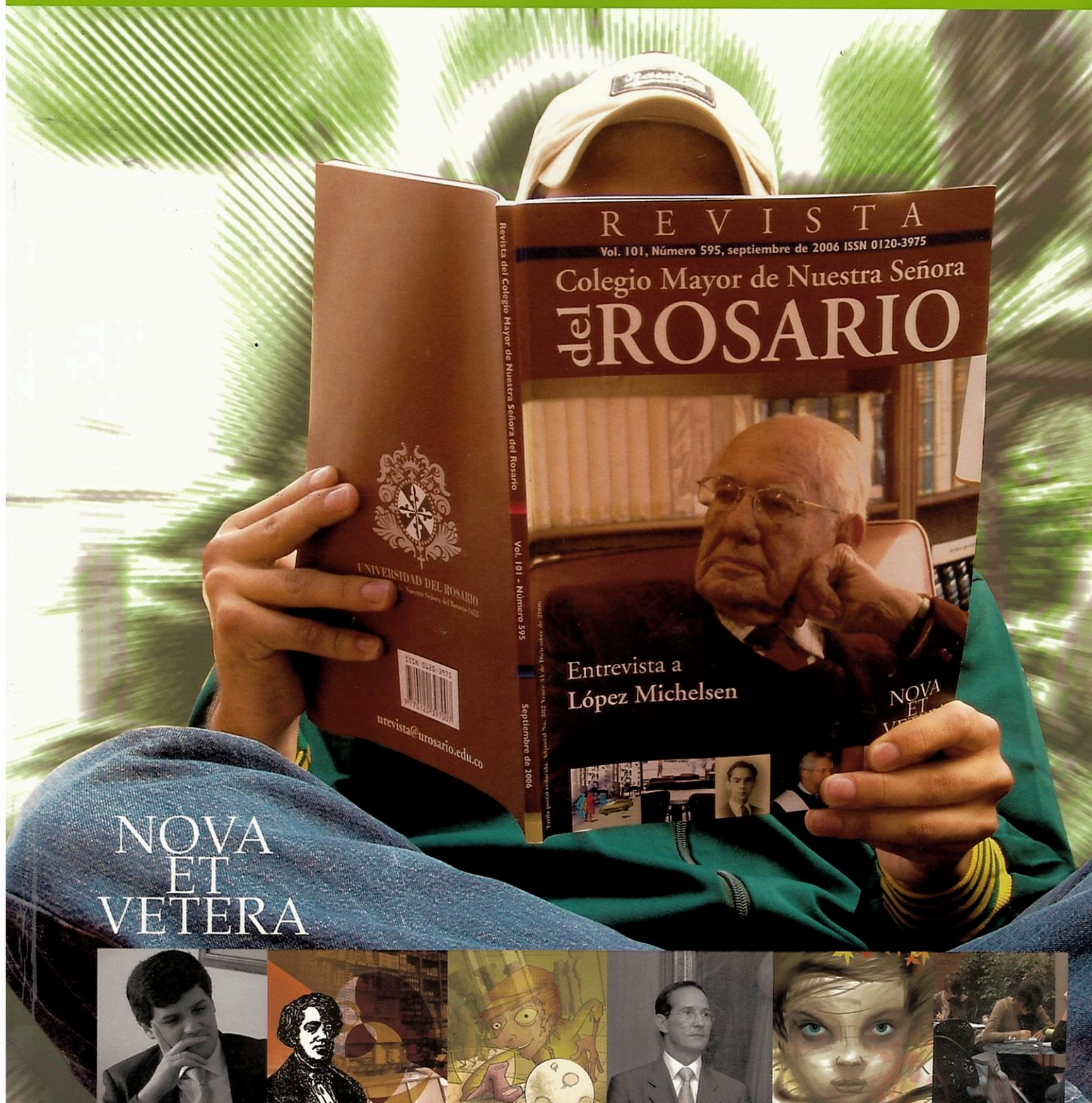


REVISTA

Vol. 102, Número 596, septiembre de 2007 ISSN 0120-3975

Colegio Mayor de Nuestra Señora

del ROSARIO



NOVA
ET
VETERA

Espacio público

Competencia de los alcaldes en la protección de un derecho colectivo que involucra a la propiedad privada*

Gleison Pineda Castro**

El derecho al espacio público, del que todos escuchamos hablar, aún no ha sido claramente comprendido por la mayoría de los colombianos. Incluso, para muchos juristas resulta extraño, sobre todo cuando tal concepto puede

* El presente artículo hace parte de la investigación que se realiza para la publicación de un libro que el autor está preparando. Dicha obra se ocupa de las competencias de los alcaldes en materia de protección de derechos colectivos al adecuado desarrollo urbanístico de la ciudad y al espacio público.

