

**LA Tensión EXISTENTE ENTRE EL DERECHO URBANÍSTICO
SANCIONATORIO Y EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA: SOLUCIONES DESDE
EL TEST DE PROPORCIONALIDAD, LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRIO JUDICIAL PARA UN CASO DEL MUNICIPIO DE MOSQUERA –
CUNDINAMARCA**

MAGDA JOHANA ZAMBRANO LOMBANA

Monografía para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo

**Profesor
ANDRÉS RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
TUNJA, MARZO DE 2021**

CONTENIDO

Introducción	3
PARTE I	
El procedimiento urbanístico sancionatorio: tensiones entre el interés general, los derechos colectivos y los derechos fundamentales	6
CAPITULO 1	
El procedimiento urbanístico sancionatorio en un caso relevante en el municipio de Mosquera Cundinamarca	7
SECCION A: El procedimiento urbanístico sancionatorio en el código de policía.....	8
A. Una visión sucinta al Artículo 135 de la Ley 1801 de 2016: Infracciones urbanísticas...	14
B. Una reflexión sobre las Medidas sancionatorias previstas en la Ley 1801 de 2016.....	18
SECCION B: El caso “el charquito” en el municipio de Mosquera – Cundinamarca	21
CAPITULO 2	
El interés general, los derechos colectivos y los derechos fundamentales confrontados por la imposición de la facultad sancionatoria urbanística.....	25
SECCION A: El interés general y el procedimiento sancionatorio urbanístico.....	26
SECCION B: El procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico como limitante al derecho a la propiedad y de manera específica al derecho a la vivienda digna.....	27
PARTE II	
El test de proporcionalidad: ¿una herramienta adecuada para resolver la tensión existente entre el derecho urbanístico y los derechos fundamentales?	38
CAPITULO III	
El test de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y su aplicación a los derechos urbano y fundamentales	41
SECCIÓN A: El test de proporcionalidad y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional	42
SECCIÓN B: El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	45
SECCIÓN C: La eventual aplicabilidad del test de proporcionalidad en la actividad de las autoridades administrativas en punto de derecho urbanístico.....	48
CAPITULO IV	
Algunas propuestas para superar la tensión existente entre el derecho urbanístico sancionatorio y el derecho a la vivienda digna	
SECCIÓN A: una propuesta de decisión para el caso "El charquito".....	72
SECCIÓN B: Propuestas para conciliar la tensión entre derecho urbanístico sancionador y derechos fundamentales.	75
Conclusiones	77
Bibliografía	80

**LA Tensión EXISTENTE ENTRE EL DERECHO URBANÍSTICO
SANCIONATORIO Y EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA: SOLUCIONES DESDE
EL TEST DE PROPORCIONALIDAD, LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA
Y EL ARBITRIO JUDICIAL PARA UN CASO DEL MUNICIPIO DE MOSQUERA –
CUNDINAMARCA**

Resumen

El Procedimiento Sancionatorio Urbanístico es una herramienta fundamental para la administración pública dado que le permite garantizar la adecuada ordenación del territorio y consecuentemente, el interés general. No obstante, al ejercer dicha potestad en algunos casos concretos, es posible que la administración encuentre que la imposición de una sanción genera una tensión entre derechos fundamentales (como la vivienda digna) y el interés general.

Por su parte, la Corte Constitucional ha utilizado el test de proporcionalidad para resolver tensiones entre derechos fundamentales. Así las cosas, a través del presente trabajo se pretende determinar si la aplicación de este test permite superar dicha vicisitud. En caso contrario, se intentará proponer estrategias que faciliten a la administración la solución de este tipo de casos.

Palabras clave:

Procedimiento sancionatorio urbanístico, interés general, vivienda digna, test de proporcionalidad, discrecionalidad administrativa, ponderación, principio de legalidad.

Abstract

The urban sanctioning procedure is an important tool to the public administration to achieve a correct planning of the territory and in this way, to reach the general interest. Nevertheless, when the administration uses this power might find an important difficulty, because the imposition of a sanction can generate a tension between fundamental rights (as the decent housing) and the general interest.

For its part, the Constitutional Court has used the proportionality test to solve tensions between fundamental rights. So, the purpose of this document is to determine if the application of this test allows to overcome this vicissitude. Otherwise, this document will try to propose strategies which could facilitate to the administration the solution of this kind of cases.

Key words:

Urban sanctioning procedure, general interest, decent housing, proportionality test, administrative discretion, weighing, principle of legality.

Introducción

El Derecho Urbanístico, y especialmente el Derecho Sancionatorio en materia urbanística son dos pilares fundamentales dentro de la planeación y ordenación de los territorios, lo que se traduce en una herramienta protagónica para los gobiernos a la hora de garantizar el interés general y la promoción de la prosperidad al tenor del Artículo 2 de la Constitución Política. No obstante, la práctica permite evidenciar que dicho escenario ideal entra en constante confrontación con derechos fundamentales.

Así, el presente trabajo tendrá por objeto –a través del estudio del caso “El charquito”- determinar si el ejercicio del control urbanístico en el Municipio de Mosquera (como herramienta para garantizar el interés general) se traduce en un elemento de violación de derechos fundamentales (principalmente el derecho a la vivienda digna).

Ante este escenario de confrontación de derechos, es de tomar en cuenta que, por ejemplo, la Corte Constitucional ha resuelto tensiones entre distintos tipos de derechos mediante la aplicación del denominado test de proporcionalidad.

Así, a través del trabajo de investigación se intentará dilucidar la procedencia de aplicar dicho test a la actividad administrativa involucrada en el control urbanístico. En caso de que se concluya que éste no resulta aplicable, se plantearán alternativas como la aplicación de la discrecionalidad administrativa, que permita la efectividad de los derechos de corte colectivo y de corte fundamental ya mencionados.

PARTE I

El procedimiento urbanístico sancionatorio: tensiones entre el interés general, los derechos colectivos y los derechos fundamentales

Con la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016) el procedimiento administrativo sancionatorio en materia urbanística logró un importante desarrollo como procedimiento sancionatorio de carácter especial. No obstante, el mismo no se encuentra desprovisto de dificultades prácticas en su aplicación.

El procedimiento sancionatorio urbanístico regulado en el Derecho de Policía colombiano -de acuerdo con la exposición de motivos del entonces proyecto de Ley Número 99 de 2014- puede considerarse como *“(...) una prenda de garantía que no sólo permite combatir eventuales arbitrariedades en el Estado al especificar los límites del poder, sino que además es un baluarte para la realización en sí del Estado constitucional democrático y de derecho”*

Aunado a lo anterior, es posible considerar que este tipo de procedimientos reviste una singular importancia en el sistema jurídico colombiano, pues su frecuente utilización permite afirmar que este es un escenario de evidente interrelación entre la administración y los ciudadanos, por lo que su principal reto consiste en la salvaguarda del interés general sin desconocer la garantía de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, a través del presente acápite se pretende, en primer lugar, plantear el escenario normativo que rige el procedimiento urbanístico sancionatorio identificando sus principales características, etapas y trámites, para luego, a través del planteamiento de un caso concreto ocurrido en el Municipio de Mosquera Cundinamarca identificar un posible escenario

de tensión entre el interés general (que es el fin último del procedimiento sancionatorio) y derechos fundamentales, concretamente el derecho a la vivienda digna.

CAPITULO 1

El procedimiento urbanístico sancionatorio en un caso relevante en el municipio de Mosquera Cundinamarca

El municipio de Mosquera (Cundinamarca) es una importante entidad territorial dada su extensión geográfica, su rol protagónico en materia económica y su correlativa composición demográfica. En tal sentido, el ordenamiento urbanístico es fundamental para este municipio, pues le permitirá su desarrollo integral.

Para garantizar ese adecuado ordenamiento urbanístico, este municipio ha aplicado el procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico. Así las cosas, de cara a sustentar la pertinencia del presente trabajo académico se considera útil el análisis de uno de los procesos que actualmente cursan trámite ante esta administración municipal.

Aunado a lo anterior, y siendo claro que a través del procedimiento urbanístico sancionatorio se pretende principalmente la salvaguarda del interés general de acuerdo con lo establecido en el Artículo 2 constitucional, resulta fundamental para los efectos de este trabajo estudiar en detalle cómo dicho procedimiento está regulado en el Código de Policía y Convivencia.

Lo anterior permitirá tener claridad sobre cómo debe aplicarse el debido proceso y el principio de legalidad en materia sancionatoria urbanística, lo que a su vez será útil para el examen de casos concretos.

