifica la libertad creativa del juez inferior, pero redundando en beneficio de la coherencia del sistema.

Aún así, este último factor debe ser considerado con detenimiento, sobre todo si se considera la teleología del artículo 230 Constitucional, que pregona la independencia de los jueces. Pero, en todo caso, la independencia judicial no implica el poder de apartarse de las normativas legales y constitucionales, y la vigencia del precedente constitucional se apoya en la legislación colombiana.

En cuanto a las disposiciones constitucionales sobre la materia, cabe asimismo traer a colación el artículo 243 de la Carta, a cuyo tenor,

*Los fallos que dicte la Corte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.
Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*

Este es precisamente el apoyo constitucional, que brinda vigencia a la legislación y los decretos reglamentarios existentes sobre el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que permite el respeto por el precedente jurisprudencial.

2.5 El precedente constitucional

En la teoría del precedente, con el fin de estructurar la fuerza vinculante de los fallos, debe estudiarse y entenderse que no toda la decisión o contenido de la sentencia es vinculante. Retomando los términos de la sentencia SU-1300 de 2001, con ponencia del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, se tiene que son tres los elementos principales de las sentencias: el *decisum*, la *ratio decidendi* y la *obiter dicta*, conceptos que deben ser desbrozados en aras de su claro entendimiento. Así, se tiene que:

DECISUM: Este concepto se aplica en materia constitucional, mediante él se define la permanencia o no de una norma en el ordenamiento. En otras palabras *“la Corte la define como la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional. Esta parte de la sentencia de constitucionalidad tiene alcance general. Se trata del fallo o la solución para el caso concreto”* (Bernal, 2005: 176).

* **RATIO DECIDENDI:** Es el fundamento de la decisión judicial. Es la razón de ser de la decisión que se adopta en la sentencia. En palabras del citado Bernal (2005: 177):

La Corte la define como ‘la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica’. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial. La ratio decidendi, sostuvo la Corte en la sentencia C-569 de 2001, contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial y la interpretación constitucional adecuada para el caso concreto y los demás que se encuentren en las mismas circunstancias. La ratio decidendi es la norma adscrita o, como la llama la Corte, la subregla, que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos.

* **OBITER DICTA:** Es el conjunto de razones de paso que inspiran la decisión judicial, que contribuyen en la conformación de las razones del fallo, y en la formación del convencimiento y la inteligencia del fallo, pero que no constituyen precedente constitucional, aunque debe decirse que son fuente auxiliar de la interpretación judicial. Se dice que la corte constitucional los define como:

...una parte de la sentencia que ‘no tiene poder vinculante’, sino una ‘fuerza persuasiva’ que depende del prestigio y jerarquía del tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación. Los obiter dicta son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso. (Bernal, 2005: 177)

La naturaleza misma de la actividad judicial se erige en dique para evitar la arbitrariedad judicial; en Sentencia C-674 de 1999, con ponencia de los

magistrados Alejandro Martínez Caballero y Álvaro Tafur Galvis se afincó esta interesante idea:

La Corte, advierte que los jueces son independientes y autónomos. Subraya, también, que su independencia es para aplicar las normas, no para dejar de aplicar la Constitución (artículo 230 de la C.P.). Un juez no puede invocar su independencia para eludir el imperio de la ley, y mucho menos, para dejar de aplicar la ley de leyes, la norma suprema que es la Constitución. La alternativa, inaceptable en una democracia constitucional, es que el significado de la Constitución cambie según el parecer de cada juez. Entonces, será vinculante no la norma constitucional objetiva, sino la opinión de cada funcionario judicial que puede variar de despacho en despacho y cambiar de tiempo en tiempo, según evolucionen las tesis de cada juez. Nada más contrario al concepto mismo de derecho. Nada más lesivo para la efectividad de un Estado social de derecho. Nada que le reste más vigencia y eficacia a la Constitución.

Por ende, son infundados los argumentos de aquellos que aducen que permitir la entrada del derecho jurisprudencial en nuestro medio, es dejar el ordenamiento jurídico librado al *arbitrium iudicis*, pues en ningún caso esta es la naturaleza del precedente. Como se ha anotado en apartes anteriores, nuestro sistema ha estado signado por las tradiciones romanas y germanas, de gran apego a la ley escrita, concediendo al juez el papel de simple intérprete, y por ello cuesta afirmar, aún hoy, la vigencia del precedente constitucional en nuestro medio.

No puede desconocerse que los principios constitucionales se enuncian de manera abierta, pues ello se encuentra dentro de su naturaleza; pero este factor no puede ser óbice para el establecimiento definitivo del valor de los precedentes en materia constitucional, pues con el peso de las decisiones anteriores se clarifica el sentido y alcance de los principios, y como se ha sostenido, se pretende el logro de los valores de la igualdad, la equidad y la universalidad.

Cabe resaltar también que la figura del precedente en materia constitucional se aplica tanto en materia de fallos de tutela, como en asuntos relativos al juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. En todo caso debe ponerse de relieve que no todas las consideraciones de la sentencia implican un precedente vinculante. En primer lugar, ello sería sumamente dificultoso, por la extensión de

los fallos, que en su fundamentación deben acudir a razones de toda índole que le den fuerza lógica a la decisión; y en segundo lugar, sería ardua la aplicación del precedente, por el gran número de razones que se estudian en un caso concreto.

Por ello, se reitera, en la teoría del precedente jurisprudencial en materia constitucional, solamente la *ratio decidendi* tiene vocación de ser vinculante, y esta circunstancia también hace parte del necesario control que debe existir sobre la fuerza de la vinculación causada por la decisión, pues no se trata de que el derecho de los jueces se convierta en el arbitrio judicial, que tan nocivo es como la veneración a la ley escrita.

Esta fuerza del precedente jurisprudencial deviene de su característica de vinculación; esta fuerza vinculante de la jurisprudencia puede ser definida como “...una propiedad de las normas jurídicas, que consiste en atribuir a su destinatario el deber de obedecer o seguir lo prescrito por ellas, so pena de hacerse merecedor de una sanción” (Bernal, 2005: 207). La anterior aserción implica la existencia de ciertos elementos, que son:

* La existencia de una norma jurídica: es claro que las sentencias crean una norma jurídica que regula los casos concretos; la *ratio decidendi* del fallo se convierte en una norma, que debe ser respetada por los demás jueces y por la propia corte que la dictó.

* La existencia de una persona obligada a cumplir con la norma: en el sentido del precedente, la corte que dicta el fallo es el primer sujeto llamado a conservar su precedente, aunque existan casos en que puede modificarlo. Así, expresa Bernal (2005: 215) que “*las cortes tienen siempre competencia para modificar su propia jurisprudencia y, como es bien sabido, ningún sujeto puede considerarse vinculado por una norma, en el sentido estricto de la expresión, cuando tiene la posibilidad de modificarla*”.

Atendiendo a la importancia del carácter vinculante de la jurisprudencia para los demás jueces, la Corte Constitucional y la doctrina se han enfocado en determinar esta vinculación en jurisprudencia distinta a la constitucional; puede decirse que la jurisprudencia de las demás altas Cortes es también vinculante, pues para

apartarse de la doctrina probable que se exponga por una corte, deben exponerse los fundamentos que amparan la separación de la jurisprudencia fijada en decisiones anteriores. Citando el caso de una sentencia en donde la Corte Constitucional definió el alcance de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Bernal (2005: 220) sostiene:

De este modo, la Corte Constitucional ratificó la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios. Es tanto así que, si estos quieren apartarse de la doctrina probable dictada por la alta Corte, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. Esta tesis, que por analogía se aplica a las demás jurisdicciones....

2.6 Las modificaciones al precedente jurisprudencial

Debe tenerse en cuenta que el precedente jurisprudencial es, si se quiere, bastante más flexible, si se relaciona con las normas de carácter jurídico, puesto que admite modificaciones por los jueces, ya sea el mismo que dictó el fallo, u otro juez. En este sentido, el derecho de precedentes se mueve dentro de la siguiente dinámica: es de obligatorio cumplimiento en casos donde se justifique su inclusión pero puede ser modificado por los jueces.

Sin embargo, para dar mayor coherencia al sistema de precedentes, es apenas lógico que un precedente no pueda ser modificado de manera arbitraria o ligera. Se requiere, como es de esperar, de la carga de la argumentación que el juez disidente exponga con precisión las razones que lo llevan a apartarse del precedente constitucional. Ha dicho la doctrina especializada sobre el tema:

Un rasgo peculiar de todo precedente constitucional es que puede ser modificado por la Corte Constitucional, cuando tenga argumentos suficientes para considerar que está errado.

La Corte Constitucional defendió la tesis según la cual la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene fuerza vinculante para los demás jueces ordinarios e incluso para ella misma. Es tanto así que, si un juez quiere apartarse de la doctrina probable dictada por la alta Corte, 'está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión'. En este sentido, el juez destinatario de la jurisprudencia (que puede ser un juez inferior o la propia alta Corte) puede apartarse de ella, siempre y cuando fundamente esta conducta en argumentos que conciten plausibilidad general. En otras palabras, el juez posterior tiene el deber de

cumplir lo previsto en la jurisprudencia o tiene una carga de argumentación que necesariamente debe desplegar para poder apartarse del precedente. (Bernal, 2005: 180).

Las dos vertientes principales que pueden motivar las modificaciones a los precedentes constitucionales son el *distinguish* y el *overruling*, que deben ser observados con mayor detenimiento:

* **DISTINGUISH:** Se trata, en síntesis, de la inaplicación de un precedente anterior, al considerar las diferencias existentes entre el caso que motivó el surgimiento del precedente y el nuevo caso al que va a ser aplicada la decisión anterior, que imponen la aplicación de una solución jurídica diferente. Bernal (2005: 181) opina:

De esta manera la Corte Constitucional contempla la posibilidad de que en Colombia se aplique la idea de distinguish, es decir, de que el juez pueda inaplicar la jurisprudencia a un determinado caso posterior, cuando considere que las diferencias relevantes que median entre este segundo caso y el primer caso en que se estableció la jurisprudencia exigen otorgar al segundo una solución diferente.

* **OVERRULING:** Es una circunstancia que motiva el cambio de un precedente jurisprudencial, habida cuenta de que en la situación actual en que se vaya a aplicar el precedente, se considere que es erróneo, pero no cualquier clase de error, sino un error de idoneidad. Se afirma en consecuencia:

El segundo supuesto en que, de acuerdo con la Corte Constitucional, es posible apartarse de la jurisprudencia se presenta cuando ésta, 'habiendo sido adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior'. La alta Corte sostiene que en este supuesto el juez posterior debe considerar que la jurisprudencia es 'errónea'. Si se quiere conservar esta terminología, deberá hablarse de un error de idoneidad. (Bernal, 2005: 181 - 182)

Por ejemplo, en sentencia C-194 de 1995, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo, se acotó que para que se justifique el cambio jurisprudencial mediante la aplicación de la figura de *overruling*,

...es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las

consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

No obstante, los acabados de referir no son los únicos eventos que admiten la variación en el precedente constitucional. Existen otros supuestos que motivarían la variación del precedente y son:

En el primer caso, el juez puede apartarse del precedente constitucional cuando considere que es contrario al conjunto de valores que inspiran el ordenamiento, o que el precedente no responde a razones de justicia material. Se trata, en suma, de situaciones de orden axiológico. Como afirma Bernal (2005: 183) *“El error en este caso sería de tipo ‘axiológico’. Observada desde la red coherente en que consiste el ordenamiento jurídico, la decisión jurisprudencial se considera ‘incorrecta’ o ‘injusta’ desde el punto de vista material, pues responde a valores predominantes en un momento histórico anterior”*. En el segundo caso, aparece que la variación del precedente jurisprudencial puede ocurrir por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, que obviamente hacen que deba ser modificado el precedente. Dice la doctrina que *“Por último, el juez posterior también puede apartarse de la jurisprudencia, ‘por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante’*. (Bernal, 2005: 182).

Estos eventos han sido revisados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional; al punto, en Sentencia C-836 de 2001, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, estudiando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de casación, la Corte señaló tres razones principales que motivan el cambio en la jurisprudencia:

....1) Cuando había un cambio en la legislación y era necesario modificar la jurisprudencia para no contrariar la voluntad del legislador; 2) cuando se había producido un cambio sustancial en la situación social, política o económica de tal forma que la ponderación e interpretación del ordenamiento, tal como lo venía haciendo la Corte Suprema de Justicia, no resultara ya adecuado para responder a las exigencias sociales; y 3) cuando ese cambio fuera necesario para unificar y precisar la jurisprudencia sobre un determinado tema.

En una sentencia bastante reciente, la Corte profundizó acerca de las nuevas condiciones sociales que pueden hacer curso a una modificación del precedente; puesto que la Carta regula la realidad material, el devenir de las circunstancias puede hacer que un precedente anterior no responda a los valores y las garantías que se pretendieron cobijar en un evento anterior. En tal caso, mal se podría aplicar un precedente anterior, por el mero hecho de ser precedente, es decir, se justifica su variación, pero por razones de peso. La Corte evaluó en la Sentencia C-079 de 2007 con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño la siguiente postura:

...de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva -aún cuando no haya habido cambios en el texto fundamental-, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas.

Entonces, puesto que el Derecho no es inmutable, tampoco puede serlo el precedente jurisprudencial, que debe adaptarse al momento histórico que se regula, y es allí donde aparece este radio de acción con que cuenta el juez; es importante establecer entonces el rol del juez, tarea que se emprende a renglón seguido.

2.7 El papel de juez en el contexto del derecho a la ciudad

En la construcción del derecho a la ciudad no es suficiente la figura distante del juez; se requiere de un juzgador en permanente contacto con la realidad social, para de esta forma acercar más el fallo a la justicia para el caso concreto; de ahí que en este escrito se resalte el papel protagónico que debe caracterizar los pronunciamientos judiciales sobre los derechos que se imbrican en el urbanismo, ya se trate de la temática del espacio público o el derecho a un medio ambiente sano. La postura del realismo jurídico, por ejemplo, refuerza esta idea del juez en

permanente contacto con la realidad social, llamando a actuar las pasiones del funcionario en búsqueda de la realización de la justicia.