** Consejero de justicia de Bogotá. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, con especializaciones en derecho constitucional y en derecho público de la misma institución. Recientemente culminó el plan de estudios de la maestría en derecho administrativo de la Universidad del Rosario.

involucrar situaciones como las órdenes de restitución de espacio público conformado por propiedad privada. La falta de claridad en la materia puede poner en riesgo su adecuada protección, o conducir a actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas a quienes compete su protección. Así, se hace necesario un ejercicio de investigación, que permita desde la academia contribuir al fortalecimiento de los conceptos jurídicos que todavía se encuentran en proceso de consolidación.

A partir de la nueva Constitución Colombiana, el derecho al espacio público se integra a nuestro ordenamiento jurídico como parte de los derechos humanos

de carácter colectivo (o de tercera generación). Para su protección los ciudadanos podemos acudir a los jueces, por medio del ejercicio de la acción popular o, ante los alcaldes, a través del ejercicio del derecho de petición.

En este artículo se pretende, en primer lugar, realizar un acercamiento al concepto de derecho al espacio público. Posteriormente se abordará el tema de las competencias que sobre la protección de tales bienes jurídicos corresponde a los alcaldes.¹ Dentro de este aspecto se hará referencia a algunas particularidades relacionadas con el citado ejercicio de la función policiva, a efectos de alcanzar mayor precisión respecto de su alcance.

I. Constitucionalización y conceptualización del derecho al espacio público

El artículo 1 de la Constitución consagra que Colombia es un Estado social de derecho, regido por principios democráticos, de participación y pluralismo y, que se funda en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general. En atención a tales principios, el Estado tiene la competencia de intervenir en la explotación de los recursos naturales, en la asignación de usos del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios, públicos y privados. Esto, para racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

En ese marco dispone la Constitución: “Es deber del 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” (art. 82). De esta manera, se eleva a rango constitucional el derecho al espacio público, el cual no era contemplado en la Carta Política de 1886, encontrándose limitado a las disposiciones que sobre los bienes de uso público

contiene el Código Civil, que catalogaba como tales a los bienes públicos que estaban destinados para ser usados por todos los habitantes (calles, plazas, puentes y caminos).

La definición legal del concepto de espacio público, de suma importancia para su comprensión, se encuentra contenida en el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, el cual dispuso que éste estaba conformado por “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 necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”.²

Lo anterior constituye un gran avance normativo en la protección de este derecho colectivo, el cual tiene una alta importancia y un impacto significativo en el país, toda vez que el espacio público estaría integrado tanto por los tradicionales bienes de uso público, como por los bienes privados con *afectación urbanística a espacio público* (recordemos que la propiedad puede ser privada o pública y esta última puede dividirse a la vez en bienes fiscales y bienes de uso público). El concepto de *afectación urbanística a espacio público*, cuya adopción se encuentra pertinente para claridad del tema, debe ser entendido en los términos que a continuación se precisan.

El Diccionario de la Real Academia Española describe el concepto de “afectar” (en derecho) como la acción de “imponer gravamen u obligación sobre algo” o, la acción de “destinar algo a un uso o servicio público”. Hablar entonces de “afectación urbanística a espacio público” es referirse a las reglamentaciones, acciones y actuaciones urbanísticas (urbanización, construcción, etc.) de los municipios y distritos *que imponen a un predio la obligación de ser destinado a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los intereses individuales de la propiedad privada*.³

Nótese que la norma constitucional otorga a la propiedad privada o pública, la naturaleza de derecho colectivo al espacio público, en razón a su “destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”. Ahora, tratándose de propiedad pública, el Código Civil otorga tal naturaleza a aquellos bienes cuyo “uso pertenece a todos los habitantes”. De igual forma, en atención a la Ley 9 de 1989 los bienes privados o públicos se integran al espacio público cuando se requiera que los mismos sean “destinados (...) a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”.⁴

En ejercicio de las competencias constitucionales y legales para la “afectación urbanística

Documentos

a espacio público”, los entes territoriales municipales, a través de los planes de ordenamiento territorial (en adelante POT) pueden, por ejemplo, establecer que cierto predio o sector de la ciudad debe hacer parte de las *zonas de protección*, o que debe prever zona de *antepatio*, o *aislamientos laterales*, etc. Veamos cada uno de estos ejemplos.