SECCION A: El procedimiento urbanístico sancionatorio en el código de policía

Como antecedente, es necesario poner de presente que hasta antes de la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía (Ley 1801 de 2016), el procedimiento administrativo sancionatorio en materia urbanística no tuvo una regulación especial en punto de las etapas procesales que debía desarrollarse en caso de que se presentara la comisión de infracciones urbanísticas. Dicho escenario implicó que las autoridades competentes en la materia aplicaran el procedimiento administrativo sancionatorio general contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, es de tener en cuenta que el procedimiento administrativo sancionatorio de carácter general resulta aplicable ante los vacíos de las leyes que consagran procedimientos administrativos especiales o ante la ausencia de éstas. En tal virtud, resulta útil – de cara a lograr una adecuada comprensión del procedimiento administrativo sancionatorio en materia urbanística- enlistar algunas de las características generales de dicho procedimiento:

En primer lugar, la Corte Constitucional en Sentencia C- 818 de 2005 estableció que el procedimiento administrativo sancionatorio es una de las herramientas con que cuenta la administración pública para “(...) *asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (...)*”.

Aunado a lo anterior, de la lectura del capítulo III del Título I de la Ley 1437 de 2011 es posible considerar que las siguientes son las características fundamentales del procedimiento administrativo sancionatorio (en adelante PAS):

1. Es de carácter subsidiario, esto es, es el aplicable si no existe un procedimiento especial.

2. Se trata de un procedimiento supletorio, que será aplicable si las leyes sancionatorias no regulan una materia específica.

Por supuesto, a todo procedimiento administrativo sancionatorio le es aplicable el debido proceso administrativo, como derecho fundamental consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política y como principio contenido en el numeral 1 del Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Vale la pena recordar que la doctrina ha establecido que *“debe entenderse como el conjunto de garantías de carácter procesal que son aplicables a los procedimientos administrativos, sin importar qué clase de procedimiento se trate (...)”* (Santos, 2014).

El debido proceso implica entonces la observancia de un procedimiento conformado por las siguientes etapas mínimas: indagación preliminar, formulación de cargos, presentación de cargos, solicitud y aporte de pruebas, alegatos de conclusión y una decisión.

Finalmente, es de recordar que el Artículo 209 de la Constitución Política y el ya citado Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 consagran una principalística que rige todas las actuaciones y procedimientos administrativos. Así, la administración pública deberá aplicar los principios de igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

A la luz de tal normativa, en síntesis, el siguiente era el trámite que se impartía ante la comisión de posibles actos contrarios a las normas urbanísticas (FERRER, P. 55):

En primer lugar, se adelantaba una indagación preliminar que pretendía establecer la ocurrencia de la conducta y si la misma correspondía a una infracción urbanística. Esto implicaba que la indagación pudiera iniciarse de oficio o a solicitud de parte. Si se concluía que en efecto era posible predicar la existencia de argumentos, se comunicaba la iniciación del procedimiento sancionatorio al interesado.

En consecuencia, en aplicación del citado Artículo 17 de la Ley 1437 de 2011 se realizaba la formulación de cargos mediante acto administrativo, que contenía una descripción de los hechos que motivaron la apertura del procedimiento administrativo, la identificación de los posibles infractores y las disposiciones presuntamente violadas, así como las sanciones que resultaren procedentes.

El derecho de defensa para los investigados se concretaba en la posibilidad de presentar descargos, solicitar y aportar pruebas dentro de los quince días siguientes a la notificación del pliego de cargos, lo que conllevaba la apertura del periodo probatorio no superior a treinta días según lo indicado en el Artículo 48 de la Ley 1437 de 2011.

Concluida la etapa probatoria, se concedía al investigado un plazo de diez días para que presentara sus alegatos de conclusión. Escuchados los alegatos de conclusión, la administración, mediante acto administrativo tomaba la decisión que pondría fin al descrito procedimiento administrativo de conformidad con las reglas fijadas en el Artículo 49 de la Ley 1437 de 2011.

La toma de decisión concretada a través del acto administrativo – en caso que resultara probada la comisión de una infracción urbanística por parte de los investigados- debía nutrirse de los criterios de graduación de la sanción contenidos en el Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, estos actos administrativos eran susceptibles de los recursos siguiendo las reglas propias del procedimiento administrativo.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana, el procedimiento aplicable es el correspondiente al trámite del proceso verbal abreviado, consagrado en el Artículo 223 de la Ley 1801 de 2016, el cual permite atender los comportamientos contrarios a la convivencia.

En cuanto a la competencia para adelantar este trámite, dispone la norma que nos ocupa que la competencia radica en los Inspectores de Policía, en los Alcaldes y en las autoridades especiales de policía.

El proceso verbal abreviado se compone de las siguientes etapas procesales:

1. Iniciación de la acción: La acción de policía puede iniciarse de oficio o a petición de la persona que tenga interés en la aplicación del régimen de policía (querella). Dispone el comentado Artículo 223 que en caso que la autoridad conozca en flagrancia del comportamiento contrario a la convivencia, podrá iniciar de inmediato la audiencia pública.

2. Citación: dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la querella o del conocimiento del comportamiento contrario a la convivencia, se citará al quejoso y al presunto infractor (mediante comunicación escrita, correo certificado, medio electrónico, medio de comunicación del que disponga, o por el medio más expedito o idóneo donde se señale el comportamiento).

3. Audiencia pública: Esta diligencia deberá realizarse en el lugar de los hechos, en el despacho del inspector o de la autoridad especial de policía. A su vez, esta audiencia debe seguir los “siguientes pasos”, de acuerdo con el numeral 3 de la citada ley:

En la etapa de argumentos, la autoridad concederá tanto al presunto infractor como al quejoso un tiempo máximo de veinte minutos para exponer sus argumentos y pruebas. Acto seguido, la autoridad de policía deberá invitar a las partes a conciliar. No obstante, es de considerar que dado el carácter de interés general que reviste el procedimiento urbanístico es de considerarse que no resulta procedente la conciliación en cuanto la responsabilidad derivada de la comisión de actos contrarios a la normatividad urbanística.

A continuación, el presunto infractor y el quejoso tienen la posibilidad de solicitar pruebas adicionales, las cuales deberán ser decretadas teniendo en cuenta su conducencia, pertinencia y utilidad (Artículo 168 de la Ley 1564 de 2012). Por supuesto, es procedente que la autoridad decrete pruebas de oficio.

Es necesario tener en cuenta que la práctica de pruebas deberá realizarse en máximo cinco días. Es de considerar que este término perentorio favorece la celeridad del trámite, contrario a lo que ocurría antes de la entrada en vigencia de la Ley 1801 de 2016.

Es necesario resaltar que la citada norma establece que cuando se trata de hechos notorios será posible prescindir de la etapa de práctica de pruebas. Adicionalmente, en caso que se requieran conocimientos técnicos especializados, la norma abre la puerta para que servidores públicos del nivel territorial rindan informes por solicitud de la autoridad de policía. Esta última posibilidad implica la necesidad de plantear el siguiente interrogante: ¿el legislador ha adoptado un sistema de tarifa legal en el sentido que los informes rendidos por solicitud de autoridad de policía excluyen las pruebas periciales?

Para dar respuesta a este interrogante, es necesario recordar que en virtud del principio de publicidad y del principio de transparencia consagrados en el Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y que tienen como sustento principal el Artículo 209 de la Carta Política uno de los deberes a

cargo de los funcionarios que instruyen los procedimientos administrativos consiste en exponer claramente las razones en que fundamentan sus decisiones, por lo que la apreciación conjunta y sistemática del acervo probatorio debe quedar clara en el respectivo acto administrativo.

En consecuencia, es posible sostener que toda decisión debe fundarse en las pruebas legalmente aportadas al procedimiento, realizando una apreciación de las mismas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como enseñan las reglas y principios básicos del derecho probatorio, tal como puede evidenciarse en el Artículo 176 del Código General del Proceso.

En conclusión, en materia probatoria en punto de los procedimientos sancionatorios urbanísticos no opera propiamente un sistema de tarifa legal, sino un sistema de libertad probatoria, que permite a la administración y al ciudadano vinculado al procedimiento aportar las pruebas que consideren pertinentes, conducentes y útiles, así como a controvertirlas.

Continuando con el estudio del marco legal aplicable, es de anotar que a renglón seguido la norma indica que al día siguiente al cierre de la etapa probatoria, se deberá reanudar la audiencia, prosiguiendo entonces la autoridad con la valoración de pruebas y la adopción de la orden de policía o medida correctiva si a ello hubiere lugar.