En este orden de ideas, López (2000: 137) expresa *“Bajo esta imagen del juez, lo importante no resulta ser ahora la fría distancia frente al caso, sino la investigación apasionada e impulsiva de la equidad concreta del caso. El juez, no es pues, imparcial o ciego frente al caso, sino que debe desplegar la pasión de quien desea un resultado justo”*. También se ha dicho sobre el realismo jurídico que *“los realistas pedían un enfoque -científico- para detenerse en lo que los jueces hacen y no en lo que dicen, y analizar el impacto que sus decisiones tienen en la comunidad como tal”* (Monroy, 2005: 8).

Así, es claro que la imagen de justicia por la que abogan quienes adhieren al realismo jurídico no es la de aquella noble mujer que venda sus ojos con el fin del juicio imparcial; para esta corriente de pensamiento, debe tener muy abiertos los ojos, pues solamente de esta manera podrá evaluar a plenitud la realidad social que se pretende regular.

En consecuencia, dentro de esta nueva inclinación de pensamiento, el juez no puede ni debe desplegar la misma pasividad de antaño. Monroy (2005: 6), refiriendo el papel del juez en la escuela formalista y de la exégesis, cita a Montesquieu, de la siguiente forma: *“Montesquieu definió así esta escuela los jueces de la Nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden modelar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.”*

El juez de las facultades conferidas por la filosofía del Estado constitucional es de gran relevancia para el derecho a la ciudad: por su contacto con la realidad, cuenta con más elementos de juicio para acercar la justicia al caso concreto, por la fuerza de sus precedentes se cuenta con un mayor rango de equidad en la protección de los derechos. Puesto que la ciudad vive ritmos acelerados en su quehacer y en las posibles vulneraciones de derechos, es también coherente con el medio urbano el

rol de los precedentes jurisprudenciales y de un juez en mayor contacto con la realidad fáctica.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Teniendo en cuenta que esta investigación se realizó tomando como fuentes primarias sentencias de las altas Cortes judiciales colombianas, el presente capítulo describirá los hallazgos de dicho análisis jurisprudencial, que posteriormente arrojó no solo los criterios sino también el concepto que subyace en el poder jurisdiccional colombiano al resolver conflictos de derechos en la ciudad.

3.1 Los conflictos relacionados con el derecho al espacio público. El espacio público es una noción que, en estricto sentido jurídico, es determinante para la configuración y garantía de variados derechos colectivos, y, en sí mismo se erige en uno de los primeros conceptos a considerar en tratándose del derecho a la ciudad. La legislación vigente, Ley 388 de 1997, señala que debe entenderse por espacio público *...el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.*

Sin embargo, la importancia temática de la noción de espacio público ha conducido a que el derecho se haya encargado de reglamentarla de manera complementaria, tratando de lograr definiciones inclusivas de numerosos elementos constitutivos del espacio público. Se tiene entonces que, dado el interés del legislador en tan trascendental materia, se haya esmerado en que las definiciones legales sobre el tema pongan de presente otros elementos definitorios del espacio público. Así, el artículo 5º del Decreto 1504 de 1998 expresa que son elementos constitutivos del espacio público las áreas integrantes de los sistemas de circulación peatonal y vehicular, entre los que se cuentan los componentes de perfiles viales como las áreas de control ambiental, zonas de mobiliario urbano y señalización, cárcamos y ductos, túneles peatonales, puentes peatonales, escalinatas, bulevares, rampas

para discapacitados, andenes, malecones, paseos marítimos, camellones, sardineles, cunetas, ciclopistas, ciclovías, estacionamiento para bicicletas, estacionamiento para motocicletas, estacionamientos bajo espacio público, zonas azules, bahías de estacionamiento, bermas, separadores, reductores de velocidad, calzadas, carriles.

Retomando la letra de la Ley vigente en materia de definición del espacio público, aparece que en su descripción normativa se integran otros elementos propios del espacio público como

...las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso y el disfrute colectivo.

Visto este marco legal del espacio público, pueden relacionarse con las garantías constitucionales que le dan sustento a este derecho. El espacio público no es una garantía aislada; tiene que ver directamente con la calidad de vida, con el derecho al disfrute del ambiente, entre otros, que son consignados por la Carta Política. Por ello, este conjunto de intereses ostenta raigambre constitucional, toda vez que en el artículo 366 de la Carta se consigna que *“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.”*

Como puede derivarse de la legislación que se está comentando, el espectro o radio de acción de la noción de espacio público es bastante amplia; esta

circunstancia se debe a que con la aún vigente ley de reforma urbana (Ley 9ª. de 1989) a la luz de la Ley 388 de 1997, se pretendió contextualizar el espacio público como un derecho colectivo, por el cual el Estado y los particulares deben propender. De otro lado, con esta legislación el urbanismo se establece definitivamente como función pública; de ahí que fuese necesario conferir potestades a la Administración para el uso del suelo y otras actividades tendientes a la protección del espacio público.

3.1.1 Los andenes como elementos integrantes del espacio público. Este elemento constitutivo del espacio público es uno de los que presenta mayores problemáticas en lo referente a conflictos de derechos, evento que se describirá con mayor atención con posterioridad. Por ahora, es menester definir este concepto. Según el Decreto 1344 de 1970, contentivo del anterior Código Nacional de Tránsito Terrestre, se expresaba que por acera o andén debe entenderse *“Parte de la vía destinada exclusivamente al tránsito de peatones”*.

Hoy por hoy, se cuenta con la Ley 769 de 2002, que contiene el Código Nacional de Tránsito Terrestre, y que en su artículo 2º expresa: *Acera o andén: Franja longitudinal de la vía urbana, destinada exclusivamente a la circulación de peatones, ubicada a los costados de ésta.*

Como en líneas posteriores se advertirá, este elemento constitutivo del espacio público adolece de numerosas conculcaciones: mercancías expuestas en los andenes, los andenes como lugar para el estacionamiento de vehículos, talleres en los andenes, entre otras muchas manifestaciones que desconocen el carácter de espacio público de este elemento. La norma que se acaba de traer a cuento, Ley 769 de 2002 es meridiana al afirmar que esta parte de la vía se encuentra destinada de forma exclusiva al tránsito de peatones. En consecuencia, cualquier uso contrario, viola los derechos colectivos de la sociedad, por el uso indebido que se hace de una parte de la vía que a todos pertenece con el fin de permitir el tránsito de peatones. Además, cabe anotar que también es posible, que en aras del interés de la comunidad, se den otros usos a la vía pública, tales como las

ciclorutas o ciclovías, que no vulneran el espacio público sino que, por el contrario, concurren a la protección de los intereses colectivos.

En este orden de ideas, cuando las instancias judiciales se han encontrado ante un evento de ocupación de los andenes por parte de vendedores ambulantes, u otra forma de ocupación del espacio, se ha inclinado por la protección del derecho colectivo, indicando que en todo caso, debe darse prevalencia al interés general sobre el particular, fundamento último de las decisiones que tienen que ver con este delicado asunto.

En esta investigación, el conflicto de derechos que se ha seleccionado en relación con el espacio público es la tensión de derechos que surge entre éste y el derecho al trabajo de los vendedores ambulantes que ocupan el espacio público ante la carencia de reales oportunidades laborales, que los empujan a ejercer el comercio informal. Pero, como se verá, aunque el derecho al trabajo es fundamental, los jueces se han inclinado por la protección del derecho al espacio público, y por la reubicación por parte de la Administración, ofreciendo oportunidades para que estas personas puedan ejercer sus labores en condiciones dignas y justas, como a continuación se advierte.

3.1.2 El derecho al trabajo en conflicto con el derecho al uso, goce y disfrute del espacio público. La Carta Política colombiana estatuye que el derecho al trabajo lleva ínsito el carácter de fundamental, aparte de las implicaciones económicas y de desarrollo del país que implica la existencia de trabajo digno. No obstante, los padecimientos de la inmensa mayoría de la población colombiana, la ausencia de reales oportunidades de trabajo, los ínfimos montos salariales, la desprotección en torno a los temas de seguridad social, han conducido a disparar el fenómeno de la economía informal; vendedores ambulantes, casetas, entre otros, causan ocupación del espacio público. Sin embargo, la solución al dilema de conflicto de derechos no puede ser el rompimiento de tajo a favor de la protección del espacio público de manera simple y llana, pues con ello se está vulnerando de contera el derecho al trabajo, comoquiera que las personas que realizan esta actividad lo hacen llevadas por la necesidad de solventar sus vicisitudes

económicas, y por los ya anotados factores de falta de oportunidades y la ausencia de verdadera protección del trabajador.

Los lineamientos constitucionales del derecho al trabajo encuentran descriptor en el artículo 53 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Pero sin lugar a dudas, la disposición que despeja toda duda sobre la relevancia y el carácter de fundamental que ostenta el derecho al trabajo encuentra asidero en el artículo 25 Superior, a cuyo tenor literal, *El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*

Empero, estas descripciones constitucionales no encuentran realización, y es por ello que la población se ve empujada a realizar actividades propias de la economía informal; sin duda, ello causa la conculcación de la garantía ciudadana a la protección del espacio público, su goce y disfrute. Este conflicto de derechos se ha presentado de manera constante en los estrados judiciales y, obviamente, en la realidad social.

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha enfrentado en sus fallos esta problemática. Por ejemplo, la Sentencia T-465 de 2006, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, dice al respecto:

La controversia constitucional generada por la ocupación irregular del espacio público por parte de vendedores informales es un asunto suficientemente discutido por la jurisprudencia de esta Corporación. Este debate, en líneas generales, se centra en la tensión entre el deber estatal de proteger la integridad del espacio público y su destinación para el uso común, consagrado en el artículo 84 Superior, y la eficacia del derecho constitucional al trabajo de quienes, al estar excluidos de los mecanismos formales de inserción laboral, deben dedicarse a actividades de comercio en dicho espacio.

Como se ha tenido oportunidad de aclarar, la decisión tipo que se toma en estos eventos respecto del vendedor informal es la de reubicación en un lugar adecuado para ejercer su actividad, y la consecuente restitución del espacio público. Pero la misma Corte ha sido consciente de la ineficacia real de esta decisión; la misma sentencia que acaba de ser objeto de comentario (T-465 de 2006) discurre:

El cumplimiento del deber de protección del espacio público obliga a las autoridades públicas a ejercer todas aquellas medidas destinadas a impedir su ocupación indebida, entre ellas la ejecución de planes de recuperación que comprendan el retiro de las personas que irregularmente hacen uso del mismo, entre ellas los comerciantes informales. No obstante, frente a la implementación de estas políticas de reubicación concurren dos grupos de dificultades definidos: en primer lugar, son evidentes las condiciones de marginalidad de grupos significativos de la población que, ante la imposibilidad del Estado de asegurar una política de pleno empleo, deben hacer uso de la informalidad para garantizar su subsistencia. En segundo término es usual que las administraciones municipales y distritales ejerzan acciones u omisiones, prolongadas en el tiempo, que otorguen apariencia de legalidad a la ocupación del espacio público, entre ellas, el otorgamiento de licencias o permisos o la simple tolerancia por parte de la administración su uso indiscriminado.

Otro de los fallos relevantes en el entendimiento de esta problemática es la Sentencia T-778 de 1998, con ponencia del Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la que se sostuvo:

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional, al estudiar los casos de los vendedores ambulantes, se ha pronunciado respecto del conflicto que se suscita entre el interés general que implica la recuperación del espacio

público, frente a la invocación del derecho fundamental al trabajo por parte de los ciudadanos que de alguna manera lo utilizan para realizar actividades comerciales, tendientes a conseguir algún medio de subsistencia. En efecto, ha dicho que la recuperación del espacio público es una de las obligaciones del Estado, y por tal motivo no puede ser obstaculizada por intereses particulares, dado que el interés general prevalece sobre el interés particular.

Los presupuestos sobre teoría constitucional y teoría del derecho dictan que en caso de conflicto entre dos derechos, la mejor interpretación no es aquella donde se da plena prevalencia a una sola de las garantías en desmedro de otra, sino aquella donde se logre armonizar las disposiciones en conflicto. Así, las soluciones a los casos que ha conocido la jurisprudencia de nuestro país han tendido a la finalidad de armonizar los dos derechos que entran en tensión. Puede decirse, en consecuencia, que en esta clase de eventos en particular, la solución jurisprudencial ha sido la de la protección simultánea del derecho al trabajo y la protección del espacio público; en consecuencia, por regla general, los fallos estudiados ordenan la restitución y protección del espacio público, pero asimismo la protección del derecho al trabajo, mediante la reubicación en un lugar donde el trabajador informal pueda desarrollar su labor en condiciones dignas y justas.

Así, se cuenta con la sentencia del Consejo de Estado, emanada de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, calendada el 16 de mayo de 2007, que tuvo que conocer de un evento de ocupación del espacio público por una caseta instalada en la ciudad de Bogotá. En el sub-judice, la decisión fue: *Protégense los derechos e intereses colectivos al uso, goce y disfrute del espacio público y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.*

En consecuencia, la sentencia dictó: *Ordénase a la Alcaldía Local de Puente Aranda que en un término no superior a dos (2) meses adopte las medidas pertinentes para recuperar el espacio público invadido por la caseta ubicada en la calle 12 con carrera 33 de la ciudad de Bogotá D.C.* En cuanto a la protección del derecho al trabajo, la sentencia ordenó cuanto a continuación se consigna:

Ordénase a la Alcaldía Local de Puente Aranda que en un término no superior a dos (2) meses gestione a través de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. y el fondo de ventas populares, la reubicación del señor Orlando Olarte o quien en la actualidad se encuentre ocupando la mencionada caseta, en un lugar autorizado para el ejercicio de su oficio.

En la Sentencia T-021 de 2000, calendada el 24 de enero del mentado año, con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en donde se tomó decisión similar a la del fallo del Consejo de Estado, al determinar la reubicación de la actora, que se desempeñaba para la fecha de los hechos como vendedora ambulante, se sopesaron las garantías constitucionales sobre el derecho al trabajo, y el artículo 82 Superior, que contempla la protección del espacio público en los siguientes términos:

Es deber de Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

En esta sentencia de tutela el conflicto de derechos partió del carácter fundamental del derecho al trabajo, frente a la prevalencia del interés común sobre el particular de que habla el artículo 82 de la Carta. Con la finalidad de armonizar los derechos en conflicto, la Corte se inclinó por la protección del espacio público y la reubicación de la actora, para proteger su derecho fundamental al trabajo.