Hacen parte de los suelos protegidos aquellas áreas del territorio que el POT determine que tienen restringida la posibilidad de urbanizarse o destinarse a ciertos usos, como el agrícola o pecuario. Estas áreas de terreno pueden estar localizadas dentro del suelo urbano, rural o de expansión urbana. Así, son susceptibles de establecerse como suelos de protección, los terrenos que requieren la preservación de sus características geográficas, paisajísticas o ambientales; los que se requieran para la ubicación de infraestructuras para la provisión de servicios públicos domiciliarios; o las áreas de amenazas y riesgo no mitigable.

Un ejemplo, que permite comprender mejor el nuevo concepto de espacio público y el concepto de suelo protegido, tiene que ver con la naturaleza jurídica de las rondas hidráulicas y las zonas de manejo y preservación ambiental.

En relación con la naturaleza jurídica de los cuerpos de agua el Código Civil señala en su artículo

677: “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son *bienes de la Unión*, de uso público en los respectivos territorios”. En la misma dirección, el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente -CNRN-, en su artículo 83 señala la naturaleza jurídica de las rondas de tales cuerpos de agua, al disponer que “Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado (...) d) Una faja paralela a línea de mareas máximas o la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho”.

Las normas urbanísticas de Bogotá han desarrollado mecanismos para la protección de este tipo de bienes. Así, el POT del Distrito Capital⁵ señala lo siguiente:

Artículo 78. Definiciones aplicadas a la Estructura Ecológica Principal (...)

3. *Ronda hidráulica*: zona de protección ambiental e hidráulica no edificable de uso público, constituida por una franja paralela o alrededor de los cuerpos de agua, medida a partir de la línea de mareas máximas (máxima inundación), de hasta 30 metros de ancho destinada principalmente al manejo hidráulico y la restauración ecológica. 4. *Zona de manejo y preservación ambiental*: Es la franja de terreno de *propiedad pública o privada* contigua a la ronda hidráulica, destinada

principalmente a propiciar la adecuada transición de la ciudad construida a la estructura ecológica, la restauración ecológica y la construcción de la infraestructura para el uso público ligado a la defensa y control del sistema hídrico.

De conformidad con lo anterior, (i) los cuerpos de agua, (ii) las rondas hidráulicas y (iii) las zonas de manejo y preservación ambiental, constituyen suelo protegido que hace parte integrante del espacio público. Las dos primeras como *bienes de uso público* y la tercera (en el evento de no tratarse de propiedad pública) como bien privado *con afectación urbanística a espacio público*.

Igual circunstancia ocurre con las zonas declaradas reservas naturales o forestales (como los cerros orientales de Bogotá). Al respecto el artículo 206 del CNRN, dispone: “Se denomina área de reserva forestal la *zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras-protectoras*”.

Así, los cerros orientales de Bogotá,⁶ de conformidad con la Ley 9 de 1989 y el Decreto 1504 de 1998, dada su destinación para la conservación y preservación del sistema orográfico o de montañas, constituyen un elemento natural del espacio público. En el evento

de estar conformado por suelos de propiedad pública, harían parte de los bienes de uso público y, en el evento de ser suelo de propiedad privada, harían parte de los bienes privados con afectación urbanística a espacio público.

Respecto de la reserva forestal de los cerros orientales de Bogotá, la norma aplicable en término de usos es la Resolución No. 0463 del 14 de abril de 2005⁷ por medio de la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial redelimita la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá, adopta su zonificación y reglamentación de usos y establece las determinantes para su ordenamiento y manejo.