El mecanismo notificación del contenido de dicho acto administrativo corresponde a la notificación por estrados, lo que naturalmente implica que dentro de la misma audiencia sea necesario para el interesado interponer y sustentar el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

El recurso de reposición se resuelve de manera inmediata. La apelación – para el caso de la aplicación de medidas correctivas por infracciones urbanísticas- se concederá en el efecto suspensivo dentro de la audiencia y se remitirá al superior jerárquico dentro de los dos días

siguientes, caso en el cual procederá la sustentación dentro de los dos días siguientes al recibo del recurso. El término para resolver este recurso de apelación corresponde a ocho días contados a partir del recibo de la actuación.

Cuando la orden de policía o medida correctiva queda ejecutoriada, la decisión se cumplirá en un máximo de cinco días.

Nótese que los términos procesales fijados en la Ley 1801 de 2016 son bastante más cortos que los fijados en el procedimiento administrativo de carácter general, lo que se traduce en una herramienta tendiente a lograr la celeridad procesal, lo que resulta beneficioso dado que como más adelante se explicará el procedimiento sancionatorio urbanístico tiene como propósito garantizar la prevalencia del interés general, evitando la propagación del daño que está inmerso en todo acto contrario a las normas urbanísticas.

A. Una visión sucinta al Artículo 135 de la Ley 1801 de 2016: Infracciones Urbanísticas

Una vez expuesta la descripción del trámite procesal del procedimiento abreviado del Artículo 223 de la Ley 1801 de 2016, se hace necesario estudiar algunos aspectos de orden sustancial, principalmente, en punto de las denominadas infracciones urbanísticas y su regulación contenida en el mencionado cuerpo normativo.

En líneas generales, es posible definir las infracciones urbanísticas como “(...) las acciones y omisiones que vulneren las prescripciones contenidas en la legislación, planes, programas y ordenanzas urbanísticas tipificadas y sancionadas en ella (...)” (De La Cruz, 2004).

Sobre el particular, vale la pena recordar que ha señalado la Corte Constitucional a través de la sentencia C-349-2017 que

“El Código enuncia una serie numerosa de comportamientos contrarios a la convivencia y enlaza a cada uno consecuencias jurídicas diferentes. Así, la reparación de daños materiales a bienes es consecuencia jurídica, entre otros, de comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público (art 140); (...) la demolición de obras, el cerramiento, reparación o construcción de inmuebles, es consecuencia por ejemplo de actos contra la integridad urbanística (art 135); (...) las multas se pueden imponer a todo un haz de conductas, entre las que se encuentran las que afectan la vida e integridad de las personas (art 27), la seguridad y bienes en relación con los servicios públicos (art 28) (...)”.

La Ley 1801 de 2016 a partir de su título XIV consagra lo concerniente al urbanismo. Así, en su Artículo 135 la norma tipifica los denominados *“comportamientos contrarios a la integridad urbanística”*, los cuales tienen las siguientes características:

1. En primer lugar, se trata de comportamientos relacionados con bienes inmuebles de particulares, bienes fiscales, bienes de uso público y el espacio público.

2. Son contrarios a la convivencia, pues afectan la integridad urbanística.

El comentado artículo contiene un amplio catálogo de comportamientos que a continuación se citan:

“A) Parcelar, urbanizar, demoler, intervenir o construir:

1. En áreas protegidas o afectadas por el plan vial o de infraestructura de servicios públicos domiciliarios, y las destinadas a equipamientos públicos.

2. Con desconocimiento a lo preceptuado en la licencia.

3. En bienes de uso público y terrenos afectados al espacio público.

4. En terrenos aptos para estas actuaciones, sin licencia o cuando esta hubiere caducado.

B) Actuaciones en los inmuebles declarados de conservación e interés cultural, histórico, urbanístico, paisajístico y arquitectónico:

5. Demoler sin previa autorización o licencia.

6. Intervenir o modificar sin la licencia.

7. Incumplir las obligaciones para su adecuada conservación.

8. Realizar acciones que puedan generar impactos negativos en el bien de interés cultural, tales como intervenciones estructurales, arquitectónicas, adecuaciones funcionales, intervenciones en las zonas de influencia y/o en los contextos del inmueble que puedan afectar las características y los valores culturales por los cuales los inmuebles se declararon como bien de interés cultural.

C) Usar o destinar un inmueble a:

9. Uso diferente al señalado en la licencia de construcción.

10. Ubicación diferente a la señalada en la licencia de construcción.

11. Contravenir los usos específicos del suelo.

12. Facilitar, en cualquier clase de inmueble, el desarrollo de usos o destinaciones del suelo no autorizados en licencia de construcción o con desconocimiento de las normas urbanísticas sobre usos específicos.

D) Incumplir cualquiera de las siguientes obligaciones:

13. Destinar un lugar al interior de la construcción para guardar materiales, maquinaria, escombros o residuos y no ocupar con ellos, ni siquiera de manera temporal, el andén, las vías o espacios públicos circundantes.

14. Proveer de unidades sanitarias provisionales para el personal que labora y visita la obra y adoptar las medidas requeridas para mantenerlas aseadas, salvo que exista una solución viable, cómoda e higiénica en el área.

15. Instalar protecciones o elementos especiales en los frentes y costados de la obra y señalización, semáforos o luces nocturnas para la seguridad de quienes se movilizan por el lugar y evitar accidentes o incomodidades.

16. Limpiar las llantas de los vehículos que salen de la obra para evitar que se arroje barro o cemento en el espacio público.

17. Limpiar el material, cemento y los residuos de la obra, de manera inmediata, cuando caigan en el espacio público.

18. Retirar los andamios, barreras, escombros y residuos de cualquier clase una vez terminada la obra, cuando esta se suspenda por más de dos (2) meses, o cuando sea necesario por seguridad de la misma.

19. Exigir a quienes trabajan y visitan la obra, el uso de cascos e implementos de seguridad industrial y contar con el equipo necesario para prevenir y controlar incendios o atender emergencias de acuerdo con esta ley.

20. Tomar las medidas necesarias para evitar la emisión de partículas en suspensión, provenientes de materiales de construcción, demolición o desecho, de conformidad con las leyes vigentes.

21. Aislar completamente las obras de construcción que se desarrollen aledañas a canales o fuentes de agua, para evitar la contaminación del agua con materiales e implementar las acciones de prevención y mitigación que disponga la autoridad ambiental respectiva.

22. *Reparar los daños o averías que en razón de la obra se realicen en el andén, las vías, espacios y redes de servicios públicos.*

23. *Reparar los daños, averías o perjuicios causados a bienes colindantes o cercanos.*

24. *Demoler, construir o reparar obras en el horario comprendido entre las 6 de la tarde y las 8 de la mañana, como también los días festivos, en zonas residenciales”.*

B. Una reflexión sobre las medidas sancionatorias previstas en la Ley 1801 de 2016

Algunos autores han considerado que *“las infracciones de legalidad urbanística son, en principio, administrativas (...) que llevan consigo la imposición de sanciones a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios, todo ello con independencia de las medidas sobre órdenes de ejecución o suspensión de obras y otros usos, demolición (...)”* (De La Cruz, 2004)”.

Autores como OSPINA GARZÓN (2020), han considerado que se debe entender por sanción urbanística *“el instrumento punitivo para reprochar y reprimir infracciones a las normas del ordenamiento territorial expedidas por las autoridades territoriales”*. Se trata de *“un instrumento necesario, cuya construcción dogmática no se encuentra acabada”*.

Ha quedado claro que el régimen de infracciones urbanísticas en principio tiene un impacto de tipo administrativo. Así, se hace necesario revisar en el ordenamiento jurídico colombiano cuáles son las consecuencias correspondientes en situaciones de tipo urbanístico. Así, el Artículo 135 de la Ley 1801 de 2016 establece en sus párrafos distintos tipos de supuestos jurídicos:

1. La construcción en terrenos no aptos o sin previa licencia: En este supuesto, indica el párrafo primero del Artículo 135 que se impondrán de inmediato la medida de suspensión de

construcción o demolición. Adicionalmente, si no hubiese habitación se solicitará a las empresas de servicios públicos domiciliarios la suspensión de los servicios correspondientes.

2. Realización de una actuación urbanística sin previa licencia en predios aptos: Indica la norma que sin perjuicio de la medida de multa y suspensión temporal de la obra, se concederá un término de sesenta días para que el infractor solicite el reconocimiento de la construcción ante la autoridad competente. Adicionalmente, dispone la norma que, si no se presenta licencia de reconocimiento, no será posible reanudar la obra y se duplicará el valor de la multa impuesta.

3. Incumplimiento de la orden de demolición, mantenimiento o reconstrucción: en tal supuesto, la administración realizará la actuación urbanística omitida a costa del infractor.

4. Realización de uno o más comportamientos tipificados como infracción urbanística: El párrafo séptimo del Artículo 135 fija una serie de medidas correctivas a aplicar para cada uno de los veinticuatro comportamientos correspondientes a infracción urbanística.