3.2 Conflictos relacionados con el derecho a la vivienda digna. La garantía que da título a este aparte es el derecho a la vida en condiciones dignas y justas. Estatuye el artículo 51 Superior que *Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.*

Empero, la imposibilidad de acceso de millones de colombianos a una vivienda digna ha fundamentado varios conflictos de derechos. Existe una situación que ha

sido tratada de manera constante por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se presenta cuando las personas afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado, al no contar con oportunidades reales de acceder a una vivienda digna, se inclinan por la ocupación de bienes de uso público o de propiedad privada, para poder satisfacer su clarísima necesidad de vivienda. La Corte ha considerado en estos eventos, que si bien el desplazamiento forzado es un flagelo que azota a muchos nacionales colombianos, el Estado se encuentra en la obligación de brindar soluciones efectivas a este sector de la población especialmente protegido por las circunstancias de debilidad y desigualdad manifiesta que los afectan.

Siendo responsabilidad del Estado, no es posible que los particulares propietarios de terrenos deben soportar la carga que le corresponde al Estado en cuanto al ofrecimiento de soluciones de vivienda a las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado, y aun cuando se trate de bienes de uso público, ellos no pueden ser destinados a las soluciones de vivienda para los desplazados.

De modo que la Corte ha protegido el derecho a la propiedad de los particulares, que entra en tensión con el derecho a la vivienda digna a favor de la población desplazada, resolviendo el conflicto de derechos mediante constantes exhortos a las autoridades estatales para que desarrollen verdaderos proyectos de vivienda para esta población vulnerable, o les ofrezca condiciones de alojamiento dignas. Sobre este delicado asunto, se cuenta entre otros fallos, con la Sentencia T-1346 de 2001, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, en la que se decidió sobre el drama de un grupo de familias desplazadas por el conflicto armado interno, ante la inminente orden de desalojo por parte de la Alcaldía de Villavicencio, ante la que se instauró proceso policivo por ocupación de hecho de un predio de propiedad privada.

Dada la necesidad de proteger en este caso los dos derechos en conflicto, con el fin de armonizar las disposiciones en tensión, la Corte mantuvo incólume el proceso de carácter policivo, para proteger al propietario del inmueble, pero

conminó a las autoridades pertinentes el adelantamiento de proyectos de vivienda digna para esta población. Por ello sostuvo:

Siguiendo los criterios legales y jurisprudenciales que delimitan el ámbito de aplicación de la acción de tutela, a juicio de esta Sala, no es posible que el juez constitucional entre a tomar medidas en relación con el proceso policivo que concluyó con la orden de desalojo de los ocupantes del predio 'La reliquia'. No solo por cuanto se trata de una decisión legítima adoptada por autoridad competente en ejercicio de funciones atribuidas por el Ordenamiento Positivo para la defensa de los derechos constitucionales, sino además, porque de las pruebas aportadas a este proceso se extrae que la demandante no acreditó tener algún derecho de propiedad, posesión o tenencia sobre el predio en cuestión. Por el contrario, la actora fue clara en manifestarle al juez de tutela que su permanencia en el mismo tiene un carácter temporal, circunscrito a la solución que el gobierno pueda darle a su problema de albergue.

Sobre la necesidad de proteger los derechos de la población que se enfrenta al desplazamiento forzado, que genera vulneración sistemática de todos los derechos fundamentales, y en este caso específico la vulneración del derecho a una vivienda digna, se aclaró en el mismo fallo que se comenta:

Para la cabal protección de los derechos fundamentales de los desplazados del predio, no es entonces suficiente que la Alcaldía se proponga adelantar algunos programas de Vivienda de Interés Social y de estabilización económica, que por lo demás no cuentan con los recursos suficientes para desarrollarse, ya que la atención que ellos requieren es de carácter urgente, en procura de obtener de las autoridades una solución a su problema de albergue provisional en condiciones dignas.

Por lo demás, en los fallos sobre esta temática, la Corte ha aclarado que las responsabilidades concernientes a la atención de la población desplazada se encuentran encomendadas a la rama administrativa del poder público, que debe atender a este rango de población. En Sentencia T-1635 de 2000, que contó con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo, se concluyó:

Precisamente para hacer frente a esta nueva categoría de colombianos, el ordenamiento jurídico ha confiado a la Red de Solidaridad Social –que es un establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República- la tarea de promover el

mejoramiento de las condiciones de vida de la población más pobre y vulnerable del país, de la que indudablemente hace parte la franja de los desplazados.

Como se hace patente, en estos eventos también la Corte ha propendido por la armonización de las garantías en conflicto, ponderando los intereses en juego, para mantener la vigencia normativa de la Carta. Pero es claro que aún queda demasiado por hacer en orden a la solución de la difícil problemática que asola a la población desplazada por el conflicto armado interno.

3.3 Conflictos relacionados con el derecho a un medio ambiente sano. Sin temor a equivocaciones, puede decirse que el derecho a un medio ambiente sano ha sido descuidado desde hace largo tiempo. La realidad mundial dista enormemente de las enunciaciones constitucionales; es altamente notorio el conjunto de condiciones que van en desmedro de este derecho. Ya se ha aludido a la contaminación en todas sus formas, al despilfarro de los recursos naturales no renovables, a la diseminación de agentes tóxicos y radioactivos, entre otros. En líneas generales, puede decirse que el medio ambiente es un conjunto de condiciones externas que interactúan sobre un sistema, determinando su forma de ser; por ello es que el clima, la naturaleza, los recursos y la población, por mencionar unos cuantos, son factores que forman parte del medio ambiente.

La característica más determinante de estos factores medioambientales es su capacidad para determinar el curso del sistema en el que rigen; para explicar esta idea, puede tomarse un ejemplo como la tala indiscriminada de bosques: este fenómeno rompe el equilibrio del sistema, generando problemas en los hábitats, en la migración de especies de esta especial forma de ecosistema, en la erosión del suelo, etc. Estos factores terminan por incidir negativamente, generando un impacto nocivo en el mencionado equilibrio del sistema, del que depende la vida misma del ser humano y de las demás especies que pueblan el planeta.

Por ello, debería ser preocupación esencial del hombre la conservación del medio; sin embargo, las actuales actividades industriales, de explotación de recursos, de manipulación de material radiactivo, la exposición a radiaciones electromagnéticas

y otras actividades similares han puesto en evidente riesgo la vida del planeta. Nuestro país no es la excepción; aunque el nivel de contaminación y de riesgo del medio ambiente en las ciudades colombianas no es el mismo de urbes como Ciudad de México, Beijing o Nueva York, se ha impulsado el ritmo de actividades que generan grandes niveles de contaminación.

Esta es la razón que sustenta la protección constitucional al medio ambiente; la garantía del anotado conjunto de factores necesarios para el equilibrio adecuado del ecosistema, contándose entre ellos la calidad del aire, la protección de la flora, la fauna y los ecosistemas de vida vegetal, que se encuentran en constante riesgo a causa de la actividad humana; la disyuntiva es que el avance en el desarrollo científico y tecnológico es, por lo menos hasta ahora, directamente proporcional a la ruina del medio ambiente sano. Pero las condiciones que posibilitan una existencia digna para el hombre, depende en mucho de las circunstancias que le ofrezca un medio ambiente sano, y esa es precisamente la preocupación del Constituyente y de los jueces que han tenido que resolver los conflictos relativos a la protección de este derecho colectivo, que puede encontrarse incluso en conexidad con el derecho a la vida, y por ello merece especial protección.

En cuanto a los conflictos de derechos relacionados con el medio ambiente sano, el conflicto tipo que se presenta en los estrados judiciales es el choque del aludido derecho con la libertad de empresa, que es precisamente la problemática que pasa a estudiarse a continuación.

3.3.1 El derecho a un Medio Ambiente Sano y el Conflicto con La libertad de Empresa. Las constantes actividades de explotación de recursos naturales y de desarrollo de actividades económicas que pueden generar impactos ambientales nocivos en el medio, han sido reglamentadas jurídica y jurisprudencialmente con la finalidad de disminuir el mencionado impacto negativo.

Empero, en la inmensa mayoría de los casos el juez se halla ante el flagrante desconocimiento de los presupuestos para el desempeño de tales actividades, como ausencia de licencias ambientales, desconocimiento de los planes de

ordenamiento territorial para la ubicación de cierta clase de industrias contaminantes del medio; podría aducirse, *prima facie*, que la prohibición de estas actividades afectaría las libertades económicas y de empresa, pero lo cierto es que en esta clase de eventos debe partirse del axioma de la prevalencia del interés general sobre el particular, máxime cuando los niveles de contaminación y de deterioro ambiental están alcanzando límites insospechados en la actualidad, cuestión que motiva las decisiones judiciales que se inclinan por la protección del medio ambiente.

Jurisprudencialmente, la posición adoptada por la Corte Constitucional se encuentra bien perfilada: la libertad de empresa debe ceñirse a la normatividad ambiental existente en cada caso, para evitar posibles impactos ambientales negativos, con la consecuente vulneración de este derecho colectivo en contra de los asociados. En Sentencia T-046 de 1999, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, se afirmó cuanto se consigna:

Existe para los particulares una especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible lesión pueden derivarse amenazas a derechos de importante envergadura para las personas. Sobre el particular, la Corte ha sido enfática en señalar que la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales.

Este conflicto de derechos se presenta en la ciudad. Aunque estas actividades industriales y empresariales existan, debe preservarse el medio ambiente en la ciudad, en tanto derecho colectivo, y puesto que las actividades empresariales riesgosas por su impacto ambiental pueden acarrear violaciones a los derechos fundamentales, deben resolverse las tensiones de derechos manteniendo la permisión de actividades empresariales e industriales lícitas, pero con la observancia de la normatividad ambiental vigente cuando con ellas puede generarse menoscabo del medio ambiente. Los índices de contaminación de las ciudades son muy altos, y es deber de los jueces velar por la protección del medio ambiente, como se ha hecho patente en el análisis de estos fallos. En suma, debe

acudirse a la protección del derecho al medio ambiente sano, también por razones de igualdad. El lucro que generan las actividades con impacto ambiental negativo no favorece a toda la comunidad, pero esta sí debe soportar el menoscabo al medio ambiente. Por ello, este trato en verdad discriminatorio debe ser proscrito del ordenamiento, y el precedente jurisprudencial ha contribuido a mejorar esta manera de protección de derechos. La misma Sentencia T-046 de 1999 resaltó:

Ante la realización de una actividad económica que pueda producir contaminación del medio ambiente, cuando resultan ineficaces o insuficientes los controles que por ella misma corresponde implantar, como aquellos radicados en manos de las autoridades competentes para mantener las condiciones ambientales básicas que permitan mejorar la calidad de vida y proporcionar un bienestar general, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad de aquellas personas que resultan afectadas por las actuaciones contaminantes, en virtud de la salvedad que se les impone para disfrutar el derecho a gozar de un ambiente sano y de otros derechos conexos, consolidándose en un trato que aparece como discriminatorio dada la desproporcionada carga que asumen respecto de los demás miembros de la población en general.

Como se desprende del fallo en comento, la decisión se encamina a la protección de los intereses colectivos; la razón de estas decisiones continúa siendo la prevalencia del interés general sobre el particular y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, uno de cuyos barómetros está dado por las condiciones ambientales favorables de que debe disfrutar la población de la ciudad. Como ya se ha sostenido, la disyuntiva al respecto es difícil: a mayor desarrollo técnico, mayor afectación de las condiciones ambientales. Ante esta situación en la ciudad, por el crecimiento de las necesidades y el aumento de la población, el Estado debe desplegar todas las actuaciones tendientes a la defensa del ambiente, que redundan en el mejoramiento de las condiciones de vida dignas para los habitantes de la ciudad.

Los poderosos gremios económicos han llevado hasta las últimas consecuencias la implantación de los intereses particulares que dominan la esfera de la ciudad capitalista; los conflictos de derechos que resuelve el juez deben tender, en atención a las garantías constitucionales, al análisis de ponderación de posiciones débiles en contraste con las dominantes en el sistema imperante. El juez debe ser

instrumento de eliminación, o al menos de morigeración de la desigualdad en la distribución de riqueza y poder. Todo esto con los presupuestos de las garantías de igualdad, justicia social y equidad. El panorama es difícil, por la aludida concentración de poder en pocas manos. Fals Borda (2000: 5) describe así la situación, aplicable desde luego, a la ciudad:

¿Quiénes son los actores que disponen hoy sobre la distribución del espacio planetario? Ya no son los Papas ni los reyes soberanos, ni tampoco por sí mismos los dictadores o presidentes actuales. Este papel está pasando o ha pasado parcialmente a otro grupo de dirigentes conformado por grandes empresarios capitalistas y comunicadores apoyados por una élite técnico-científica....

Esta compleja situación conlleva a variados conflictos de derechos entre los intereses de los empresarios privados y los derechos fundamentales y colectivos, eventos que deben ser equilibrados por el juez, en aras de la protección del derecho a la ciudad.

3.4 Conflictos relacionados con el derecho a la propiedad privada. Una de las clasificaciones más tradicionales respecto de la división del ordenamiento jurídico es aquella que distingue entre el derecho público y el derecho privado; inveteradamente, el más caro baluarte del derecho privado es el derecho de propiedad, conocido desde tiempos remotos. La necesidad de satisfacer las necesidades materiales del ser humano es el origen de este derecho, que las culturas antiguas concebían como absoluto, casi totalmente ajeno a cualquier clase de limitación; paulatinamente, con la intervención estatal en renglones estratégicos de la actividad social, fue menguándose esta visión estricta del derecho de propiedad, para comprender que los asuntos de interés público y las facultades estatales que a ello concurren deben ser objeto de límite al derecho de propiedad.

En consecuencia, los conflictos de derechos relacionados con la propiedad, constantemente tocan con las limitaciones que constitucionalmente le han sido impuestas. En el cotejo del derecho de propiedad con las facultades estatales para limitarlo se encuentra la génesis de los conflictos tipo que atañen a este derecho, y que serán analizados en el acápite a continuación.

3.4.1 El derecho a la propiedad privada y el conflicto con la facultad estatal de expropiación y delimitación del uso del suelo.

La propiedad privada es un derecho que se encuentra inmerso también en la ciudad, que en este sentido es una amalgama de espacio público, bienes de propiedad del Estado y bienes privados. Pero es de anotar que la propiedad privada, como cualquier derecho, no es un derecho absoluto, al que paulatinamente le han sido impuestas limitaciones, en aras del favorecimiento del interés público.