Esta resolución divide el área en 4 zonas, de las cuales la primera se denomina zona de conservación, que estará “destinada al mantenimiento permanente de la vegetación nativa de los Cerros Orientales en sus diferentes estados sucesionales”. Ahora, la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, a través de la Resolución No. 1141 del 12 de abril de 2006, adoptó el Plan de Manejo Ambiental, y respecto de la *zona de conservación* establece que el uso principal será “forestal protector”; señala los usos condicionados (aprovechamiento del paisaje, educación ambiental, investigación ambiental, recreación pasiva, instalación de infraestructura de servicios y de seguridad, regeneración

natural asistida, labores silvícolas de mantenimiento en las áreas de bosque nativo, conservación y fomento de la vida silvestre y aprovechamiento indirecto de los bosques y, por ende, la obtención de los productos secundarios del mismo); y dispone que serán usos prohibidos los agropecuarios, industriales, urbanísticos, minería, disposición de residuos sólidos, vertimientos y uso de sustancias tóxicas o químicas, y todos aquellos que no estén contemplados como usos principales o condicionados, o no se encuentren expresamente autorizados en el artículo 3º de la Resolución 463 de 2005.

Para concluir, debe tenerse en cuenta que si un bien público catalogado como bien fiscal es destinado al uso común o disfrute colectivo, éste adquiere la naturaleza de bien de uso público (como ocurre con los bienes baldíos⁸ que se destinan a reserva forestal).⁹ De igual manera, si un bien privado con afectación urbanística a espacio público es adquirido por el Estado (como lo disponía el anterior estatuto para el ordenamiento físico de Bogotá, respecto de las zonas de manejo y preservación ambiental),¹⁰ dada su destinación al uso común o disfrute colectivo, éste adquiere la naturaleza de bien de uso público.

Es así que el nuevo concepto de espacio público integra tanto los bienes de uso público desti-

nados al uso o disfrute colectivo, como los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público. Lo anterior permite que las fachadas, los antejardines o los aislamientos laterales de un inmueble, aun cuando sean bienes privados, hayan sido incluidos como parte del espacio público de la ciudad.

Lógicamente, incluso cuando la propiedad pública y la propiedad privada pueden hacer parte del espacio público, ello no significa que por el sólo hecho de adquirir tal naturaleza este tipo de bienes pueda confundirse o la propiedad privada pierda tal naturaleza.

Veamos la aplicación práctica de lo expuesto. El propietario de un predio urbano de 14 metros de frente por 20 de fondo, respecto del cual las normas urbanísticas disponen que debe contar con antejardín de cinco metros y aislamientos laterales de dos metros por cada costado, decide edificar su predio. Para tal efecto, el Estado sólo le otorgará licencia de construcción para edificar las zonas que no hagan parte del espacio público, de manera que los 70 metros cuadrados de antejardín (5 X 14), más los 60 metros cuadrados de aislamiento posterior (2 X 15 X 2), deben cumplir con las condiciones de uso o destinación que prevean las normas urbanísticas.

Documentos

Lo anterior no implica que todo ciudadano tenga derecho a usufructuar estos 130 metros cuadrados de espacio público, pues ellos siguen perteneciendo al dominio exclusivo del titular de la propiedad, quien seguirá siendo propietario de los 280 metros cuadrados, pudiendo enajenarlos, arrendarlos, hipotecarlos, etc. El interés colectivo que recae sobre las áreas de antejardín y aislamientos laterales, se relaciona con su uso y se enmarca en la función de embellecimiento paisajístico de la ciudad, y de contención entre las zonas de circulación vehicular y peatonal y la urbe construida.

Ahora, si nos referimos a los cerros orientales de Bogotá, específicamente a los predios que integran las “zonas de conservación”, en ellos el propietario, si bien puede enajenar, gravar o disponer de sus derechos reales, no puede ejercer actividades agropecuarias, industriales, urbanísticas, mineras, ni similares. Tales áreas deben destinarse a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales, como son el mantenimiento permanente de la vegetación nativa y, de manera condicionada, el aprovechamiento del paisaje, educación e investigación ambiental, recreación pasiva y otras de similar naturaleza.

Al respecto resulta de gran importancia tener presente que la propiedad es una función social,

sobre lo cual la jurisprudencia ha realizado importantes desarrollos.

2. La competencia en la protección del espacio público: naturaleza y alcance

Para determinar qué autoridad del Estado colombiano tiene la competencia para definir los espacios que tendrán la categoría de públicos y quién debe velar por su protección, podemos acudir a la Constitución, la cual dispone que habrá una ley orgánica de ordenamiento territorial (art. 288), la cual deberá establecer la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales (que aún no ha sido expedida). Dentro de las categorías de entidades territoriales actualmente se cuentan los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, y cuando la ley orgánica de ordenamiento territorial sea expedida, se contará adicionalmente con regiones y provincias.