Paralelo al sistema de sanciones administrativas, es necesario recordar que el Código Penal (Ley 599 de 2000) consagra el delito de urbanización ilegal (Artículo 318), que se configura con la ejecución de determinados verbos rectores por parte del sujeto activo (adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir) la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley.

El comentado tipo penal indica la respectiva consecuencia jurídica. Así, en primer lugar, se establece la pena de prisión y multa. Para el caso de personas jurídicas, se hace claridad en el sentido que serán los representantes legales y miembros de junta directiva quienes incurran en la respectiva sanción. Y en punto de parcelación, urbanización o construcción de viviendas que se

efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental o ecológica, de reserva, la norma indica que la pena privativa de la libertad se aumentará hasta en la mitad.

Nótese que el escenario descrito trae consigo la necesidad de reflexionar nuevamente en torno a las garantías que hacen parte del debido proceso, principalmente el non bis in ídem. Es que el hecho que una infracción urbanística pueda generar la iniciación de un procedimiento administrativo sancionatorio de manera simultánea a la iniciación de un proceso penal, puede traducirse en una dualidad de sanciones.

Sobre el principio del non bis in ídem, la Corte Constitucional en sentencia C- 196-2015 señaló que

“De acuerdo con el art. 29 de la Constitución, toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Esta prohibición de doble juicio recibe el nombre de non bis in ídem, y ha sido reconocido por este tribunal constitucional como un derecho fundamental autónomo. El mismo implica que es contrario a la Constitución iniciar un nuevo proceso sancionatorio en contra de una persona que ya fue juzgada por esos mismos hechos, por lo que se prohíbe una nueva investigación, juicio o condena en contra de la persona que ya fue sometida al poder punitivo del Estado. El principio de non bis in ídem, se encuentra ubicado en el centro de las garantías procesales comprendidas por el derecho al debido proceso”.

No obstante, - y de cara a resolver ese aparente desconocimiento del non bis in ídem- es necesario tener en cuenta que en otra oportunidad (mediante la sentencia C-554 de 2001), la Corte Constitucional puso de relieve que

“El principio constitucional del non bis in ídem no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su

atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad (...), en cuya promoción está comprometido el mismo Estado”.

Adicionalmente, en sentencia C-870 de 2002 se ha precisado que

“Para la Corte, cuando el artículo 29 establece que un sindicado en sentido amplio tiene el derecho a no ser “juzgado dos veces por un mismo hecho” no se refiere a una misma circunstancia fáctica, sino a un mismo hecho sancionable, de tal forma que una misma conducta puede generar diversas consecuencias jurídicas, y por ello, ser objeto de distintos juicios concurrentes y diferentes sanciones. En otras palabras, la Corporación ha entendido que un comportamiento humano puede lesionar varios intereses jurídicos que el legislador ha considerado tutelables, y por lo tanto constituir simultáneamente diversas infracciones sancionables”.

Así, de la lectura armónica de las providencias citadas y acudiendo a una interpretación de los dos cuerpos normativos que nos ocupan (Ley 599 de 2000 y Ley 1801 de 2016), es posible concluir que no resulta contrario al principio del non bis in ídem y del debido proceso el hecho que el sistema jurídico colombiano haya consagrado sanciones de tipo administrativo y sanciones de tipo penal ante el desconocimiento de reglas propias del régimen urbanístico, pues éstas tienen como propósito la protección del bien jurídico consistente en el orden económico y social, mientras que aquellas pretenden garantizar la preservación de la convivencia y la seguridad propias del derecho de policía.

SECCION B: El caso “el charquito” en el municipio de Mosquera – Cundinamarca

Hasta este punto se ha expuesto en líneas generales el procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico a la luz de los principios que rigen la función administrativa y del debido proceso. Sin embargo, el caso “el charquito” permite hacer un análisis de los efectos que

la aplicación de este trámite genera en la práctica de cara a establecer si la aplicación del principio de legalidad propio del rito procesal entra en controversia con derechos de corte fundamental de que son titulares los ciudadanos querellados.

Los hechos pueden sintetizarse de la siguiente manera: el 14 de mayo de 2019 la Secretaría de Planeación realizó una visita a un predio localizado en el Sector el Charquito del Municipio de Mosquera, Cundinamarca. El propósito de dicha visita era verificar si la construcción que se ejecutaba en dicho predio contaba con licencia de construcción.

El acta de la visita indica que en la misma se observó que se adelantaban trabajos de construcción de arranque de columnas y cimentación, sin que se contara con la licencia de construcción. Así, mediante memorando de 20 de mayo de 2019 se remitió el respectivo informe por competencia a la Inspección de Policía *“para que se adelante las acciones pertinentes por presunta infracción urbanística y comportamientos contrarios al cuidado e integridad del espacio público (...)”*.

Luego de verificar la titularidad de dominio respecto del predio involucrado a través de la secretaría de hacienda municipal, mediante auto de 12 de agosto de 2019, el Inspector de Policía avocó conocimiento conforme lo regulado en el Artículo 223 de la Ley 1801 de 2016. De acuerdo con dicho acto, se investiga al titular del derecho de dominio (presunto infractor) por *“Parcelar, urbanizar, demoler, intervenir o construir (...) con desconocimiento a lo preceptuado en la licencia”*.

En consecuencia, el 05 de septiembre de 2019 se adelantó la audiencia pública con presencia del presunto infractor. De los descargos rendidos se tiene que el presunto infractor manifiesta que el predio tiene tres titulares, sin que se pudiera *“desenglobar”* dado que la Secretaría de Planeación no emite licencia para tal propósito. Indicó también el presunto

infractor que él construyó su casa hace unos dieciséis años y que quien realmente ejecuta la actual obra es su hermana, quien en cabeza de familia y carece de la posibilidad de pagar un canon de arrendamiento.

Según el presunto infractor, su hermana optó por iniciar la obra de construcción de su vivienda dado que pese a que ha solicitado licencia de construcción la misma no le ha sido otorgada por la administración municipal. Según el dicho del presunto infractor, los predios localizados en el sector el charquito corresponden a estrato uno.

Así, establecida la copropiedad sobre el predio que nos ocupa, la Inspección de Policía vinculó al procedimiento a las otras dos titulares del derecho de dominio. Cuando el despacho interrogó a la mujer que en apariencia adelanta la obra, se tuvo según su declaración que lleva unos diecinueve años solicitando licencia de construcción ante la alcaldía de Mosquera, sin que se le explicara las razones de tal negativa. Refiere que ese terreno es su única propiedad y que carece de la capacidad económica para pagar un canon de arrendamiento, razón por la cual decidió iniciar el proceso constructivo.

En cuanto a la etapa probatoria, según consta en el acta de la diligencia, el presunto infractor inicialmente vinculado al proceso fue el único que solicitó el decreto de pruebas, aportando Certificado de Tradición y Libertad del predio involucrado en el asunto y acto de medida correctiva de suspensión de obra de 03 de septiembre de 2019.

Por su parte, la inspección de policía decretó de manera oficiosa que se solicitara a la secretaría de hacienda municipal que informara el valor catastral del predio involucrado en el asunto y que se solicitara a la secretaría de planeación el certificado de estratificación del mismo. Así mismo, ordenó se practicara diligencia de inspección ocular con intervención de un servidor

público especializado designado por la secretaría de planeación, estableciendo en el acta los puntos sobre los cuales debería versar su concepto.

De acuerdo con el acta de la audiencia, practicadas las pruebas la Inspección de Policía decidió suspender la obra y mantener los sellos de suspensión de la obra. Se observa que el documento comentado indica que ninguno de los vinculados al proceso interpuso recurso alguno en contra de la decisión, quedando ésta en firme.

Adicionalmente, el 18 de noviembre de 2019 se realizó diligencia de inspección ocular al predio con asistencia del profesional especializado designado por la Secretaría de Planeación, quien en posterior oportunidad entregó la respuesta del cuestionario a él entregado, de lo que en síntesis se resalta que concluyó que se adelantó un avance de obra sin contar con licencia de construcción en el predio involucrado en el procedimiento sancionatorio, detallando las condiciones técnicas.

Posteriormente, y con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19 y las medidas de aislamiento ordenadas por el gobierno nacional, departamental y municipal la Inspección de Policía ordenó suspender las audiencias correspondientes al proceso verbal abreviado por infracción urbanística que nos ocupa.