Antiguamente, se concebía a la propiedad como uno de los más sagrados derechos, que no admitía restricciones de ninguna índole. Mucho más recientemente, han visto la luz regímenes socialistas, que abogan por la apropiación de los medios de producción en cabeza del Estado, entre los que se encuentra, naturalmente, la tierra. En nuestro medio, sin adentrar en una concepción socialista, en el marco del Estado social de derecho se considera que la propiedad tiene una función social, todo ello con variados objetos como la redistribución de la riqueza, el desarrollo vial y el desarrollo urbano en general, entre otros factores.

Este eje temático encuentra asidero constitucional en el artículo 58 de la Carta, a cuyo tenor,

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En

los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio.

Como puede advertirse, esta norma constitucional se encuentra dividida en dos acápites principales; el primero de ellos se encarga de describir la protección a la propiedad privada, ante la adquisición de derechos de acuerdo con la legislación civil. Sin embargo, el segundo aparte de la norma se encarga de contemplar variadas excepciones al derecho de propiedad, toda vez que consagra las formas de procedencia de la expropiación, atendiendo al interés público o social.

En la dinámica del derecho a la ciudad, muchas veces entran en conflicto los derechos a la propiedad privada y esta mentada facultad estatal de expropiación, atendiendo al interés social, y cuando se cumplen a cabalidad los presupuestos normativos para la procedencia de la expropiación. En caso contrario, el juez es el funcionario encargado de dirimir los conflictos que resultaren de la impugnación de la expropiación, o la regulación del monto del precio cuando se trata de cesiones a título oneroso. Pero en realidad, no es objeto de discusión que en caso de conflicto entre el derecho a la propiedad privada y el interés público, debe darse plena prevalencia al interés general, por el mismo mandato de la Carta, que resume el mandato de que en caso de conflicto o contraposición entre el interés particular y el privado, debe darse preponderancia a éste último.

Retomando el rol del juez en esta forma de conflicto de derechos, su misión es la de velar por la protección de los derechos, ya sea el mantenimiento del carácter privado de la propiedad, en el evento en que la cesión de tierras no se haya ajustado a las directrices legislativos o de la norma que ordena la expropiación, o abogar a favor de la cesión por motivos de interés público, también mediando el cumplimiento de los requisitos para el efecto.

Por ejemplo, en sentencia fechada el 30 de agosto de 2001, emanada de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, se debatió la ilegalidad sobre una cesión de terrenos de propiedad privada a favor del Distrito Capital, que fue oportunamente impugnada por los propietarios.

En este caso, se encontraron anomalías en el procedimiento y en el monto de las indemnizaciones, cuestión que permitió, para este evento particular, la defensa del interés privado, por considerar que existió vulneración al artículo 58 de la Carta, en lo atinente a la garantía de la propiedad privada y demás derechos adquiridos de acuerdo con la legislación civil.

Sostuvo el máximo Tribunal de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

De tal manera que la cesión obligatoria gratuita, de manera indiscriminada, para fines distintos de los anteriores efectivamente configura una expropiación sin indemnización, la cual es contraria a los artículos 58 y 59 de la Constitución Política, que prevén que dicha figura sólo es posible cuando así lo determine el Legislador por razones de equidad mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, o por parte del Gobierno Nacional en caso de guerra, y sólo para atender sus requerimientos, circunstancias que no se presentan en el asunto examinado.

Como la figura de la expropiación sin indemnización constituye una facultad como muestra de la autoridad del Estado sobre la disposición del derecho de propiedad de un particular, el Constituyente no podía dejarlo librado al arbitrio de un funcionario o a un procedimiento sumario; como contrapeso a esta facultad estatal, se hace indispensable determinar los casos precisos de su procedencia, para evitar posibles atropellos de la Administración, sobre todo cuando se trata de derechos adquiridos.

Prosigue la sentencia comentada anotando:

Ahora, no desconoce esta Corporación que el canon constitucional 58 consagra la función social de la propiedad y la prevalencia del interés público o social sobre el particular; sin embargo, ello no significa que se pueda despojar al particular de la propiedad sin indemnización alguna cuando no medien las circunstancias contempladas en la Constitución, a las que se aludió anteriormente, o cuando no se está afectando un área destinada para la construcción de vías, zonas verdes y servicios comunales de la urbanización que se proyecta, de conformidad con los artículos 2º y 7º de la Ley 9ª de 1989, sino una destinada para las vías arterias del plan vial, como lo hacen las normas demandadas.

El reconocimiento que hacen los recurrentes acerca de que la cesión constituye una contraprestación por valorización con ocasión de la

construcción de la vía, pone de manifiesto que no se trata de una cesión gratuita sino onerosa.

Por las consideraciones aludidas, la Sala encontró demostrado que el caso sub judice estaba ante una apropiación irregular de terrenos de propiedad particular, que fue subsanada en sede contencioso administrativo. Así, la conclusión del fallo objeto de estos comentarios fue:

En consecuencia, la Sala concluye que la cesión obligatoria gratuita de los predios de propiedad privada en los porcentajes señalados en las disposiciones acusadas constituye un verdadero despojo de dicha propiedad, el cual no es permitido ni constitucional ni legalmente para los predios ubicados parcial o totalmente sobre una zona de reserva vial del Plan Vial Arterial.

Como puede apreciarse en este caso particular, la sede judicial tuvo que determinar la ilegalidad de la expropiación; en conflicto radicaba en que la Administración pretendía configurar una cesión gratuita, y judicialmente logró demostrarse que se trataba de una cesión a título oneroso, puesto que no se configuraban los requisitos constitucionales para la expropiación gratuita que refiere el canon 58 Constitucional.

No puede dejar de anotarse que los desequilibrios generados por el sistema capitalista generan fenómenos como las grandes acumulaciones de capital en pocas manos, que de manera correlativa aumentan la pobreza de muchos, engendrando situaciones de inequidad social.

No obstante, el cometido estatal de redistribución de la riqueza y reglamentación del uso del suelo no puede efectuarse mediante la expropiación sin el lleno de los requisitos legales para que tenga vocación de éxito esta figura. De otra parte, las mismas necesidades de planeación de la ciudad deben tender a la clara determinación de las áreas sobre las que se va a modificar el uso del suelo, la factibilidad y cumplimiento de las normas urbanísticas, y la determinación sobre la calidad de gratuitas u onerosas de las cesiones de terreno que deban soportar los particulares propietarios.

Cabe anotar en este punto algunas consideraciones sobre lo relativo a la infraestructura de la ciudad, toda vez que esta normatividad se encuentra cobijada por el carácter de orden público. Así, puede tomarse como ejemplo la expedición de licencias de construcción, que debe sujetarse a los parámetros legales que se encuentren vigentes al momento de la expedición de la licencia.

Sobre este particular se cuenta con abundante jurisprudencia que resalta el carácter de interés público de esta normatividad. Al punto, se cuenta, entre otras, con la sentencia de 2 de marzo de 2000, del Consejo de Estado, que sobre estos asertos es contundente al expresar:

Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre en las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos.

En orden a la planeación de la ciudad, no es admisible que los propietarios particulares puedan efectuar construcciones en los terrenos sin el lleno de los requisitos del caso, aún mediando, por supuesto, el derecho de propiedad que ostentan sobre sus bienes. El urbanismo, al erigirse en función pública, la necesidad de regulación en el uso el suelo y la protección de otros derechos colectivos que pueden verse afectados, como por ejemplo la construcción particular en espacios públicos, el hecho de no someter la construcción a las normas técnicas sobre sismo-resistencia y el empleo de materiales adecuados, da al Estado la facultad para reglamentar la construcción.

En suma, en este aspecto se funden dos esferas que deben conjugarse de forma armónica: de una parte, la facultad del propietario para construir sobre terrenos de su propiedad, modificar inmuebles ya existentes pertenecientes a su patrimonio, pero de forma correlativa con el respeto de las normas urbanísticas que se

encuentren vigentes al momento de la expedición de la correspondiente licencia de construcción. De esta forma se conciertan los dos intereses, que son en este caso el derecho de propiedad y las facultades estatales sobre el uso del suelo y la reglamentación de construcciones.

No existe un derecho que no tenga expresión en lo social; si una persona tiene radicado en su patrimonio un derecho, es porque puede hacerlo oponible a un tercero, o disponer plena o parcialmente de él ante el establecimiento de una relación jurídica. Este contexto social de los derechos, que no son entidades abstractas y aisladas, sino que se interconectan en la vida social, es una de las razones por las que se considera que todos los derechos admiten limitaciones, según los casos concretos donde entran a ser ponderados o entran en conflicto con otros derechos. La propiedad privada, visto está, no es la excepción a esta regla, y en el caso del desarrollo de la infraestructura de la ciudad, debe ceder al interés general y al cumplimiento de las normas urbanas cuando, por supuesto, ello se hace en el marco de procedimientos administrativos prevalidos de toda la normatividad existente al efecto.

En tal medida, continúa exponiendo el fallo del Consejo de Estado que se está comentando en esta ocasión, diciendo:

Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que 'Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social'. Y bien es sabido que las normas de contenido policivo, como las de ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social.

Este aserto encuentra respaldo en el siguiente rubro jurisprudencial.

Para la Corte Constitucional es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano (Sentencia C-295 de 29 de julio de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

Con estas anotaciones se establece que las normas urbanas no son ociosas; por el contrario, responden a los elevados intereses de carácter público que deben iluminar la planeación de la ciudad. Por estas razones, continúa el fallo comentado diciendo que *Además, debe tenerse en cuenta que el precitado artículo 58 de la Constitución consagra el principio de que la propiedad es una función social que implica obligaciones. De ahí que la propiedad privada puede ser objeto de diversas formas de limitación, con sujeción al ordenamiento jurídico y a la justificación legítima en cada caso.*

Con esta regulación del derecho a la propiedad privada como una garantía relativa, sujeta a los cambios que sobre el uso del suelo y los planes de ordenamiento territorial expedidos por la Administración, el desequilibrio debe mitigarse con normatividad de orden público, para evitar la presencia de desafueros y despojos; aunque es claro que la propiedad es una función social que implica obligaciones, no menos cierto es que la relatividad de este derecho llegue hasta el punto de permitir a la Administración facultades omnímodas de expropiación, sobre todo en los casos en que se está frente a derechos adquiridos. El fallo analizado apunta:

Lo anterior no quiere decir que tales actos queden sujetos al arbitrio y capricho de los funcionarios o autoridades pertinentes, ni que sus beneficiarios estén privados de las garantías procesales y de la protección de los derechos patrimoniales que eventualmente resulten lesionados cuando deban ceder ante el interés común, sino que su vigencia o eficacia queda dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas propias de la materia de cada momento.

También es clara al respecto la Ley 388 de 1997, que sobre esta funcionalidad de la propiedad y el uso del suelo en general, dentro del derecho a la ciudad, pone de presente en su artículo 2º que *“El ordenamiento del territorio se fundamenta en los siguientes principios:”*

- “1. La función social y ecológica de la propiedad.”*
- “2. La prevalencia del interés general sobre el particular.”*
- “3. La distribución equitativa de las cargas y los beneficios”.*

De lo dicho se colige que deben existir normas que consagren los principios administrativos aplicables a cada caso; sin embargo, en caso de debate frente a la

disposición del uso del suelo por parte de la Administración, cabe en todo caso la vía judicial. De esta forma, el juez es el funcionario encargado de resolver esta suerte de conflicto de derechos; normalmente, se han inclinado por proteger los derechos de la Administración, siempre y cuando hayan existido procedimientos administrativos claros y reglados, con cumplimiento de todas las formalidades para ejercer el derecho de contradicción y no romper de esta forma los lineamientos del debido proceso, que debe ser la égida de todas las actuaciones administrativas.

En varios casos las sedes judiciales han echado mano del llamado por la doctrina y la jurisprudencia el llamado *principio de la confianza legítima*, según el cual, la Administración no puede sorprender al ciudadano que tenga un derecho adquirido o una expectativa fundada, con decisiones apresuradas y sin el rigor procesal del caso. Este principio se ha aplicado, por ejemplo, en los casos de invasión del espacio público por parte de los vendedores informales. Es de ver que, en muchos casos, la Administración actúa de manera permisiva y omisiva frente al fenómeno de ocupación del espacio público, muchas veces expidiendo licencias de funcionamiento. Esta desidia en la recuperación del espacio, y la expedición, en muchos casos, de las mentadas licencias de funcionamiento, generan una expectativa en las personas que se dedican a esta actividad para su sobrevivencia y la de su familia. En consecuencia, y aplicando el principio de la confianza legítima, mal podría el Estado decidir de plano, y sin haber tomado medidas para la reubicación de estas personas, la restitución inmediata del espacio público, muchas veces con la violación de las garantías del debido proceso, al iniciar procedimientos administrativos sin comunicar o notificar las actuaciones a las personas que lógicamente van a verse afectadas por esta medida, que es cierto tiende a la protección del derecho al espacio público, pero que de otra parte puede vulnerar de manera flagrante los derechos de otras personas, en este caso, los ciudadanos que se ven impelidos a subsistir mediante actividades de comercio informal en el espacio público.

La infraestructura de la ciudad puede entenderse, en sentido genérico, como la ordenación del territorio; en tal sentido, se hace indispensable definir con precisión la normatividad aplicable, los derechos de los propietarios, las facultades de la

administración, entre otros factores que motivan el crecimiento sostenido y estable. Siguiendo a García de Enterría (1981),

Para ello es preciso concretar el contenido del derecho de propiedad que corresponde a cada porción del suelo, así como conocer y determinar las necesidades y prioridades urbanísticas de cada población para establecer las determinaciones convenientes como, por ejemplo, las relativas a vías públicas, espacios libres y zonas verdes, centros y servicios de interés público. Ello hace imprescindible recurrir a otro tipo de instrumento cuyas peculiaridades lo hacen especialmente adecuado para llevar a cabo este tipo de regulación: el Plan.

Debe dejarse enteramente claro que la infraestructura de la ciudad va de la mano con una adecuada planeación. Como en otro acápite de este trabajo se ha advertido, las ciudades crecen, en su mayoría, al amparo de las circunstancias que se presentan, sin verdaderas políticas de planeación; la ciudad, en tanto organismo social y físico, requiere de ordenación respecto del uso del suelo, la distribución sectorizada de ciertas actividades económicas, entre otras medidas conducentes para hacer de la ciudad un sistema ordenado, que contribuya a la optimización de sus actividades económicas, políticas y sociales.