En atención a la Constitución, el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, a la cual corresponde ordenar el desarrollo de su territorio. En este orden, asigna a los concejos municipales (y distritales) las competencias de: reglamentar los usos del suelo; vigilar y controlar las actividades relacionadas como

la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda y dictar las normas necesarias para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (art. 313).

En relación con las atribuciones de los alcaldes señala la Constitución que ellos son la primera autoridad de policía del municipio¹¹ y les corresponde la conservación del orden público en el mismo (art. 315). En igual sentido, el Estatuto Orgánico de Bogotá, adoptado mediante el Decreto Ley 1421 de 1993, dispone que los alcaldes locales deben velar por la protección, recuperación y conservación del espacio público y del patrimonio cultural, arquitectónico e histórico de la ciudad (art. 86).

El Código Nacional de Policía establece que los alcaldes deben ordenar la restitución de los bienes de uso público (art. 132). En similar sentido, el Código de Policía de Bogotá (adoptado mediante Acuerdo Distrital 79 de 2003) señala que a los alcaldes locales les corresponde surtir la primera instancia de “*los procesos de restitución del espacio público, de bienes de uso público o de propiedad del Distrito o de entidades de derecho público*” (arts. 193 y 225).

De otra parte, la Ley 810 de 2003 señala al respecto que toda actuación urbanística, la cual contravenga los planes de ordenamiento territorial, constituye infracción

urbanística (art. 1); faculta a los alcaldes para imponer las denominadas sanciones urbanísticas (previa actuación administrativa, el alcalde puede adoptar decisiones tales como la imposición de multas, la suspensión de la ejecución de las obras, la suspensión de los servicios públicos e incluso, la orden de demolición).

Sobre las infracciones urbanísticas que involucran el espacio público, el artículo 2 (numeral 2) de la citada ley dispone: “quienes *intervengan u ocupen*, con cualquier tipo de amoblamiento, instalaciones o construcciones, *los parques públicos zonas verdes y demás bienes de uso público*, o los encierren *sin la debida autorización de las autoridades encargadas del control del espacio público*” o “realicen intervenciones en *área que formen parte del espacio público que no tengan el carácter de bienes de uso público, sin contar con la debida licencia o contraviniéndolo*”, además de la orden de demolición de la construcción o cerramiento se hacen acreedores a la imposición de multas. Adicionalmente “Los *elementos constitutivos del espacio público* que fuesen destruidos o alterados, deberán *restituirse*” (art. 4 *ibíd.*).

Así, el Código Nacional de Policía contempla la restitución de bienes de uso público,¹² en tanto que el Código de Policía de Bogotá es más amplio, pues

abarca todos los elementos del espacio público. De otra parte, el citado artículo 2 de la Ley 810 de 2003 integra dentro de las sanciones urbanísticas la “intervención” u “ocupación” de *bienes de uso público* y la “intervención” *del espacio público* que no tenga el carácter de bien de uso público (es decir, aquellos que hemos denominado bienes privados con afectación urbanística a espacio público), en tanto que el artículo 4 *ibídem* ordena la restitución del *espacio público* en general.

Entonces, ¿cuál es el alcance del concepto de “restitución” en cada una de las categorías de bienes que hacen parte del espacio público, esto es, propiedad privada y propiedad pública? El diccionario de la Real Academia Española señala que el concepto restituir se deriva del latín “restituere”, y entre sus significados están los siguientes: “volver algo a quien lo tenía antes” y “restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”.

Nótese que el artículo 2 de la Ley 810 de 2003, al referirse a los bienes de uso público, señala que la medida es procedente en el evento de “intervención” u “ocupación” de éstos, en tanto que al hacerlo sobre los bienes privados con afectación urbanística a espacio público indica que la medida es procedente sólo en el evento de “intervención”.

De conformidad con lo anterior y dadas las acepciones de la

palabra restituir, debe interpretarse de acuerdo con el contexto que corresponda al tipo de bien. Así: 1) tratándose de bienes de uso público “ocupados”, la restitución debe entenderse como la acción de “volver algo a quien lo tenía antes” y, si éstos estuviesen “intervenidos” la restitución debe entenderse como la acción de “restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”, en tanto que 2) si se trata de bienes privados con afectación urbanística a espacio público, que han sido objeto de “intervención”, la restitución debe entenderse sólo como la acción de “restablecer o poner algo en el estado que antes tenía”. Es claro entonces, que los alcaldes tienen la obligación de llevar a cabo las actuaciones administrativo-policivas tendientes a la recuperación del espacio público que se encuentre ocupado o intervenido.