El escenario fáctico y procesal que se ha descrito permite formular algunas reflexiones en punto de la aplicación del procedimiento verbal abreviado contenido en la Ley 1801 de 2016:

1) Se trata de un caso de copropiedad derivado al parecer de un proceso de sucesión, en el cual no ha resultado procedente la división material del predio, por lo que de hecho el inicial presunto infractor construyó su vivienda y ahora su hermana intenta desarrollar las obras de construcción de su vivienda pese a la imposibilidad de obtener la respectiva licencia de construcción.

Esta es una situación que podría tender a complicarse, pues la muerte es un hecho inevitable para el ser humano, por lo que es posible prever que ante el eventual fallecimiento de los hoy copropietarios sus herederos resulten siendo consecuentemente titulares del derecho de dominio, incrementándose el número de copropietarios.

2) Las personas involucradas en el proceso refieren presentar una condición económica precaria, en la que el predio de su copropiedad es su única pertenencia y consecuentemente el único en que podrían concretar el ejercicio de su derecho a la vivienda digna, derecho que se ve limitado dado que a) pese al paso de los años la mujer que manifiesta adelantar la obra de construcción no ha logrado obtener la licencia de construcción y b) porque las medidas tomadas dentro del trámite procesal que nos ocupa le impide avanzar en la obra, lo que a su vez impide el acceso a una vivienda.

CAPITULO 2

El interés general, los derechos colectivos y los derechos fundamentales confrontados por la imposición de la facultad sancionatoria urbanística

Una vez expuesto el marco que rige el procedimiento sancionatorio urbanístico y planteado el escenario fáctico y procesal que ha rodeado el caso “El charquito”, es conveniente profundizar en la relación existente entre el interés general, los derechos colectivos y los derechos fundamentales respecto del mencionado procedimiento.

Así, será posible delimitar y comprender la tensión que entre dichos bienes jurídicos puede presentarse en el marco del trámite de los procedimientos sancionatorios urbanísticos, así como sus consecuencias prácticas con el propósito de encontrar una solución.

SECCIÓN A: El interés general y el procedimiento sancionatorio urbanístico

El Artículo 1 de la Constitución Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en la prevalencia del interés general. Por su parte, el Artículo 2 constitucional consagra los fines esenciales del Estado, encargando en las autoridades el aseguramiento del cumplimiento de tales fines.

Siguiendo a lo sostenido por PAREJO en el prólogo de la obra de MARIN (2007), el interés general es un principio de rango constitucional *“que gobierna el proceso de establecimiento, aplicación e interpretación del Derecho referido a la identificación y satisfacción de las necesidades y los fines públicos”*

Aunado a esto, y teniendo en cuenta que *“la ordenación del territorio es en la actualidad una de las apuestas más importantes para consolidar el desarrollo de un país”* (Hinestroza, 2020), es posible considerar que el procedimiento sancionatorio urbanístico se fundamenta en el interés general, pues a través del mismo se garantiza de un lado la convivencia pacífica, pero a su vez la potenciación del país al lograr el desarrollo urbanístico organizado de su territorio dentro del concepto de desarrollo sostenible.

Matallana (2013) ha sostenido que la prevalencia del interés general es presupuesto de la función administrativa y que ésta guarda una estrecha relación con los fines estatales. Así, el poder sancionador se fundamenta en la autotutela administrativa, la cual exime a la Administración del deber de acudir al juez, y le dota de la capacidad de pronunciar actos jurídicos y los instrumentos necesarios para ejecutarlos (OSPINA GARZÓN, 2018).

En síntesis, es posible considerar que el poder sancionatorio y particularmente en materia urbanística hace parte del concepto de policía administrativa, que en su faceta de actividad ordenadora permite la prevención de peligros y riesgos en el desarrollo de actividades

desarrolladas por los particulares (SANTOFIMIO, 2014), lo que se traduce en que el poder sancionatorio es un mecanismo directamente encaminado a preservar la prevalencia del interés general.

“Un punto neurálgico de la planificación urbanística se reconoce en las tensiones entre los intereses colectivos y los individuales, concretándose, sobre todo, en la relación propiedad del suelo/planificación urbana” (Jurado y Martín, 2017). Es posible a su vez considerar que la planificación urbanística implica el ejercicio de la actividad ordenadora de la administración, que tiene toda la virtualidad para incidir y generar algunas limitantes en la vida social, económica, política y civil de los particulares (Santaella, 2020).

SECCIÓN B: El procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico como limitante al derecho a la propiedad y de manera específica al derecho a la vivienda digna.

Teniendo claridad en el sentido que el procedimiento administrativo sancionatorio en materia urbanística guarda una especial relación con el interés general, vale la pena reflexionar sobre los posibles choques entre la prevalencia de éste y la obligación de proteger y garantizar derechos fundamentales, además de derechos sociales, económicos y culturales, tarea que se encuentra radicada en todos los agentes del Estado, siendo el Municipio (entidad fundamental de la división político administrativa del Estado a la luz del Artículo 311 de la Constitución) el primer llamado en tal sentido.

Así, revisando el catálogo de derechos contenidos en la parte dogmática de la Constitución, es posible entonces considerar -en primer lugar- que las restricciones que contiene el derecho sancionatorio urbanístico –así como las limitantes propias de las denominadas licencias urbanísticas- versan sobre el derecho de propiedad consagrado en el Artículo 58 de la Constitución Política (Santaella, 2020).

En tal virtud, se ha consagrado la regla según la cual cuando se presente conflicto entre el interés general y el interés particular aquel resulta prevalente.

Adicionalmente, es necesario recordar que el citado Artículo 58 guarda estrecha relación con el derecho consagrado en el Artículo 51 de la Carta Política, según el cual, *“todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna”*, señalando además que *“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”*.

Sobre este particular, vale la pena llamar la atención en que la vivienda digna es un derecho programático, un fin del Estado, por lo que tanto el legislador como el juez deben intervenir para llegar a su concreción (Olano, 2006). No obstante, -y lamentablemente- la realidad colombiana muestra que muchos de sus habitantes carecen de vivienda.

Autores como OLANO (Ibidem, 2006) han puesto de relieve que la vivienda digna no es un derecho fundamental como tal, aunque puede ser protegido por vía de la acción de tutela toda vez que su vulneración podría correlativamente implicar una violación a la dignidad humana, además de ser contrario a la protección especial que el Estado debe ofrecer a la familia como núcleo esencial de la sociedad.

En suma, el derecho a la vivienda digna si bien no es un derecho de corte fundamental sí corresponde a un derecho de tipo asistencial, digno de protección a través de la acción de tutela dada su íntima relación con el derecho a la dignidad humana, que sí tiene una naturaleza fundamental. Sobre este particular, vale la pena recordar -siguiendo a OSPINA (2014)- que *“respecto de los derechos económicos, sociales y culturales el juez los calificó durante mucho*

tiempo, como programáticos, es decir, como reconocimientos de aspiraciones a las que algún día se debería llegar”.

Es posible afirmar que la acción de tutela transformó nuestro Derecho administrativo (Ibidem, OSPINA) y la eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, es útil poner de relieve que en ese camino la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido evolucionando en la construcción y análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna.

Así, en una etapa inicial (por ejemplo, en Sentencia T-495 de 1995) sostuvo el máximo guardián de la carta política que el derecho a la vivienda digna tiene un contenido social que

“no le otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir en forma inmediata y directa del Estado su plena satisfacción, pues se requiere del cumplimiento de condiciones jurídico-materiales que lo hagan posible. De manera que dadas dichas condiciones, el derecho toma fuerza vinculante y sobre el mismo se extenderá la protección constitucional, a través de las acciones establecidas para tal fin”.

Más adelante, en lo que podríamos denominar segunda etapa, la Corte Constitucional ha puesto de presente que *“(...) la noción de vivienda digna incluye contar con un lugar propio o ajeno, que le posibilite a la persona desarrollarse en unas condiciones mínimas de dignidad y seguridad, así como le permita satisfacer su proyecto autónomo de vida”* (Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2013).

En tal sentido, una vivienda digna *“debe contar con condiciones adecuadas que no pongan en peligro la vida y la integridad física de sus ocupantes, pues ella, además de ser un refugio para las inclemencias externas, es el lugar donde se desarrolla gran parte de la vida de las personas que la ocupan, por lo que «adquiere importancia en la realización de la dignidad*

del ser humano»”. Nótese cómo en esta segunda etapa la comprensión de la naturaleza del derecho que nos ocupa empieza a tener más matices de “fundamental”, dada su conexidad con la dignidad del ser humano.

Y es que, al tenor del Artículo 1 de la Constitución Política, la dignidad del ser humano es una de las bases de nuestro Estado Social de Derecho. De acuerdo con este principio, toda persona goza de una serie de bienes que le son debidos porque sin ellos no podría ser ni actuar conforme a su dignidad. Se trata de los conocidos en el lenguaje técnico jurídico como derechos humanos o derechos fundamentales (Hoyos, 1994).