Es natural que estas medidas puedan llegar a chocar con derechos particulares de los asociados. Tómese el siguiente caso como ejemplo: un plan de ordenamiento territorial que ordene que a menos de cierta distancia de un establecimiento de salud no pueda ejercer el comercio un establecimiento que dedique su actividad al expendio de bebidas alcohólicas; se trata en este evento, de una actividad legal a todas luces. Pero por razones de infraestructura y ordenación del territorio de la ciudad, se proscribire su actividad en estas zonas. Si bien es claro que ello pone en conflicto el derecho del comerciante para el ejercicio de una actividad lícita, no menos cierto es que ello redundará en el bienestar general y el bien común, y uno de los más básicos principios constitucionales dicta que en caso de tensión entre el interés particular y el interés público, aquél debe ceder al interés general.

A lo largo de la tesis se han esbozado dos vertientes principales para entender la expansión de la ciudad y los intereses prevalentes en su crecimiento. De una parte,

una que da más importancia al uso del suelo, a la planeación y a la infraestructura urbana; de otra, una que desarrolla intereses más enfocados a la cultura, el conocimiento, las comunicaciones, como modo de alcanzar el conocimiento y la realización de los habitantes. Sin embargo, aparece que ninguna de estas dos esferas se desarrolla de manera insular, siendo que deben complementarse conformemente para la construcción de ciudad. El derecho, a su turno, intenta interactuar frente a las dos corrientes, intentando, de una parte, motivar y proteger los derechos de los ciudadanos regulando materias como el uso del suelo y la planeación urbanística, y de otra, regulando la educación y las comunicaciones, atendiendo a las necesidades de un mundo cada vez más globalizado y desarrollado tecnológicamente.

Sobre este asunto, ha dicho la doctrina, específicamente Martínez (2007):

La discusión actual en Colombia en materia de planeamiento urbanístico, muestra un panorama de debate entre una corriente que concibe el desarrollo de la ciudad basado en el comportamiento del suelo (ilegalidad de la urbanización, desequilibrios funcionales, cambios de uso), donde la actuación y gestión de la institución pública es fundamental para coordinar el planeamiento de la ciudad, y otra corriente que prioriza el aspecto cultural de los habitantes para construir ciudad diversa, plural y democrática, cuyo tejido cultural entrelaza, crea y recrea innumerables imaginaciones del mundo (reconocimiento de multiplicidad de proyectos ciudadanos, pluralidades culturales, solidaridades ciudadanas), y donde la actuación de las organizaciones de base y su participación en la planeación son el eje principal. Esta ciudad diversa rompe con el esquema desarrollista y trasciende las miradas conservacionistas para las cuales la ciudad se constituye en un artefacto de cemento y asfalto que consume recursos y evacúa desechos.

Tal vez la piedra de toque entre estas dos corrientes venga dada por las nociones de interés general y garantías fundamentales de los asociados; de esta forma pueden compatibilizarse estos dos intereses a veces contrapuestos: el desarrollo mecánico de la ciudad, frente a los intereses culturales y de conocimiento. Pero como se ha dicho, son ambos factores que no deben excluirse sino complementarse ordenadamente, puesto que son interdependientes. Martínez Rueda (2007) afirma:

Ambas expresiones de lo que debe ser el ordenamiento de la ciudad, intentan responder a los problemas de la ciudad contemporánea y son conscientes del fracaso de la planeación urbana mecánica y aunque priorizan de manera diferente el uso del suelo, reconocen que este mecanismo es un elemento del urbanismo que de no intervenir se podría generar problemas de segregación social; por ello, mientras la corriente de 'ciudad diversa' propugna por transformaciones en la sectorización del uso del suelo basado en la participación de los ciudadanos dentro de las decisiones públicas, la corriente de 'ciudad del suelo' asigna más importancia al concepto técnico, proveniente de la instancia planeadora de la Administración Pública.

Esta mencionada participación ciudadana en la toma de decisiones que afectan el destino de la ciudad, llevan nuevamente a los conceptos de interés público o general, puesto que la ciudad en sí misma considerada es

... un hecho colectivo que condiciona la vida de todos sus habitantes. La consecuencia jurídica es que no se puede confiar a los intereses particulares las decisiones sobre hechos colectivos. La ordenación urbanística surge, entonces, como una función pública; es el Estado el que debe determinarla, no puede estar librada a la conveniencia del propietario de realizar cualquier obra en su terreno.

El estudio de la normatividad en materia urbanística en nuestro país arroja que existen dos categorías principales: en primer término, una serie de normas generales que vinculan preceptos, y en segundo término, una serie de planes que desarrollan la normatividad de carácter general. Así, se tiene:

En nuestro país, podemos afirmar que el sistema normativo del Derecho Urbanístico está compuesto por dos niveles básicos: de una parte, encontramos una normativa general básica, compuesta por las leyes generales que dictan los preceptos y marcan las directrices que en dicha materia deben desarrollarse, y de la otra, aparece un conjunto de planes de distinto valor que desarrollan las reglas básicas de la normativa general y llevan a la determinación concreta de cada parte del territorio nacional.

Este conjunto de normas urbanísticas se encuentran enmarcadas por la Constitución Nacional; también se cuenta al efecto con la ley orgánica del plan de desarrollo, la ley de desarrollo territorial, las leyes sobre áreas metropolitanas, así como la Ley 388 de 1997 y la Ley 9ª de 1989 y los decretos que las reglamentan y las complementan.

3.5 Conflictos relacionados con la prestación de los servicios públicos. Una de las más patentes necesidades de las ciudades es la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos. La vida actual de la ciudad sería imposible si se suprimiesen los servicios públicos; imaginar, hoy, una ciudad sin alcantarillado, luz eléctrica, agua potable y gas natural, implica imaginar un caos superlativo en el desarrollo de las actividades diarias. Es por ello que la Carta Política, el legislador y las instancias judiciales han demarcado la connotada importancia de esta clase de servicios.

No obstante, de forma paulatina el Estado se ha desprendido de la prestación directa de estos servicios, autorizando a los particulares para el efecto; los conflictos en esta área por lo general surgen ante la clara posición de desigualdad del usuario del servicio frente a la empresa, que cuenta con amplias potestades de carácter administrativo. Ha sido tarea de los jueces, especialmente del juez de tutela, mitigar esta suerte de abuso de la posición dominante.

Los clásicos temas tratados por la jurisprudencia constitucional han sido la omisión del debido proceso por parte de las empresas prestadoras del servicio, la discusión sobre la potestad sancionadora de la empresa, entre otros, que intentan restaurar el equilibrio a favor del usuario, que adolece de claras desventajas desde la legislación y el contrato de condiciones uniformes del servicio. En Sentencia T-854 de 2006, con ponencia del Dr. Álvaro Tafur Galvis, la Corte consideró:

La Ley 142 de 1994 (...) estableció una serie de reglas conforme a las cuales las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden actuar como lo hacen los particulares, no obstante, así como en algunas materias formuló pautas de comportamiento para las empresas de servicios públicos propias de las relaciones entre particulares, respecto de otros asuntos, las dotó de ciertas facultades o privilegios de que gozan las autoridades públicas, tal es el caso de las potestades que les confiere la Ley con relación al contrato de servicios públicos, particularmente en relación con los actos de facturación, suspensión y corte del servicio, los cuales además se consideran actos administrativos, o el procedimiento para la imposición de sanciones en el cual se debe observar el debido proceso que rige para las actuaciones administrativas.

De manera posterior a la descripción de estas amplias potestades de las empresas prestadoras del servicio, considera la Corte en el mismo fallo que se comenta: *“En ese orden de ideas, esta Corporación ha entendido que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios actúan como verdaderas autoridades ante los usuarios de dichos servicios, lo cual las pone en una posición privilegiada frente a éstos, por cuanto pueden proferir decisiones que por su naturaleza particular no podrían hacer”*. Estas prerrogativas conllevan a que en muchas ocasiones se generen decisiones vinculantes para el usuario de manera unilateral, con la consecuente ruptura de la igualdad entre los sujetos de la relación contractual. Por supuesto que la ley designa ciertos mecanismos de control para los actos de esta empresa, y en todo caso, es posible para el usuario acudir a la jurisdicción contenciosa para debatir determinados asuntos relacionados con los actos de la empresa.

Pero es enteramente relevante el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional, mediante la figura del recurso de amparo, en aras de la protección de los derechos fundamentales de los asociados. Un verdadero derecho a la ciudad no se satisface con la mera existencia física de los servicios públicos; las variables de cobertura, eficiencia, eficacia, debido proceso y cobros justos hacen parte de la adecuada prestación de los servicios, en tanto configuran verdaderas relaciones contractuales entre los particulares y la empresa. Jurídica y socialmente, en muchos casos se asiste al evento de existencia de posiciones dominantes; el verdadero problema surge ante el abuso de esta posición prevalente, que genera ruptura de derechos fundamentales, frente a las cuales puede actuar el derecho jurisprudencial, en orden a vigilar y hacer cumplir la prestación de los servicios, que tan trascendental importancia tienen en el marco del derecho a la ciudad.

Uno de los más convenientes desarrollos jurisprudenciales en materia de servicios públicos viene dado por el conjunto de precedentes que impiden el cobro de sanciones de carácter pecuniario a las empresas prestadoras del servicio, habida cuenta de que, como lo considera la jurisprudencia, no existe norma al efecto, y las facultades dadas por la Administración no llegan hasta el punto de la imposición de

este tipo de sanciones. Al punto, en la Sentencia T-720 de 2005 se expresó por el alto Tribunal:

Como corolario de lo anterior las decisiones de las empresas de servicios públicos domiciliarios que imponen sanciones pecuniarias a los usuarios pueden constituirse en actuaciones susceptibles de ser impugnadas por medio de la acción de tutela en la medida que infrinjan el ordenamiento constitucional y adicionalmente vulneren los derechos fundamentales de los usuarios y comprometan principios y valores fundantes del Estado social de derecho colombiano.

Esta clase de regulación de las relaciones entre las empresas prestadoras del servicio y los ciudadanos usuarios del mismo, se inscribe en el llamado en este escrito Derecho a la ciudad, puesto que contribuye a armonizar las relaciones entre los actores del sistema urbano, velando por la eficiencia en la prestación, y de contera, y como elemento fundamental, protegiendo las garantías de los asociados. Como es evidente, la ciudad requiere complejas infraestructuras para la prestación de los servicios públicos, ante la clara función social que desempeñan, en el desarrollo social y económico, y ante la imposibilidad de desenvolvimiento de una ciudad moderna sin la presencia de estos servicios. La misma naturaleza humana los requiere; ante la imposibilidad de contar con luz solar todo el tiempo, el ser humano ideó la iluminación artificial en las ciudades con los servicios de alumbrado público; el desarrollo técnico, científico, y de un sinnúmero de actividades cotidianas tienen a aparatos que dependen de la energía eléctrica como protagonista; la dependencia del ser humano del agua para el consumo y para actividades domésticas e industriales no merece mayor entendimiento, por la prístina relevancia del precioso líquido; así, más ejemplos podrían continuar siendo enunciados. Pero baste relevar la inmensa dependencia frente a esta clase de servicios en cualquier ciudad del orbe.

Por esta relevancia, es manifiesto el interés del Derecho en su reglamentación, que se expresa mediante las normas constitucionales, la legislación, y en el caso de los jueces, la realización de la justicia material en casos concretos respecto de la prestación correcta de estos servicios, y dedicando sus esfuerzos a la manutención

de los derechos de los asociados a través de la figura de los precedentes constitucionales en variados casos que han llegado a su conocimiento.

Esta importante materia se encuentra regulada por el artículo 365 de la Carta, que impone:

Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Estas finalidades de la prestación de los servicios públicos que se relacionan con los fines del Estado son, en primer término, el logro del bien común y el alcance la prosperidad general; además, como ya se ha dicho en este trabajo, su relevancia aparece *prima facie* en una comunidad, y las ciudades no son la excepción. Por esta notabilidad de los servicios públicos en la sociedad, el Estado los asume como un verdadero deber estatal, para asegurar la vigencia de su efectiva prestación.

Otra de las normas sobre el particular es el artículo 367 de la Constitución, que a su turno resalta:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

Con esta norma constitucional se evidencia el interés del derecho en la regulación de esta materia; como se ha reiterado en varias oportunidades, el derecho asume la regulación de actividades relevantes socialmente; los servicios públicos son una de ellas, y de ahí el interés del Estado en su regulación. Sin embargo, es notable que la legislación tiende en muchos casos a permitir y cobijar el abuso de la posición dominante de las empresas prestadoras; es allí donde tiene mayor campo de acción el juez, en especial el juez constitucional, para que mediante sus fallos, fundados en gran número de casos en el sistema de precedentes, regule el equilibrio entre las partes, en búsqueda del derecho a la igualdad y los criterios de ponderación sobre derechos fundamentales.

Por las razones anotadas, puede decirse en consecuencia que la mayoría de conflictos de derechos surgidos de la relación entre las empresas prestadoras del servicio y los usuarios parte de la tensión entre las facultades administrativas de aquéllas y los derechos fundamentales de los asociados al debido proceso y los derechos a la eficiente prestación de los servicios. Estas tensiones se resuelven por regla general en los estrados judiciales, puesto que la legislación ha previsto variados aspectos en la legislación: contrato uniforme de prestación, tarifas, costos de reconexión, multas, entre otros. Los conflictos de derechos surgen entonces cuando las empresas pretenden abusar de su posición dominante en la sociedad, conculcando los derechos de los asociados, y ha sido tarea de los jueces la resolución de estos conflictos.

4. LOS CRITERIOS JUDICIALES EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS ENTRE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE COMPONEN EL DERECHO A LA CIUDAD

Se reitera que es de importancia capital determinar un concepto del derecho a la ciudad que incluya las garantías en el marco de la vida urbana, lo cual hace que los derechos tengan dinámicas reales (ciudad de derechos) a la reglamentación que presenta la ciudad (ciudad derecha). De la misma forma, se ha sostenido el valor del precedente constitucional en un Estado social de derecho, por las posibilidades que tiene de estar más conforme con la realidad social objeto de la ciencia jurídica, que escapa a las meras descripciones normativas. Entonces, el derecho jurisprudencial es una oportunidad para que el concepto de un derecho a la ciudad sea el de un sistema de una ciudad de derechos, pues ya está visto que la ciudad derecha, la que está reglamentada en la legislación en tanto normas técnicas no es garantía del disfrute de los derechos.