No obstante, si se tratara por ejemplo de la construcción (intervención) en un área de antejardín (bien privado con afectación urbanística a espacio público), la restitución no consistiría en entregar el bien al Estado, sino en volver su estado a la destinación que originalmente haya sido asignada por la norma urbanística, esto es, que no esté construido ni cubierto, que se encuentre empedrado, que no se destine para garaje o comercio, etc.

Documentos

3. Presupuestos probatorios para la restitución de espacio público

Frente a una interpretación sistemática de las normas antes citadas, se concluye que para ordenar la restitución del espacio público deben tenerse en cuenta tres situaciones: 1) que el bien objeto de restitución sea espacio público; 2) que se encuentre ocupado, intervenido, encerrado, destruido o alterado y, 3) que la ocupación o intervención no se encuentre amparada por actuación de autoridad competente.

Respecto del primer elemento, la administración debe precisar claramente si se trata de un bien de uso público o de un bien privado con afectación urbanística a espacio público. Tal situación puede demostrarse con base en las escrituras públicas, los POT y sus reglamentos o, las resoluciones, los planos urbanísticos y demás normas o reglamentos urbanísticos que definan la naturaleza jurídica del predio. Tratándose de bienes privados con afectación urbanística a espacio público, debe tenerse presente el momento a partir del cual el predio es objeto de la afectación, pues sólo allí ocurre su integración al espacio público de la ciudad. Así, por ejemplo, si en enero de 2000 se construye un predio privado y en el 2004 se profiere norma que establece que el predio hace parte de

la zona de manejo y preservación ambiental de un cuerpo de agua, sólo a partir de ésta fecha podría predicarse la naturaleza de espacio público y las obligaciones que ello conlleva.

En relación con el segundo elemento, la actividad probatoria de la administración debe enfocarse en determinar si existe algún amoblamiento, cerramiento u otro tipo de construcción o forma de ocupación o intervención temporal o permanente, en las zonas definidas como espacio público.

En cuanto al tercer elemento, el presunto responsable o el interesado en que no se ordene la restitución, debe probar que la ocupación del espacio público se origina en una actuación de autoridad competente. Por ejemplo, en contrato suscrito con el municipio, en una licencia de construcción, en una autorización de cerramiento, un permiso de ocupación temporal, etc., situación que de acreditarse, debe ser valorada con base en las reglas de la sana crítica por parte del operador jurídico.

En correspondencia con lo anterior, el ciudadano interesado sólo puede oponerse a la orden de restitución demostrando: 1) que el predio no hace parte del espacio público, 2) que no se encuentra ocupado ni intervenido o, 3) que ha consolidado algún derecho en razón a la actuación de autoridad competente.

4. Los efectos de la acreditación de actuación de autoridad competente como fundamento de la ocupación

Los efectos que respecto de la restitución del espacio público puede tener el hecho de que en la actuación se pruebe que la ocupación se ha originado en actuación de la administración, podrían ser diversos dependiendo del tipo de derecho que haya sido legítimamente obtenido. Así, podríamos hablar de confianza legítima, de la existencia de acto administrativo, de actos contractuales, etc.

La confianza legítima y el derecho de reubicación para vendedores informales

A juicio de la Corte Constitucional, en aras del principio constitucional de buena fe, las acciones u omisiones de la administración pueden brindar al ciudadano la convicción objetiva de que la conducta desarrollada está amparada por un viso de aparente legalidad. Tal confianza legítima no podría ser violentada por la administración al generar cambios que sorprendan al particular, cuando tal situación pueda afectar sus derechos fundamentales.

En relación con los efectos de que en la actuación se acredite que el ocupante del espacio

público se encuentra amparado por la confianza legítima, ha señalado la Corte Constitucional (refiriéndose a los vendedores informales que ocupan el espacio público) que en el evento en que los ocupantes demuestren estar amparados por la presunción de buena fe o principio de confianza legítima, ello no impide a la administración emitir la orden de restituir el espacio público, pero sí obliga a que previo a la ejecución de la decisión, se brinde a estas personas la garantía de acceder a mecanismos alternativos de subsistencia económica.