Años más tarde, por ejemplo, en Sentencia T-327 de 2018, la Corte reconoce que el derecho a la vivienda digna es un derecho fundamental, debido principalmente a que la adopción del modelo de Estado Social de Derecho conlleva al reconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como fundamentales.

Así mismo, esta providencia es enfática al señalar que *“a pesar de que las prestaciones requeridas para la satisfacción de esta garantía deben ser precisadas por las instancias del poder, es común a todos los derechos constitucionales cierto grado de indeterminación”*, por lo que distingue entre naturaleza del derecho y su eficacia, concluyendo entonces que un derecho fundamental puede tener distintos grados de eficacia.

Ahora bien, de la enunciación del derecho a la vivienda digna, de conformidad con el comentado Artículo 51 constitucional, es posible plantear un interrogante básico: ¿puede cualquier persona en Colombia exigir al Estado que le proporcione una vivienda? En caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, ¿qué entidad o qué mecanismos tendrían las personas para acceder a dicha prestación?

Y las inquietudes arriba planteadas ponen de presente las dificultades de interpretación y aplicación del Artículo 51, las cuales han sido reconocidas por la Corte Constitucional, la cual ha puesto de presente que la configuración positiva de la disposición es compleja, pues contempla diversas hipótesis que exigen tratamientos jurídicos distintos (Corte Constitucional. Sentencia T-958 de 2001).

Así las cosas, siguiendo al profesor JULIO ESTRADA (citado por PAULA ROBLEDO), es posible afirmar que el precepto constitucional que nos ocupa se caracteriza por su doble indeterminación. Es decir, de un lado la norma posee una indeterminación semántica, ya que no concreta el alcance de las distintas expresiones en ella contenidas y a su vez presenta una indeterminación normativa, ya que no es posible establecer con claridad cuáles interpretaciones del Artículo 51 son válidas y cuáles no.

Arriba quedó dicho que el legislador y el juez son los primeros llamados a concretar y hacer efectivo el derecho a la vivienda digna. Así las cosas, en primer lugar, correspondería a la rama legislativa dotar de reglamentación el mandato constitucional en comento, de modo que se supere la indeterminación que el constituyente ha impreso en la norma superior.

Adicionalmente, si se sostiene que los jueces están llamados a hacer efectivo el derecho a la vivienda digna, es necesario recordar que el Artículo 241 superior señala que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En tal virtud, sería esta Corte la llamada a proteger a través de su labor judicial el núcleo esencial del derecho, lo que dota de contenido y alcance a la norma. Lo propio ocurrirá con aquellos jueces que conozcan procesos de acciones de tutela sobre el particular.

En concordancia con tal conclusión, y siendo clara la naturaleza de derecho fundamental propia del derecho a la vivienda digna, vale la pena indagar si la acción de tutela es procedente

como mecanismo para garantizar el derecho en cuestión. Sobre este particular, es necesario resaltar que la Corte Constitucional ha puesto de relieve que la protección a dicho derecho está condicionado a la posibilidad de que se traduzca en un derecho subjetivo, por lo que su procedencia puede darse en tres hipótesis:

“i) cuando se pretende hacer efectiva la faceta de abstención de la vivienda digna (no intervención arbitraria estatal); ii) siempre que se presenten pretensiones relativas a derechos subjetivos previstos en el marco de desarrollos legales o reglamentarios; y iii) en los eventos en que por una circunstancia de debilidad manifiesta, la intervención del juez de tutela sea necesaria con el fin de adoptar medidas encaminadas a lograr la igualdad efectiva. Por lo tanto, la vivienda digna es un derecho fundamental autónomo cuyo amparo por vía de tutela solo es viable si se trata de un derecho subjetivo”.

Hecho el anterior análisis en punto del derecho fundamental a la vivienda digna, y de cara a avanzar en el estudio casuístico propuesto, es necesario precisar que en el caso “el charquito”, la presunta infracción se refiere a la ausencia de licencia de construcción. Y sobre este punto es necesario resaltar que autores como María Juliana SANTAELLA (2020) han sostenido que el licenciamiento urbanístico no tiene otro propósito que la protección del interés general.

En tal sentido, la citada profesora en su ponencia *“Las licencias urbanísticas como instrumento de concreción de la norma urbana: análisis de los aspectos relevantes”* (Compilado por RINCON (2020) sostiene que:

“(...) la licencia no sólo autoriza a su titular para la construcción (...) sino que, además, garantiza que estas actividades se realizarán de conformidad con las normas jurídicas, técnicas, arquitectónicas, etc. que le sean aplicables, lo que permite la protección del interés general”.

Así, el caso concreto presenta un escenario de tensión entre el interés general que pretende garantizar el procedimiento sancionatorio y el interés particular traducido en el derecho fundamental a la vivienda digna, derecho que en el caso concreto solo puede concretarse para los presuntos infractores a través del desconocimiento de la normatividad urbanística, pues este es el único camino para lograr el acceso a una vivienda.

Este caso, -así como muchos otros que seguramente encontraremos en nuestros municipios- nos permite concluir que no basta con el estudio y continua construcción del derecho urbanístico y del procedimiento sancionatorio urbanístico desde una perspectiva meramente sustancial y procesal, sino que la realidad exige a los funcionarios dar un manejo y solución a los casos concretos partiendo de una comprensión técnica e incluso política del problema, más aún cuando la realidad colombiana presenta una sociedad caracterizada por las profundas desigualdades y dificultades en el acceso a servicios básicos.

En efecto, no se trata de un escenario sencillo: de un lado, las vicisitudes de orden económico y social que nuestra población enfrenta y por otro la indeterminación característica del Artículo 51 de la Constitución Política.

Esta situación se torna aún más compleja si tomamos en cuenta que *dura lex sed lex* y que en consecuencia el funcionario público encargado de tramitar los procedimientos administrativos sancionatorios en materia urbanística debe aplicar el silogismo jurídico de manera precisa en cada caso concreto, por supuesto, sin desconocer los parámetros mínimos del debido proceso, consagrado como derecho fundamental en el Artículo 29 de nuestra carta constitucional.

En este orden de ideas, es necesario recordar que el ordenamiento jurídico colombiano ha asignado un rol protagónico a las entidades territoriales, principalmente a los municipios en lo que tiene que ver con el derecho a una vivienda digna (Robledo, 2010 P. 229).

No obstante, para que este derecho sea efectivo -especialmente para las personas más desprotegidas- se hace necesario que los distintos actores del Estado diseñen políticas públicas en materia de vivienda, lo que debe partir de la base de un adecuado desarrollo legislativo y la asignación de los recursos suficientes para que dichas políticas tengan posibilidad de convertirse en hechos concretos.

En tal virtud, recientemente fue sancionada la Ley 2079 de 2021, la cual -según su artículo 1- tiene por objeto *“reconocer la política pública de hábitat y vivienda como una política de Estado (...) de cara a formular y ejecutar la política habitacional urbana y rural en el país, “con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una vivienda y hábitat dignos para todos los colombianos”*.

La ley en comento asigna al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio la tarea de diseñar los instrumentos técnicos, administrativos, jurídicos y financieros para la asesoría e implementación de programas y proyectos habitacionales que contemplen de manera integral la producción de vivienda en las modalidades de adquisición de vivienda, construcción de vivienda de interés social, mejoramiento de vivienda y entornos rurales dignos, orientados a la generación de la oferta requerida para satisfacer los requerimientos del país.

Llama la atención que al plantear los objetivos que se persiguen a través de la Ley 1029 de 2021, en el numeral 3 se establece que la norma pretende *“garantizar la utilización del suelo y habitabilidad por parte de sus propietarios, ajustada a la función social y ecológica de la propiedad y que permita hacer efectivos los derechos constitucionales a la vivienda y a los servicios públicos domiciliarios”*.

Nótese cómo la disposición en comento insiste en la consideración según la cual la propiedad cumple una función social, buscando garantizar la utilización del suelo y la

habitabilidad por parte de sus propietarios. Puede tratarse de un objetivo bastante idealista, pues no es posible desconocer que los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios por regla general establecen la imposibilidad de llevar a cabo obras constructivas en determinados terrenos (por ejemplo, por tratarse de zonas de protección ambiental, zonas de riesgo de desastre o zonas de expansión urbana sin reglamentación, etc).

Es decir, se trata de un escenario en el que pese al intento legislativo de generar lineamientos necesarios para la adopción y puesta en marcha de una política pública de vivienda los mismos se quedan cortos frente a las realidades que la práctica presenta, principalmente en punto de aquellos casos en que los ciudadanos ejecutan la construcción de sus viviendas familiares en predios sobre los que jurídicamente no es procedente la expedición de una licencia urbanística.