Pues bien, corresponde ahora interpretar y analizar la manera en que los mencionados precedentes jurisprudenciales pueden ser -y de hecho lo han sido-, aplicados a la ciudad, en el marco de las diversas garantías que la componen. En la ciudad bullen diversas problemáticas de toda índole, y el derecho es una de las primeras disciplinas llamadas a restablecer la confianza en las garantías de los asociados, y a regular la difícil realidad que le presenta la nueva cara de las ciudades, marcada por la globalización, las tecnologías de la comunicación, la contaminación ambiental, la superpoblación, factores todos ellos que ponen en juego la estabilidad y manutención de la ciudad como sistema.

Sin la existencia de reglas de juego que determinen el rol de los integrantes sociales de la ciudad, el sistema urbano está condenado al colapso, por la complejidad de las relaciones de poderes e intereses que se manejan al interior de la misma, complejidad que se expresa en derechos y garantías en conflicto. Constantemente, por no decir siempre, el derecho se encuentra avocado a conocer conflictos de derechos. Dado que muchos de ellos no pueden ser previstos al

momento de la promulgación de las leyes, queda entonces abierto el camino para que los jueces, con su actuación, busquen el equilibrio de las relaciones y la resolución de los conflictos sociales.

Por ello, de manera previa se ha establecido el derecho a la ciudad y la dogmática del precedente jurisprudencial; así, en los apartes a continuación, podrá observarse con claridad cómo mediante el precedente jurisprudencial se contribuye a la resolución de conflictos de intereses y derechos en el contexto de la ciudad. Naturalmente que el tratamiento que se les da en este escrito no es exhaustivo, ni en modo alguno pretende dar por superada la temática. Al efecto, se han tomado ciertos eventos 'tipo' de conflictos de derechos que encuentran expresión en la vida urbana, que involucran las ya viejas discusiones entre las esferas del interés público y el privado, los límites de la libertad de empresa cuando se afecta el medio ambiente, en fin, algunos de los temas más álgidos sobre derechos y garantías amoldados dentro de las cuestiones de la vida en la ciudad.

Las descripciones normativas que hace la Carta Política, además de ser generales y abstractas, describen principios. No obstante, en el ordenamiento jurídico no existe ningún principio absoluto; todos ellos tienen limitaciones, y el rol del juez no es siempre dar prevalencia a alguno de los principios que pueden entrar en conflicto, sino el hallazgo de la interpretación más armónica y conforme a derecho que pueda presentarse. En el marco del conjunto de garantías que enmarcan el derecho a la ciudad también se presentan numerosos conflictos, que deben ser resueltos en sede judicial. En este acápite pretende darse estudio a situaciones conflictivas y a la descripción de cómo los organismos judiciales han resuelto las controversias, en los eventos en que se presentan pugnas entre garantías constitucionales que tienen que ver directamente con el derecho a la ciudad.

Dado que uno de los principios del precedente jurisprudencial es solucionar de forma análoga casos similares, en aras de la justicia y la equidad para el evento concreto, aparece entonces que los criterios que son empleados en la solución de un conflicto, han sido empleados en casos semejantes posteriores al establecimiento de un precedente. Por ello, después de estudiar los conflictos

‘tipo’ de derechos en esta investigación, tratarán de postularse y establecerse los criterios de decisión establecidos por las cortes en la solución de estas tensiones.

4.1 El anclaje constitucional del derecho a la ciudad como determinador de los criterios para la resolución judicial de conflictos

El Derecho a la ciudad, compuesto por diversas garantías integradas y complementarias, debe encontrar fundamento constitucional, como todos los derechos, pues ello es condición de validez última, empleando los términos kelsenianos, pues cualquier situación de hecho con relevancia jurídica, norma o principio debe poseer asidero en una norma superior que le dé fundamento. Lo propio sucede con el Derecho a la ciudad. La Carta Política colombiana cuenta con numerosas disposiciones que dotan de contenido el Derecho a la ciudad; así, pueden encontrarse disposiciones sobre el valor del espacio público o los recursos naturales. Pero en este acápite se trata de develar los fundamentos últimos del derecho a la ciudad, con prescindencia de las normas constitucionales que dan contenido a las garantías que lo componen, como por ejemplo, la referida norma que protege el espacio público. El propósito es conocer el fondo que subyace a la resolución de conflictos puestos en conocimiento del poder judicial, los parámetros que iluminan los fallos, parámetros que indican una concepción del derecho a la ciudad, concepción que se ha construido en la misma actividad judicial, más aún ante la inexistencia de un concepto legal del derecho a la ciudad.

Se considera que las garantías básicas que dan peso y relevancia constitucional al Derecho a la ciudad son el derecho a la vida en condiciones dignas y justas y el principio del interés general. Cada uno de estos principios cuenta con profusos estudios en la dogmática jurídica, con asidero constitucional, y con preclaros pronunciamientos de los altos tribunales, especialmente de la Corte Constitucional, como es de esperar, por su misión de salvaguarda de los derechos fundamentales y la interpretación de la Carta, del modo que sostiene el artículo 241 de la Carta: *A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.* Estas garantías

deben apreciarse separadamente para elucidar sus matices distintivos y su relación con el Derecho a la ciudad.

Estos principios o anclajes de carácter constitucional son además los criterios que han empleado los jueces en la solución de los conflictos relacionados con las garantías que componen el derecho a la ciudad, y es por ello que tienen relevancia en este escrito; ya habiendo explicitado las propiedades generales de los conflictos de derechos y los criterios generales de ponderación, se advierte que el trasfondo de solución de conflictos se encuentra signado por la aplicación de principios constitucionales. Esto es apenas lógico, siendo que el sistema jurídico colombiano se encuentra signado por el empleo de los presupuestos del Estado social de derecho, que implica dar base constitucional a la actividad del Estado y a las decisiones de los jueces. Corresponde entonces examinar cuáles han sido los criterios para la solución de los conflictos de derechos.

Tampoco es ocioso anotar que estos criterios de solución de conflictos pueden ser aplicados no solamente a las tensiones de derechos que se acabaron de estudiar en acápites precedentes; puesto que estos aludidos criterios son principios constitucionales, pueden ser aplicados a otros eventos de conflictos de derechos que tengan como escenario la vida urbana.

4.1.1 El derecho a la vida en condiciones dignas y justas como criterio de solución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad.

La teoría del Derecho e incluso el sentido común, señala que el derecho a la vida es el derecho básico por excelencia, fundamento ontológico de los demás. Sin embargo, la evolución jurídica de este derecho ha estado marcada por constantes revisiones y aportes, para su plena protección, teniendo en cuenta su trascendental y fundamental rol en la dogmática de los derechos. Tradicionalmente, se había entendido el derecho a la vida en correspondencia con su sentido biológico, en su acepción más pura. No obstante, jurídicamente este derecho cuenta con un plus en su protección. Se considera, y con plena razón, que el derecho a la vida no es la simple existencia biológica; además de ello, se trata de un conjunto de

condiciones, en ligadura con otros derechos, que hacen pregonar que la mencionada existencia biológica se acompaña de ciertas circunstancias que la hacen digna y acorde con la condición de ser humano.

Constitucionalmente, esta garantía cuenta con numerosas disposiciones que se encargan de darle sustento y protección; desde el mismo Preámbulo de la Carta se da relieve a este derecho, en los siguientes términos: *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz...* De forma consecuente con la enunciación general de los principios del Preámbulo, se cuenta con el artículo 11 Superior, que estatuye: *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.* Esta norma se complementa de manera armónica con el subsecuente artículo 12, mediante la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Es innegable que la ciudad se constituye en un medio de desarrollo de la vida humana; de manera consecuente con este planteamiento, la ciudad debe revestir las condiciones que hagan que los ciudadanos tengan una vida en condiciones dignas y justas, no la simple seguridad del derecho a la vida como concepto biológico. La jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-270 de 2007. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Araújo Rentería) ha expresado de forma reiterada sobre el asunto:

El derecho a la vida humana como bien supremo de nuestra sociedad, se encuentra consagrado desde el Preámbulo mismo de la Constitución Política, cuyo deber de garantía se erige como valor superior de la organización política imperante en el Estado colombiano, en cuya salvaguarda deben concurrir tanto particulares como autoridades públicas; las últimas con mayor carga de responsabilidad que los primeros, tomando en cuenta el fin social para el cual han sido establecidas.

Después de definir a la vida como el bien supremo, la Corte hace hincapié en el especial espectro de protección que merece este derecho, como conjunto de condiciones que hacen digna la existencia. Continúa discurriendo la Corte:

Ahora bien, esta Corte ha sido insistente al decir que el derecho a la vida debe mirarse en sentido amplio, entendida la connotación de la existencia en condiciones dignas, es decir atendiendo el conjunto de circunstancias mínimas inherentes al individuo que le permitan vivir con dignidad –lo menos penosa posible- acorde con su naturaleza de ser humano, para lo cual deben tomarse en cuenta aspectos como la satisfacción de las necesidades básicas, la salud, la edad, la situación de discapacidad o de debilidad manifiesta en que se encuentre el individuo, o cualquiera otra que desde una concepción social del Estado, implique de éste una especial atención.

Esta caracterización del derecho a la vida en conjunto con la dignidad humana ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte de la Corte; en otra ocasión sostuvo el alto Tribunal:

En efecto, esta Corporación ha afirmado que el derecho a la vida no consiste en la simple existencia biológica, sino que implica, además, la posibilidad de que el individuo lleve una vida en condiciones dignas, lo más lejano posible al sufrimiento, de manera que pueda desempeñarse normalmente en sociedad (Sentencia T-274 de 2004. Magistrado Ponente, Dr. Jaime Araújo Rentería).

El empleo de este criterio del derecho a la vida en condiciones dignas y justas se hace palpable en la resolución de variados conflictos de derechos, en tanto principio rector del Estado. Es claro que garantías como el espacio público y el derecho al disfrute de un medio ambiente sano encuentran asidero último en el derecho a la vida en condiciones dignas y justas. Por lo dicho aparece la relevancia de esta garantía en el derecho a la ciudad, comoquiera que en ella tienen lugar las necesidades y expectativas de los asociados, que deben enmarcarse en un derecho a la vida, entendida no como el hecho de la existencia biológica.

Esta garantía de la vida en condiciones dignas y justas obedece a la naturaleza de principio abstracto, que se llena con las condiciones ofrecidas por la realidad social, y que deben evaluarse por el juzgador en el caso concreto como criterio de ponderación en la realización del derecho a la ciudad. En todos los campos del sistema urbano puede analizarse la existencia o no de condiciones que hacen digna y justa la existencia humana: la protección del espacio público, la inclusión política y económica, la seguridad ciudadana, entre otros factores, son escalas a partir de las que se posibilita efectuar mediciones sobre las condiciones de vida de

la población, que los jueces deben en todo caso hacer objeto de medida, en los fallos tocantes con la protección del derecho a la ciudad.

Autores como Jordi Borja (2003: 83) se duelen de las alarmantes condiciones de la vida urbana:

Las periferias continúan creciendo y la presión migratoria en muchos casos continuará si se mantienen los factores de expulsión de la población de las áreas rurales. Este crecimiento metropolitano conlleva no sólo el desarrollo incontrolado y depredador de importantes zonas de la región metropolitana que comprometen su futuro, sino que también ejerce una presión sobre la ciudad central en la medida que necesita o requiere sus servicios (ocupación de espacios públicos por la venta ambulante, utilización de equipamientos sociales y educativos, inseguridad urbana) para que esta población allegada pueda sobrevivir).

Los riesgos que afronta el derecho a la vida en condiciones dignas y justas impone, por parte de los jueces, el empleo de un juicioso celo en la salvaguarda de este derecho fundamental, que encuentra plena expresión y vigencia en la vida urbana.

4.1.2 La noción de interés general como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad.

El espacio público y la ciudad se aferran a la noción de interés general, concepto que a su vez hunde sus raíces en el régimen democrático, inclusivo y pluralista que pregona la Carta Política. Uno de los fines del Estado es el logro del interés general; en suma, toda la actuación del Estado debe estar orientada para alcanzar el bien común y el interés general. La noción de interés general contribuye a definir el ámbito de aplicación del derecho público, y a constituir una norma que la Administración tenga que respetar y todas las personas tengan que considerar prevalente, incluso sobre sus propios intereses para alcanzar el interés general.

El nacimiento del Estado se da en un preciso momento histórico de rechazo a la monarquía absoluta y al despotismo ilustrado; desde su misma génesis estuvo signado por el deseo de velar por la protección de los derechos, mediante el

establecimiento de un texto constitucional que permitiera exigir el cumplimiento de los derechos fundamentales de los asociados, época política marcada por el Estado de Derecho. Es sabido que los cometidos de la organización estatal se centraban, hacia finales del Siglo XVIII, en la defensa de la propiedad, la seguridad, el libre cambio, y por supuesto, los derechos fundamentales a la libertad, la vida, la igualdad, entre otros, catalogados con el mote de fundamentales. Hoy, su función sigue siendo (al menos desde la dogmática jurídica) la protección de los derechos ciudadanos y el cumplimiento de determinados cometidos sociales. En otras palabras, el Estado es una institución al servicio de los asociados.

El Estado no da cuerpo a los derechos humanos, dado que estos preexisten. En cuanto los derechos no se tratan de dádivas estatales, la misión de esta organización política es su protección. La misma Constitución Política no alberga duda sobre ello en tanto sostiene, en su artículo 2º, que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general...”*. Dentro de la égida del sistema democrático, la finalidad del Estado y la acción de las autoridades tienen como sino el bien común, noción que también debe aplicarse al tratamiento jurídico de la ciudad, en cuanto se trata de grupos sociales con necesidades y derechos colectivos que merecen especial protección.