Así, en sentencia SU-360-99, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional señaló que la confianza legítima procedía si se demuestra que con anterioridad a la orden de restituir el espacio público, las actuaciones u omisiones de la administración permitían concluir que la conducta del ocupante era jurídicamente aceptada. Adicionalmente, manifestó la Corte que constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes (y por ende presupuestos de la confianza legítima), las siguientes: 1) las licencias o permisos concedidos por la administración, 2) las promesas incumplidas o, 3) la tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración.

Posteriormente, en Sentencia T-772-03, con ponencia del

magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional se refirió a las políticas de restitución del espacio público ocupado por vendedores informales frente al Estado social de derecho, cuya protección efectiva resultaría indiscutible ante la actual realidad económica y social del país, que tiene a un alto porcentaje de población en situación de desempleo y de pobreza absoluta, y que por lo mismo, encuentra en la venta informal su único medio lícito de subsistencia. En la sentencia referida se señaló que la restitución del espacio público ocupado por ese sector informal debía estar precedida: de estudios que verifiquen el impacto que tales políticas pueden generar en las personas afectadas, teniendo en cuenta “la realidad social sobre la cual surtirán efectos sus decisiones” y de la adopción de políticas de reubicación o generación de alternativas económicas. Estas deben prevenir que la defensa de un derecho colectivo empuje a un sector de la población que subsiste en situaciones precarias, a situaciones aún más extremas de pobreza.

De conformidad con lo anterior, las autoridades de policía deben garantizar que las medidas adoptadas para la recuperación del espacio público sean proporcionales a la limitación del goce efectivo de los derechos fundamentales en un Estado social de derecho. Así, los vendedores

informales, amparados por el principio constitucional de la confianza legítima, no pueden ser privados de sus medios de trabajo sin recibir alguna oferta de alternativa económica viable por parte de las autoridades, previamente a la ejecución de las acciones políticas, programas y medidas orientadas a cumplir con el deber de preservar el espacio público, de manera que se garantice el núcleo esencial de su derecho al mínimo vital y a la subsistencia digna.

La existencia de acto administrativo o relación contractual vigente

Ahora, sobre los efectos de la acreditación de una autorización emitida por autoridad competente para la intervención del espacio público —como puede ser la licencia de construcción o cerramiento (emitida por las oficinas de planeación municipal o las curadurías urbanas) o el permiso de ocupación que se encuentren vigentes—, toda vez que tales actos administrativos gozan de presunción de legalidad, la autoridad policiva carecería de competencia para ordenar la restitución del espacio público.

En estos eventos, para ordenar la restitución del correspondiente espacio público resulta indispensable que, previamente, el acto administrativo desaparezca del mundo jurídico, bien por revocatoria directa de la adminis-

Documentos

tración o por decisión de un juez de la república. No obstante, si la actuación de autoridad competente que haya dado origen a la ocupación o intervención fija un plazo, terminado éste culmina el derecho del ocupante y se hace exigible el derecho de la colectividad a gozar del espacio público, derecho cuya protección compete a la autoridad policiva, quien recobra la competencia para ordenar la correspondiente restitución.

Si la ocupación no se origina en un acto administrativo unilateral, sino en una relación contractual, los efectos serían similares a los antes planteados, pues mientras se encuentre vigente la relación contractual del Estado con el ocupante del espacio público, la autoridad policiva carecería de competencia para proteger el referido derecho colectivo.

Al respecto, debe precisarse que el análisis de la legalidad de los actos administrativos que deciden la terminación unilateral del contrato o las consecuencias administrativas o pecuniarias del mismo (o respecto de los actos que revoquen directamente otro acto), ciertamente corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa y su valoración no se enmarca dentro de la órbita de competencias de la autoridad policiva, la cual se restringe a verificar los elementos antes señalados (naturaleza del bien,

estado de ocupación y valoración de derechos del ocupante) y de ser procedente, disponer la restitución del espacio público.

Son muchos los aspectos que sobre la materia están pendientes de estudio. Aquí se ha querido dejar esbozados algunos de ellos, cuyo estudio espero continuar en la obra de mayor extensión que se anuncia al comienzo.

Notas

¹ En este análisis ha de hacerse referencia especial al caso de nuestra ciudad, Bogotá D.C.

² Para mayor comprensión puede consultarse el Decreto Reglamentario 1504 de 1998, por medio del cual se desarrolla el referido concepto.