Así, vale la pena indagar entonces sobre cuáles serán los mecanismos que prevé el legislador de cara a garantizar el derecho a la vivienda digna de los propietarios de predios que enfrentan la situación enunciada en precedencia, más aún cuando se evidencia que la norma que nos ocupa contiene básicamente lineamientos en materia de subsidios, créditos y programas de mejoramiento de vivienda.

Otro aspecto por resaltar de la reciente ley es que la misma señala que la misma pretende la promoción de la concurrencia, corresponsabilidad y articulación de la Nación, las entidades territoriales, las autoridades ambientales, las entidades descentralizadas, los esquemas asociativos territoriales, las áreas metropolitanas y entidades otorgantes del subsidio familiar y las instancias y autoridades administrativas y de planificación del ordenamiento del territorio.

Y esta disposición reproduce el postulado básico del principio de coordinación consagrada constitucionalmente. En este punto, vale la pena recordar lo que la Corte Constitucional ha establecido sobre el particular en sentencia SU-095 de 2018:

El Artículo 1° superior reconoce que el modelo de organización política es descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales. En ese sentido, la carta política ha optado por la asignación de un grado de autonomía a favor de las entidades territoriales. En ese orden, para garantizar una armonización entre el principio de Estado unitario y el de autonomía territorial la Constitución dispone de forma expresa: (i) las facultades de las entidades territoriales, (ii) la asignación de competencia al Congreso para regular el grado de autonomía de las entidades territoriales y (iii) los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad entre la Nación y los entes territoriales. (subrayado fuera del texto original)

Para el caso del principio de coordinación, vale la pena recordar que éste constituye una guía para “la actuación de la Administración Pública (...)” e implica que las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. Así las cosas, las autoridades administrativas deberán concertar sus actuaciones con las demás autoridades de modo que se logren los fines del Estado sin el menoscabo de los derechos de los particulares.

En este orden de ideas, el rol de los municipios en punto de ordenamiento territorial consiste en reglamentar de manera específica los usos del suelo, de acuerdo con las leyes, optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos.

Continuando con el estudio de la Ley 2079 de 2021, es necesario señalar que en el Artículo 5 dicha norma consagra algunos principios que iluminarán la formulación y ejecución de la política pública de vivienda y hábitat, tales como la equidad, la vivienda digna y de calidad, la transparencia y eficiencia, la garantía de accesibilidad a servicios públicos y equipamientos de calidad como pilares de mejoramiento, la integración regional, el enfoque diferencial, sostenibilidad, mitigación del riesgo, articulación de políticas y el principio de no regresividad.

Ahora bien, como se venía indicando, la Ley 2079 de 2021 consagra como mecanismos para ejecutar la política pública la entrega de créditos, subsidios, programas de mejoramiento de vivienda y participación del sector privado, tal como lo prevé su Artículo 25. Será necesario advertir que los mecanismos enunciados requerirán reglamentación por parte del Gobierno Nacional.

Sumado a lo anterior, es de indicarse que la previsión según la cual es posible el desarrollo de la política pública a través de la participación del sector privado resulta de singular importancia, más aún si se tiene en cuenta que la consolidación de la inversión en la actividad constructora es fundamental para la producción de capital (FIQUE, 2008. P. 79) y la reactivación económica tan necesaria hoy como consecuencia de la crisis económica y social derivada del virus COVID 19. Esto se traduce por supuesto en una herramienta tendiente al mejoramiento de las condiciones y calidad de vida de toda la población.

Por supuesto este espacio se queda corto de cara al estudio detallado de la Ley 2079 de 2021 y extralimitaría los fines del trabajo, por lo que bastará mencionar que además de lo reseñado, la citada norma contiene algunas novedades en materia de ordenamiento territorial y desarrollo urbano, modificaciones a la Ley 388 de 1997 en punto de concertación de aspectos ambientales relativos a los planes de ordenamiento territorial, actuaciones urbanísticas, etc.

En síntesis, pese a la expedición de la Ley 2079 de 2021 el camino para que la política pública en comento sea una realidad y logre la garantía del derecho a la vivienda digna de conformidad con el Artículo 51 constitucional es aún largo, pues requiere su pronta reglamentación por parte del Gobierno Nacional y adicionalmente, porque como arriba quedó anotado, no resuelve el problema de aquellos propietarios que solamente cuentan con un terreno para construir su vivienda familiar sin que jurídicamente sea viable la obtención de una licencia urbanística, lo que sigue poniendo de presente la existencia de una tensión entre el derecho urbanístico como mecanismo para garantizar el interés general y el derecho fundamental a la vivienda digna.

Tal conclusión refuerza la importancia del presente trabajo, por lo que en los siguientes acápites se intentará plantear un escenario que permita la protección del derecho fundamental a la vivienda digna, propendiendo por la salvaguarda de los fines esenciales del Estado.

PARTE II

El test de proporcionalidad: ¿una herramienta adecuada para resolver la tensión existente entre el derecho urbanístico y los derechos fundamentales?

Como se ha venido sosteniendo, es posible que el actual régimen sancionatorio por infracciones urbanísticas ponga en evidencia el choque y tensiones existentes entre dos tipos de intereses jurídicos tutelados, más aún cuando se evidencia el carácter de fundamental propio del Derecho a la vivienda digna.

En este punto del trabajo, es necesario poner de presente que la aplicación del procedimiento administrativo sancionatorio corresponde a una forma de actuación de la administración, de modo que el mecanismo jurídico que la concreta corresponde a los actos administrativos, entendidos como “*manifestaciones de voluntad de la administración tendientes*

a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos” (RODRIGUEZ, 2013).

Las decisiones a través de las cuales la administración resuelve procedimientos administrativos sancionatorios urbanísticos, son verdaderos actos administrativos, y en tal virtud, los mismos pueden ser objeto de control jurisdiccional a través de los denominados medios de control, principalmente los de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho (Artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo).

Lo cierto es que, respecto del procedimiento sancionatorio urbanístico, tanto en sede administrativa como sede judicial, los operadores jurídicos se enfrentan al escenario de confrontación entre interés general y el derecho fundamental a la vivienda digna. Es por esto que en los próximos renglones se hará un examen tendiente a establecer si el test de proporcionalidad es o no una metodología procedente de cara a resolver tal conflicto.

Tan es así que en casos como “el charquito”, en que dichas tensiones se presentan ostensibles, es probable que los ciudadanos involucrados en los procedimientos sancionatorios acudan a la autoridad judicial en búsqueda de la garantía de sus derechos. Así las cosas, el problema jurídico común que tendrá por resolver el juez de cara a conceder o no el amparo que soliciten los ciudadanos, puede sintetizarse en la siguiente pregunta:

¿El derecho a la vivienda digna es prevalente respecto del interés general?

Y ese problema jurídico se torna aún más complejo en el caso que se encuentren involucrados en el asunto personas con especial protección constitucional, tal como ocurre por ejemplo con los niños, niñas y adolescentes (Artículo 42 de la Constitución Política) cuyos derechos “prevalecen sobre los derechos de los demás”, o con personas de la tercera edad y/o adultos mayores (tal como lo ha precisado la Corte Constitucional en Sentencia T-252 de 2017).

Para dar respuesta al problema jurídico enunciado, el juez debería entonces tener en cuenta que el procedimiento sancionatorio en materia urbanística debe observar en todas sus etapas el principio de debido proceso, consagrado como garantía fundamental en el Artículo 29 de la Constitución y en otros instrumentos de derechos internacional que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad.

Así mismo, es fundamental recordar que el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 consagra el principio de proporcionalidad, de modo que la Administración debe al momento de tasar o asignar la sanción deberá garantizar que la decisión sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. Es decir, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de los funcionarios hace parte de la garantía del debido proceso.

Así las cosas, es necesario considerar que ante la *“presencia de disposiciones que limitan derechos o principios constitucionales”* (LOPEZ, 2009. P.156) la Corte Constitucional colombiana ha aplicado el test de proporcionalidad. Este aspecto resulta fundamental, más aún si se tiene en cuenta que

“No puede desconocer el jurista que antes que la norma, que las decisiones judiciales, que el daño, que el patrimonio, que la propiedad, que los bienes, que los delitos, etc., está la realidad de la persona humana, hacia lo cual todo su oficio converge. (...) la reflexión acerca del Derecho – todo el conocimiento jurídico-, separada de la realidad personal, desconoce la íntima relación entre Derecho y persona” (MORA, 2005. P. 265).