En cualquier organización política existen multiplicidad de intereses; los Estados contemporáneos deben atender a un sinnúmero de necesidades de la población, con intereses muchas veces contrapuestos; mediante criterios de ponderación sobre interés general es que actúa la Administración Pública. Opina Martínez (2007: 48):

...esta valoración se concreta en una dialéctica entre intereses que realiza el órgano administrativo competente, dialéctica que consiste en lo siguiente: el órgano en cuestión ha de actuar para la consecución de un ‘interés primario’ (el interés general) que le viene en general dado por el ordenamiento, y en tal actuación ha de ponderar o comparar qué ‘intereses secundarios’ (públicos o privados) merecen ser tenidos en cuenta o merecen ser sacrificados para la consecución del ‘interés primario’. De modo que la potestad discrecional consiste en apreciar el interés público o general en

relación con otros intereses múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento.

De esta manera, se posibilita que la acción de la Administración alcance el interés general. *“En este sentido, es preciso que la actuación administrativa esté dirigida, al menos de manera genérica, hacia un fin de interés público, dicho de otra manera, es preciso que al menos la ley establezca unos módulos para valorar la existencia del interés público en un caso determinado”* (Martínez, 2007: 48) . Como puede deducirse del aparte transcrito, la noción de interés general aparece pregonada como principio, vacío de contenido; la verdadera determinación de lo que debe entenderse por interés general depende de los casos concretos de actuación de la Administración. Cualquier caso concreto donde deba ser aplicada la noción de interés general siempre implicará la ponderación de intereses y necesidades; de ahí que el principio político de interés general sea de enunciación abierta, puesto que depende de la realidad social a la que va a ser aplicado.

Sin embargo, la noción de interés público ha sido empleada en diversos sentidos, motivo por el que su definición es dificultosa; en ocasiones, se hace alusión a él como un principio.

La noción de interés público ha sido concebida por el ordenamiento jurídico, a veces como la expresión de un ‘principio político’ que justifica y da sentido a la existencia de una organización estatal; por eso, en el plano jurídico, no cumple con la función de dar solución concreta a casos singulares, sino de servir de fundamento e inspiración a la aplicación de otros criterios elaborados para ese fin; por ejemplo, cuando la Constitución Política señala que Colombia es un Estado social de derecho fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la prevalencia del ‘interés general’, está pretendiendo señalar los principios generales de la organización política, más no los criterios de resolución inmediata de conflictos. (Martínez, 2007: 50)

Pero en otros eventos, como las actuaciones administrativas, el interés general se enuncia a la manera de un concepto legal. Se ha dicho:

En otros casos, la expresión ‘interés público’, se utiliza como presupuesto de una actuación administrativa concreta, caso en el cual no opera como ‘principio’ sino como ‘concepto legal’. No se trata pues, de decidir lo que conviene al interés público según la intuición o experiencia personal de quien

aplica la norma; por el contrario, la aplicación de este concepto exige explicar en términos objetivos porqué se actúa así y no de otra manera, razonamiento que tiene por finalidad mostrar la coherencia entre cada decisión y el ordenamiento jurídico. (Martínez, 2007: 50)

Por su importancia, cabe recordar la presencia del interés general en el desenvolvimiento constitucional. Dice el artículo 1º Superior:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Este principio ha sido estudiado en diversos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional. Verbigracia, en Sentencia C-265 de 2002, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa se sustentó:

De otra parte, el concepto de espacio público también tiene importantes consecuencias respecto del régimen de propiedad privada que reconoce y garantiza el Ordenamiento Superior. Así, es posible que algunos elementos estructurales de inmuebles objeto de propiedad privada se integren naturalmente al espacio público urbano; en estos casos el dominio exclusivo que sobre un inmueble se le reconoce al propietario debe armonizarse con la protección del interés general...

Se puede entrever entonces que la aplicación del principio del interés general ha sido recurrente en la solución de conflictos de derechos que tienen término en la ciudad. La ya aludida dispersión y multiplicidad de intereses hace indispensable la existencia de un rasero que armonice los conflictos de derechos, y buena prueba de ello es la noción de interés general.

Esta visión del interés general cobija las condiciones del régimen democrático, la equidad social y la inclusión, como derivados de considerar este interés público como factor constitutivo del derecho a la ciudad, y en tanto utilísimo criterio en la resolución de conflictos. La Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad define este derecho como...*el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social.*

Todas las nociones aquí vinculadas como integrantes del derecho a la ciudad hacen mención indirecta del interés general. Por ello, el disfrute y usufructo de la ciudad se valora como equitativo, no tendiente a intereses particulares. Por su parte, la democracia, la equidad y la justicia social no tienen otra fuente que la necesidad de comprender el interés general como elemento esencial del derecho a la ciudad.

4.1.3 El mejoramiento de la calidad de vida como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad.

Si la tarea del Estado consiste en el logro del bien común y en la protección de los derechos de los asociados, es coherente con este pensamiento que esta actividad debe propiciar el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, máxime cuando ya se ha demostrado la presencia vinculante del derecho a la vida en condiciones dignas y justas en el marco del derecho a la ciudad.

Las ciudades actuales cuentan con un sinnúmero de necesidades que deben ser atendidas en el mayor rango de eficiencia posible, puesto que el Estado y la ciudad se encuentran al servicio de los asociados y no a la inversa. Por tanto, el criterio del mejoramiento de la calidad de vida puede ser usado como criterio en todos los conflictos de derechos que se pueden presentar dentro de la vida urbana. De esta forma, se tiene que la protección del ambiente, del derecho a una vivienda digna, del derecho al trabajo contribuye, en últimas, al mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

Esta garantía se enuncia de modo abierto, por su característica de principio; por ende, es necesario que se exprese mediante otras disposiciones o con ciertas actividades del Estado que redunden en este mejoramiento y optimización de las condiciones de vida de las personas. Sobre este aspecto ha considerado la Corte Constitucional (Sentencia C-636 de 2000. Magistrado Ponente, Dr. Antonio Barrera Carbonell):

Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado social de derecho la de asegurar como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad.

Con relación a la responsabilidad estatal en el cumplimiento de estos cometidos, puntualiza la sentencia comentada señalando:

De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado social de derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la prestación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualación de las condiciones materiales de existencia de las personas.

Estos planteamientos deben aplicarse, necesariamente, a la solución de los conflictos sobre el derecho a la ciudad, toda vez que la vida urbana se halla inmersa en diversas necesidades insatisfechas, que hasta ahora ponen de presente la imposibilidad e inoperancia del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales. El mejoramiento de la calidad de vida es un principio que encuentra expresión en diversos campos, todos ellos aplicables a la ciudad, como el cubrimiento en los servicios públicos y el derecho a la vivienda digna, por solamente consignar unos ejemplos.

Este criterio alusivo al mejoramiento de la calidad de vida es un principio abierto, que debe dotarse de contenido en el marco del derecho a la ciudad, e implica la inclusión de variados aspectos, en distintos órdenes jurídicos: así, existe mejoramiento de la calidad de vida cuando se brindan oportunidades reales de trabajo, cuando se crean espacios de deliberación y consenso, cuando se toman medidas para la protección del medio ambiente, cuando se garantiza la efectiva prestación de los servicios públicos; en suma, cuando se construye ciudad en el marco de los derechos constitucionales se propende por el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes. En consecuencia, se puede afirmar:

... el derecho a la ciudad no es otro derecho que el de construir y hacer ciudad, una ciudad digna que posibilita a través de sus espacios la distribución de recursos tanto materiales (oportunidades para la generación de ingresos, la atención en salud, en educación, en vivienda, etc.), como simbólicos (la participación, el intercambio comunicacional y el acceso a la información). (Velásquez, 2000: 7)

El mejoramiento de la calidad de vida no puede continuar siendo un llano enunciado plagado de demagogia y expresión de simples buenos propósitos; debe expresarse en la realidad a través de la acción en distintos frentes. Al decir de Fals Borda (2000: 11).

Las grandes políticas nacionales del ordenamiento territorial, basadas en bioespacios de límites revisables, buscan mejorar la gobernabilidad, la producción y la competitividad, al tiempo con la satisfacción de aceptables expectativas y niveles de vida para la población, devolviendo hacia abajo y desde las cúspides del poder dosis adecuadas de autonomía y descentralización administrativa.

4.1.4 La armonización de las garantías en tensión como criterio para la resolución judicial de conflictos en el derecho a la ciudad.

Se ha comentado a lo largo del trabajo que la solución judicial más adecuada a los conflictos de derechos es aquella que tiende, no a la exclusión de una de las garantías en debate, sino aquella que pregone la armonización de los derechos en conflicto, todo ello acorde con las disposiciones constitucionales. Se ha hablado de la existencia de principios como aquel del efecto útil de las normas, según el cual una disposición existe en el ordenamiento con la finalidad de surtir efectos en la realidad social, cuando se presente el supuesto de hecho que amerite su utilización. Siguiendo este principio, y el del carácter material de la Constitución, se tiene que los conflictos de derechos deben solucionarse ponderando los intereses en tensión, esto es, armonizándolos bajo los presupuestos del Estado constitucional.

Esta es entonces una de las más claras funciones del intérprete de la norma, y por ello es que tesis como la aplicación ciega del silogismo judicial han sido revaluadas. Si se diera aplicación prevalente al silogismo judicial, los conflictos de derechos se resolverían por la vía de dar prevalencia plena a una de las garantías

que entren en conflicto; así, por ejemplo, en el caso de la tensión entre la ocupación del espacio público por vendedores ambulantes, las decisiones judiciales se contentarían con ordenar la restitución del espacio público, pues verificada la ocupación indebida de este espacio (supuesto de hecho normativo), no quedaría otra salida que ordenar su llana restitución (conclusión del silogismo judicial).

Pero en el marco del Estado constitucional, esta interpretación silogística es sumamente restringida, y no valora la Carta Política como conjunto de garantías que deben coexistir. Es por esta razón que se postula la armonización de las disposiciones en conflicto como uno de los criterios que deben emplearse en sede judicial, en orden a la resolución de los conflictos de derechos, en este evento los que tienen lugar en el marco de la ciudad.

La visión de la ciudad como sistema en conflicto ha sido valorada por autores como Borja, que también consideran pertinente e indispensable la armonización de garantías como modo de ordenación de la ciudad. Dice este autor, por ejemplo, que *“La proliferación en la ciudad de actividades informales como los ambulantes, con efectos depredadores sobre los espacios públicos y los servicios urbanos, y que a menudo entran en conflicto con los habitantes residentes o activos (comerciantes especialmente) formales”* (Borja, 2003: 84). Fenómenos como el descrito requieren de la plena atención de los jueces, primeros llamados a la resolución de los conflictos sociales, máxime si se afecta de manera preocupante la coexistencia de derechos en la ciudad.

De otro lado, la armonización de garantías por parte de los jueces, implica necesariamente la valoración del derecho a la ciudad como una totalidad, que significa la construcción del derecho a la ciudad desde los demás derechos individuales y colectivos, en relación de interdependencia. La armonización es también inclusión, y es por esta razón que no se postula un derecho a la ciudad divorciado de las demás garantías fundamentales y colectivas. Los instrumentos existentes así lo ratifican; la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad afirma en su artículo 1º, numeral 2º que *Es un derecho colectivo de los habitantes de las*

ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado.

El mismo artículo se encarga de establecer la conexión del derecho a la ciudad con las demás garantías, en los siguientes términos:

El derecho a la ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Por tanto, el derecho a la ciudad, ya mencionado como supraderecho integra las garantías individuales y colectivas de la vida humana, requiere un reconocimiento ideal, aunque no necesariamente en la legislación. El reconocimiento que requiere es en la comprensión del mismo de parte de las autoridades de gobierno, de parte de los habitantes, en cada una de las personas que viven y en dicha medida construyen ciudad, concepción que se refleja también en los operadores judiciales al momento de resolver las tensiones que surjan entre los derechos que conforman el derecho a la ciudad.

CONCLUSIONES

Se hace indispensable redimensionar las relaciones sociales y políticas en el medio urbano; las graves problemáticas que aquejan a la ciudad deben ser solucionadas mediante el concurso de las ciencias sociales, cada una de ellas aportando y construyendo la ciudad desde sus objetos particulares de estudio. Todas las problemáticas sociales deben ser miradas a la luz de una ciudad incluyente, de una ciudad de derechos, que reconozca las garantías consagradas en el Estado social de derecho, y en esa medida los conflictos de derechos han de ser resueltos considerando la vida en condiciones dignas y justas, con una noción de prevalencia del interés general y de mejoramiento de la calidad de vida y armonizando las distintas garantías que integran el derecho a la ciudad.

Se evidencia que las garantías integradas en el derecho a la ciudad (supraderecho), en muchos casos son, a lo menos, desconocidas, pues de lo contrario los habitantes no pondrían en conocimiento del aparato jurisdiccional los conflictos que se presentan en el ejercicio cotidiano de sus derechos, entonces la sola existencia de sentencias implica la existencia de conflictos, de posibles vulneraciones de derechos, que surgen posiblemente ante la no incorporación de un concepto incluyente de ciudad.

Por otra parte, vale la pena recalcar que la sola existencia de una vasta legislación técnica, arquitectónica sobre las dimensiones de la ciudad o los trámites para las edificaciones, característica que nos muestra una ciudad reglada o derecha, no es reflejo de un concepto de ciudad que reconozca y que dimensione los derechos de las personas, sus oportunidades y que la considere un sistema de relaciones, de intereses y de poderes, lo cual la configura como una ciudad de derechos.

La puesta en marcha del aparato jurisdiccional y los avances doctrinales y jurisprudenciales ha mostrado que en cuanto a los conflictos presentados en la ciudad, nuestros operadores judiciales, las altas Cortes han incorporado un concepto de ciudad como sistema comprensivo de garantías y derechos

fundamentales reconocidos en la Constitución Política, de modo que aplican un subyacente concepto de ciudad de derechos, superando el formalismo de la ley que impediría aplicar criterios como los desentrañados: condiciones de vida digna y justa, armonización de derechos, mejoramiento de la calidad de vida y prevalencia del interés general. Así, esta investigación se erige como un aporte a la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, pues se desentrañan a partir de casos concretos los criterios y el concepto que aplican los jueces colombianos en la resolución de conflictos relacionados con los derechos en la ciudad, especialmente los relacionados con el espacio público.