³ Esta definición es importante a efectos de diferenciar el señalado concepto, de la simple “afectación” a que se refiere el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, por medio de la cual, sin dejar el bien fuera del comercio, se impide la obtención de licencias para el desarrollo de actuaciones urbanísticas a través de la inscripción de la medida en el registro de instrumentos públicos (fines publicitarios), con la finalidad de reservar un predio para el desarrollo obras públicas o protección ambiental (en el evento de tratarse de obras públicas la medida es temporal y finaliza con la adquisición del predio o el vencimiento del plazo fijado por la ley para tal efecto).

⁴ Al respecto el Consejo de Estado ha dicho: “Como puede apreciarse el constituyente amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente referida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en dicha legislación, sino que se extiende a todos aquellos bienes inmuebles públicos, y a algunos elementos específicos de los inmuebles de propiedad de los particulares, que al ser

afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, o por sus características arquitectónicas naturales, están destinados a la utilización colectiva. Así, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público es su afectación al interés general y su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad” (Colombia, Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia del 5 de noviembre de 2003, consejera ponente María Inés Ortiz Barbosa, expediente AP-3447.)

⁵ Bogotá D.C., Plan de ordenamiento territorial, compilado en el Decreto Distrital 190 de 2004.

⁶ Hoy la protección de los cerros orientales de Bogotá, hace parte de las discusiones más álgidas que se vienen presentando entre distintos órganos y entidades que hacen parte del Distrito Capital, los medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales y la sociedad misma. La CAR, sin tener la competencia, ha realizado desincorporaciones de áreas de la reserva; el Distrito Capital, también sin competencia, ha aprobado legalizaciones de desarrollos urbanísticos irregularmente realizados allí; las curadurías urbanas han expedido licencias para la construcción en tales zonas de suelo protegido, que permiten a sus propietarios el aprovechamiento económico de sus predios y; de otra parte, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial ha querido disminuir la zona de protección, reconociendo la situación real de ocupación del suelo protegido. La discusión respecto de la validez jurídica de la resolución del ministerio, los actos de desincorporación, los de legalización y las licencias de construcción otorgadas, han sido puestos en consideración de la opinión pública y de la justicia (acción popular No. 2005-00662) que se encuentra pendiente de resolver en el Consejo de Estado. En primera instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés profirió sentencia el 29 de septiembre de 2006. Si bien muchos de estos predios hacen parte de la propiedad privada y algunas de las construcciones que se adelantan están amparadas en actos emitidos por autoridad competente, cuya presunción de legalidad alegan los particulares interesados; dentro del

debate que se viene presentando está la propuesta del Contralor Distrital, en el sentido de someter a consideración de la opinión pública ciudadana —a través de un plebiscito— la decisión respecto de si los bogotanos quieren que tales predios sean construidos o si desean que sigan haciendo parte del suelo protegido.

⁷ La protección original de la reserva fue establecida por el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -Inderena-, por medio del Acuerdo 30 del 30 de septiembre de 1976 (aprobado por la Resolución No. 0076 del 31 de marzo de 1977 del Ministerio de Agricultura).

⁸ Al respecto véase el artículo 675 del Código Civil, el cual dispone: “Baldíos. Concepto. Son bienes de la unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

⁹ Sobre el particular debe tenerse en cuenta que el artículo 674 del Código Civil (antes citado) define que los bienes públicos, cuya destinación es el uso

común, se denominan bienes de uso público en tanto que aquellos que no tienen tal destinación se denominan bienes fiscales. En el mismo sentido, uno de los criterios establecidos por la Ley 9 de 1989 para determinar que un bien hace parte del espacio público es precisamente su destinación al uso o disfrute colectivo.

¹⁰ Adoptado mediante Acuerdo Distrital 6 de 1990, el cual disponía: “Artículo 144.- Régimen concertado. Es política de desarrollo urbano del Distrito Especial de Bogotá, la adquisición paulatina de las Zonas de Manejo y Preservación Ambiental de las Rondas, en particular las ubicadas al oriente del río Bogotá, su arborización y adecuación como zonas oxigenantes o amortiguadoras”.

¹¹ La Corte Constitucional ha hecho la distinción entre las facultades de policía así: poder, función y actividad de policía. En la sentencia C-492-02, con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, se hace un análisis de las distintas sentencias en las cuales se ha abordado el tema,

concluyendo: “El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando éste trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia. La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley. La actividad de policía es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público.”

¹² Recordemos que el espacio público está compuesto tanto por los bienes de uso público como por los bienes privados con afectación urbanística a espacio público.