Ha quedado definida la ausencia de un derecho positivo a la ciudad; nuestro ordenamiento jurídico cuenta con garantías independientes, muchas veces divorciadas de la realidad social y sin una visión de integralidad. Si, como ha quedado demostrado, la ciudad se encuentra inscrita como sistema social, se hace necesario de la misma forma, sistematizar las garantías que comprenden el derecho a la ciudad, para de esta forma lograr una visión de conjunto en el análisis jurídico de los problemas que aquejan a las ciudades actuales. Pero la ausencia de consagración positiva de un derecho a la ciudad no obsta para que de forma doctrinaria y jurisprudencial se avoque y aplique la construcción de este derecho, habida cuenta de la difícil época que atraviesa la vida urbana, que requiere de herramientas efectivas para propender por la convivencia pacífica y la vigencia de las garantías de los asociados en el contexto de la vida en la ciudad.

Desde la óptica de la ciencia jurídica, son variados los aportes que pueden realizarse en pro del mejoramiento de la vida en la ciudad; una de estas esferas se encuentra dada por la aplicación del precedente jurisprudencial en materia del derecho a la ciudad. La aplicación de este llamado derecho de los jueces implica la reforma a numerosos aspectos de la cultura jurídica, no solamente colombiana sino latinoamericana. Junto a la ya descrita reformulación de la veneración de la ley, pierde primacía la aplicación del silogismo judicial en la aplicación de la ley, y comienzan a adquirir peso los principios, pues la evolución del ordenamiento jurídico demostró que no se podía hablar solamente de normas o reglas de derecho. Como dice Bernal (2005: 95) *“Una de las ideas más importantes de la*

teoría del derecho contemporáneo, tanto en el mundo anglosajón como en el derecho continental, es que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de normas jurídicas, sino también por principios”.

Los principios constitucionales han gozado de primacía en la nueva concepción de las garantías del ser humano. Pero su carácter abierto le concede características bifrontes: de una parte, su enunciación abierta les permite adaptarse a las situaciones de la realidad concreta, y sirve para que su interpretación sea extensiva y no restrictiva; pero de otra parte, su enunciación general hace que surjan conflictos en el seno de las mismas garantías. Por esta razón el derecho jurisprudencial debe hallar criterios que tiendan a la solución adecuada y justa de los conflictos de derechos.

La presencia vinculante del precedente jurisprudencial se afianza en las crecientes necesidades de igualdad, estabilidad equidad y justicia material. En la actualidad, demuestra ser una postura coherente con la ordenación a la manera de Estado social y democrático de derecho. Pero la ciencia jurídica, en cuando disciplina eminentemente social, se encuentra sujeta a las variaciones que le dispensa el cambio social. Se hace entonces menester armonizar el carácter vinculante del precedente con la mutabilidad de los ordenamientos, so pena de incurrir en el estancamiento que puede producir la aplicación cerrada del derecho de los jueces, por la atadura incondicional que generaría el uso de las razones de la decisión en casos anteriores.

Esta aplicación hasta las últimas consecuencias del precedente jurisprudencial debe ser morigerada por variados criterios, entre los que se destacan la observancia por parte del juez de las nuevas circunstancias impuestas por la realidad social, así como los eventos diferenciales de cada caso concreto respecto de los que han sido decididos de manera similar, y la misma variación del precedente cuando se demuestre la existencia de errores interpretativos o tal variación de circunstancias que hagan injusta su aplicación. Por ello puede sostenerse con Bernal (2005: 204):

Una tesis que impidiera cualquier posibilidad de evolución y cambio de la jurisprudencia estaría llamada sin vacilación al más estrepitoso de los fracasos. Es por ello que aún los adalides de las tesis más radicales en cuanto a la fuerza vinculante, admiten la posibilidad de inaplicar un precedente anterior en un determinado caso nuevo, cuando las propiedades de éste son distintas (distinguish), o incluso admiten la posibilidad de cambiar los precedentes (overruling).

Los conflictos de derechos no pueden ser erradicados de la ciencia jurídica; incluso, es el conflicto la característica que vivifica la aplicación constante del derecho en sociedad. Siendo imposible la anulación del conflicto, que se encuentra presente desde la misma naturaleza de las relaciones entre las personas, el Derecho debe buscar, en consecuencia, los mecanismos eficientes y tendientes a la mejor solución de los conflictos, siendo la misma aquella que respete las garantías fundamentales, y tratándose del derecho a la ciudad, el conjunto de soluciones que hagan reales los derechos a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y justas, la necesidad social del bien común y del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

Pero, en todo caso, el Derecho no puede ser visto como el *alpha* y el *omega* de la solución de las problemáticas sociales de la ciudad. Tal cosa es impensable; precisamente la postura de dejar de lado la veneración de las leyes y de los instrumentos jurídicos, permite el concurso de otras ciencias y disciplinas para el mejoramiento de la vida urbana, sin que ello quiera significar que deban despreciarse los mecanismos y contenidos de orden jurídico en el estudio de la ciudad.

Los seres humanos enfrentan, en la actualidad, una época de revoluciones científicas, económicas, culturales y jurídicas; complejidad es tal vez el término que mayor capacidad tiene de definir el mundo contemporáneo. Ante esta inquietante circunstancia, se hace necesario hacer uso de las herramientas que contribuyan en la reducción de la complejidad con la finalidad de hacer más manejable y comprensible el sistema.

Los conflictos de derechos son una forma de manifestación de la complejidad, que deben ser manejados y resueltos para evitar la desintegración de las relaciones sociales. En este campo el derecho presta una innegable colaboración, todo ello con el fin de optimizar las relaciones sociales. Pero, en últimas, es claro que el problema no puede reducirse a una mera concepción jurídica. Por ello se reitera que el derecho no puede ser, ni será, la única herramienta humana en la solución de conflictos; estas tensiones se encuentran a la orden del día en las relaciones sociales, y fenómenos como la vulneración de garantías, la ineficiencia del Estado en muchas de sus obligaciones y el desarraigo social y cultural ponen de presente que tal vez el problema no es de las leyes, sino de los hombres.

La resolución adecuada de los conflictos de derechos fomenta la construcción del derecho a la ciudad; en una necesaria vuelta al Humanismo, la ciudad debe perder su exclusivo remoque de suma inacabable de edificios, calles y muchedumbres, para estudiarla como pivote de las relaciones humanas y de los derechos ciudadanos. En síntesis, la ciudad como un lugar de disfrute de los derechos, característica que, en últimas, puede definir, al menos gran parte del derecho a la ciudad. El ya citado Velásquez expone el siguiente pensamiento, evaluando a la ciudad como marco de derechos: *En tal sentido, es un espacio en el que se conjuga la posibilidad dinámica no sólo de habitarla sino de disfrutarla, de incidir en su desarrollo a través de la participación activa en los escenarios de deliberación y de decisión política.*

Esta visión humanista de la ciudad, este realce de los aspectos culturales y de derechos de lo urbano, llevan a concluir que la ciudad debe constituirse en tablado de realización de la persona humana; así lo explica una postura de ciudad de derechos: *Si la ciudad es un espacio de realización humana, de acuerdo con lo anterior, la ciudad es también el espacio de ejercicio de los derechos y los deberes según la dimensión política que se quiera relevar.* Y, de modo correlativo, la existencia de estos derechos debe enlazarse con el cumplimiento de los deberes ciudadanos; así, de esta amalgama de deberes y derechos expresados en el sistema urbano, aparece la ciudadanía y la ciudad de derechos.

Esta necesidad de construcción de ciudad requiere de planificación y ordenación, según parámetros fijados de antemano; el desenfrenado crecimiento y las difíciles condiciones de vida de los pobladores urbanos, hace menester una política de *Proyecto de ciudad*, parafraseando a Borja (2003, 101), para quien:

Las ciudades, por medio de sus instituciones democráticas, de las diversas expresiones sociales y culturales y de los medios de comunicación social deben dotarse de un 'Proyecto de ciudad' que represente un salto hacia adelante para sus habitantes y actividades, que movilice iniciativas e ilusiones y permita poner en marcha programas y proyectos innovadores: un 'Proyecto de ciudad' que permita establecer lineamientos y marcos de acción para la gestión y el control de las transformaciones urbanas.

En la construcción de este anhelado proyecto están llamados todos los integrantes sociales, desde el ciudadano común hasta las más altas autoridades estatales, pues de la suma de necesidades comunes y de los requerimientos del desarrollo sostenido surge la construcción del proyecto de ciudad afincada en las garantías de los asociados.

Son aún demasiados los requerimientos que deben atender no solamente el derecho sino todas las ciencias y disciplinas en pro del mejoramiento de la ciudad. Son todavía insondables todas las problemáticas de la ciudad y de su establecimiento como un verdadero derecho. Pero como ya se ha dicho, la ciudad se reconstruye cada día. Fals Borda (2000, 17) deja abierta aún la discusión:

Todavía hay represamientos y peligros en este proceso, sin embargo existe cierta convicción de que la función principal de las nuevas Repúblicas podrá ser la de vigilar y canalizar la expansión del capitalismo global con sus excesos e injusticias, contaminaciones químicas y guerras regionales, para volverlo a causas sociales y metas humanistas a nivel local.

Retomando la vuelta al Humanismo, para Fals Borda (2000, 17) el eje de acción debe ser el pueblo, y por ello afirma: "*El pueblo, con sus diversas capas sociales afectadas por el capitalismo, asume hoy el papel de objetivo y de actor principal*".

En este nuevo desenvolvimiento de la ciudad debe desempeñar papel fundamental el Estado; en el campo del derecho a la ciudad, se hace necesaria una suerte de

intervencionismo de Estado en ramas estratégicas como la redistribución de la riqueza y el goce de las garantías conexas con el derecho a la ciudad. La corriente actual es el desprendimiento de funciones públicas a favor de los particulares (verbigracia, la prestación de los servicios públicos domiciliarios y otros renglones de la economía de mercado). Pero en materia de urbanismo, el Estado debe conservar competencias, resolviendo un verdadero urbanismo como competencia pública. Esta problemática es prevista por Janoschka (2002: 15) de esta forma: *“En esta producción de barreras también entra en juego la provisión de bienes públicos y el abandono de la función de planificación urbana que originalmente realizaba el Estado. Este fenómeno está relacionado con la menor capacidad de gestión y control urbano por parte del Estado...”*.

Las necesidades de los habitantes de la ciudad están formuladas; también la problemática de lo urbano. Pero esta no es la tarea más ardua; la dificultad estriba en la acción sobre la problemática. La especie humana, desde sus inicios en el planeta, se ha enorgullecido de dominar la naturaleza, se ha ensalzado a sí mismo como un guerrero que lucha contra los obstáculos que se le presentan. Sea entonces la ciudad el escenario que le permita pervivir y evolucionar, enfrentando con entereza los retos que le impone la ciudad contemporánea. Al caso, tan atinados son los términos de Neruda, que no se puede menos que citarlos nuevamente y dejar que sea el Poeta quien anuncie las palabras finales de esta investigación: *Sólo con una ardiente paciencia conquistaremos la espléndida ciudad que dará luz, justicia y dignidad a todos los hombres. Así la poesía no habrá cantado en vano.*

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, Carlos (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Borja, Jordi (2003). “*Ciudad y planificación*”, en Balbo Marcello (comp.). *La ciudad inclusiva*. Serie Cuadernos de la Cepal. Cepal, Santiago de Chile.

Buenahora Febres-Cordero, Jaime (1997). *La democracia en Colombia: un proyecto en construcción*. Segunda edición. Tercer Mundo, Bogotá.

Castells, Manuel (1975). *Problemas de investigación en sociología urbana*. Quinta edición. Siglo XXI Argentina, Buenos Aires.

Díaz Arenas, Pedro Agustín (1993). *La Constitución Política colombiana (1991). Proceso, estructuras y contexto*. Temis, Bogotá.

Dueñas Ruiz, Oscar Josué (2005). *Hermenéutica Jurídica*. Centro editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

Fals Borda, Orlando (2000). *Acción y espacio. Autonomías en la nueva República*. TM, Bogotá.

García de Enterría, E., y Parejo, Alfonso (1981). *Lecciones de derecho urbanístico*. Civitas, Madrid.

Guidicini, Paolo (1971). “*La sociología urbana*”, en Francesco Alberoni (comp.). *Cuestiones de sociología*. Herder, Barcelona.

Habermas, Jürgen (1987). *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*. Tecnos, Madrid.

Habermas, Jürgen (1991). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo II. Crítica de la razón funcionalista*. Segunda edición. Taurus, Madrid.

Hurtado Barrera, Jacqueline. (2000). *Metodología de la investigación holística*. Instituto Universitario e Tecnología Caripito. Caracas.

Janoschka, Michael (2002). “El nuevo modelo de la ciudad latinoamericana: fragmentación y privatización”, en Revista Eure, No. 85, Vol. XXVIII, Santiago de Chile.

Kelsen, Hans (1968). *Teoría pura del derecho*. Sexta edición. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires.

Lefebvre, Henri (1975). *El derecho a la ciudad*. Tercera edición. Península, Barcelona.

López Medina, Diego Eduardo (2000). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Legis, Bogotá.

Martínez Rueda, Elsa Beatriz (2007). *La planeación urbanística. Manifestación del ejercicio de una potestad administrativa discrecional*. División Editorial y de Publicaciones UIS, Bucaramanga.

Monroy Cabra, Marco Gerardo (2005). *La interpretación constitucional*. Segunda edición. Librería Ediciones del Profesional, Bogotá.

Ortiz, Renato (2004). *Mundialización y cultura*. Convenio Andrés Bello, Bogotá.

Pinilla Pineda, Juan Felipe. *Jurisprudencia Colombiana Derecho Urbanístico 1991 – 2004*. Universidad de los Andes – Lincoln Institute – Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial – Fedevivienda. Bogotá.

Prieto Sanchís, Luis (1991). “*Notas sobre la interpretación constitucional*”, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, No. 9, Barcelona.

Recaséns Siches, Luis (1986). *Tratado general de sociología*. Porrúa, México.

Roca Cladera, Josep (2003). “*La delimitación de la ciudad: ¿Una cuestión imposible?*”, en Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, No. 135, Vol. XXXV.

Santofmío Gamboa. Jaime Orlando (2004). “*Derecho urbanístico. Legislación y jurisprudencia*”, Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Shapiro L., Harry (1993). *Hombre, cultura y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo (2000). *Bienes*. Octava edición. Temis, Bogotá.

Von Ihering, Rudolph. “*La lucha por el derecho*”, en Colección Monografías Jurídicas, No. 72. Temis, Bogotá.

www.onuhabitat.org. Carta mundial por el derecho a la ciudad