En concordancia con lo anterior, y siguiendo al maestro MORA RESTREPO (ibidem, P. 282), es de resaltar que el oficio del jurista tiene una finalidad específica: la búsqueda de la verdad jurídica, lo que consiste en determinar lo justo y lo debido en los casos concretos. Y tal finalidad

debe ser el fin último que siga el funcionario que instruye el procedimiento sancionatorio urbanístico, logrando así la “vigencia de un orden social justo”, a la luz del Artículo 2 de nuestra carta política.

CAPITULO III

El test de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y su aplicación a los derechos urbano y fundamentales

Para dar un adecuado contexto a este acápite del trabajo, es necesario referir que el uso de los denominados test por parte de los tribunales constitucionales es una de las notas características del neoconstitucionalismo, el cual ha implicado el uso de nuevas figuras en el derecho constitucional de modo que se supere el excesivo formalismo propio del positivismo jurídico, pretendiendo el ejercicio de un control atendiendo los postulados básicos del Estado Social de Derecho.

En ese orden de ideas, sostiene ARMENTA (2019. P. 122) *“el test de proporcionalidad viene siendo uno de los métodos hermenéuticos más utilizados por la Corte Constitucional para el ejercicio del control constitucional, abstracto o concreto, en todas las temáticas del derecho (...)”*.

Tal como se indicó líneas arriba, el test de proporcionalidad tiene como propósito proteger los derechos fundamentales frente a limitaciones excesivas, desproporcionadas o injustificadas. Por tanto, a continuación, se hará un estudio de la aplicación del citado test, para finalmente determinar si el mismo resulta ser una herramienta adecuada y eficaz de cara a resolver la continua tensión existente entre el derecho urbanístico sancionatorio y los derechos fundamentales.

SECCIÓN A: El test de proporcionalidad y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional

Antes de describir la utilización del test de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional, es necesario hacer una referencia al origen y desarrollo del principio de proporcionalidad. Sobre el particular, algunos autores como ZUÑIGA y MARTINEZ (P. 67) han sostenido que *“este principio es el equivalente europeo continental al principio de razonabilidad”*, teniendo origen en el derecho prusiano de policía, en el cual el principio de proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual.

Sostienen los citados autores que a partir de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 el Tribunal Constitucional Federal desarrolló el concepto de proporcionalidad con relación a los derechos fundamentales y el estado de derecho. La jurisprudencia de este tribunal muestra que el principio de proporcionalidad es un instrumento eficaz para resolver las tensiones entre el individuo y el poder público.

Y Para el caso colombiano sostiene ARMENTA (P.144), la Corte Constitucional acudió desde sus inicios al test de proporcionalidad. Sobre esta herramienta ha indicado la Corte Constitucional que

“En la jurisprudencia han sido reconocidos como elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo

constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. b. La necesidad, hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido. c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia”. (Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2015).

Es necesario tener presente que quizá el más grande exponente del test de proporcionalidad es el maestro ALEXY, quien en su construcción dogmática plantea la distinción entre principios y reglas. Según este autor (citado por COVARRUBIAS, 2017. P. 480),

“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las

posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas. (...). En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.

En ese orden de ideas, y de acuerdo con el texto citado, es posible considerar que los derechos fundamentales son principios, es decir, *“mandatos de optimización”*.

Consecuentemente, en ese ejercicio de ponderación, resulta necesario aplicar tres pasos:

“determinar el peso del derecho fundamental afectado por el acto regulatorio y discernir el peso o grado de importancia del principio que se busca favorecer. Segundo, comparar ambos para establecer si la relevancia de uno justifica la restricción del otro. En este ejercicio de atribución de pesos que permiten comparar los principios en juego, no sólo se examina la intensidad de la injerencia en el derecho (leve a grave) versus el grado de satisfacción del principio promovido (indiferente a muy importante) sino también la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se afectará el derecho o con las que se protegerán los principios, según las condiciones del caso. Tercero, en definitiva, el acto estatal sometido al test será constitucional mente legítimo cuando el beneficio que irroga para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se busca alcanzar con su dictación es superior al costo que dicha regulación significa para el derecho fundamental perjudicado” (Ibidem, COVARRUBIAS. P. 481).

Lo anterior permite concluir de manera preliminar que si bien la Corte Constitucional ha utilizado inclusive desde sus primeros años de actividad el denominado test de proporcionalidad siguiendo los postulados de la construcción dogmática de Robert Alexy y en general de la

corriente del neoconstitucionalismo, todo apunta a que dicha metodología -aplicada al asunto central del presente trabajo- no resulta del todo apropiada a la hora de intentar solventar la tensión existente entre el interés general que persigue la aplicación del procedimiento sancionatorio en materia urbanística y la garantía del derecho a la vivienda digna.

En consecuencia, tampoco las autoridades encargadas de sustanciar dichos trámites podrán hacer uso de una metodología similar, pues tal como se profundizará más adelante el test de proporcionalidad no está desprovisto de discrecionalidad o arbitrio, bien sea del funcionario público que impulsa el trámite sancionatorio o del juez que ejerce control constitucional sobre el mismo.

Y es que precisamente en esas situaciones de tensión entre los derechos individuales (principalmente de corte fundamental) y el interés general, resulta útil recordar

“En esos conflictos de principios, los jueces deben sacrificar un derecho o un principio constitucional para proteger otro. (...) Para resolver el conflicto, el juez no puede echar mano de sus afectos, desafectos o preferencias, sino que debe decidir con base en una especie de comparación entre costos y beneficios de la solución que tome, de forma tal, que su decisión aparezca como racional o razonable”. (TAMAYO, 2011.P. 1054).

SECCIÓN B: El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Haciendo una revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha observado que éste alto tribunal ha acuñado desde el año 2011 la denominación “test de proporcionalidad” en algunas providencias emitidas por la Sección Tercera. Todo indica que la primera vez que esta corporación mencionó el test de proporcionalidad fue en sentencia 19434 de 25 de julio de 2011,

con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio, la cual fue emitida con ocasión de un proceso de reparación directa que tenía dentro de sus pretensiones la reparación del daño moral.

Vale la pena recordar que dicho fallo pone de relieve que la jurisprudencia del Consejo de Estado desde el año 2001 había acogido el sistema de *arbitrium iudicis* para efectuar la tasación del daño moral.

Aunado a esto, se sostiene en la comentada providencia que dicho sistema carecía de un esquema objetivo que respondiera a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por lo que se decidió desde entonces hacer uso del test de proporcionalidad.

En el citado fallo, el Consejo de Estado, indicó que el test de proporcionalidad comprende tres subprincipios, precisando lo siguiente:

“En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad.

En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en él o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes.

Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento”.

No obstante, la sentencia 20144 de 19 de agosto de 2011 presenta una fractura en las tendencias al interior de la misma Sección Tercera del Consejo de Estado. En este caso, a través

de una acción de reparación directa se pretendía por los accionantes la reparación de daños morales.

Pero en esta ocasión, llama la atención que se puso de presente en el cuerpo de la providencia que se aplicarían los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para tomar la decisión en el caso concreto. No obstante, los entonces Consejeros Olga Mélida Valle De La Hoz y Enrique Gil Botero aclararon sus votos, manifestando su desacuerdo en la utilización del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales.

Y es que el uso del test de proporcionalidad no es el mecanismo adecuado para tasar el valor de la indemnización por daños morales, pues éste ha sido utilizado por la Corte Constitucional en sus decisiones para resolver problemas jurídicos que versan sobre la colisión de dos principios constitucionales.

No obstante, se observa que el desarrollo que el Consejo de Estado realizó respecto de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad no coinciden con las que ofrece la Corte Constitucional. Es decir, se trata de una construcción teórica que el juez elaboro, pero que corresponde más al uso de su arbitrariedad judicial que a un parámetro enteramente objetivo e indiscutible.

Otra oportunidad en la que el Consejo de Estado ha utilizado la denominación “test de proporcionalidad” corresponde a una providencia emitida dentro del Expediente 59179 fechada de 29 de enero de 2018 con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio. En esta oportunidad,

“(...) se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres

escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible”.

Vale la pena preguntar si lo anterior corresponde a una verdadera aplicación del test de proporcionalidad, pues no se entiende cuál es el conflicto o tensión entre derechos fundamentales en un trámite de fijación de agencias en derecho en un proceso judicial.

Así las cosas, es posible considerar que la concepción que el Consejo de Estado colombiano ha desarrollado frente al test de proporcionalidad dista de los criterios de la Corte Constitucional. Aunado a esto, es posible sostener que esta versión del test de proporcionalidad tampoco resulta aplicable a efectos de resolver las tensiones existentes entre el interés general propio del procedimiento urbanístico sancionatorio frente al derecho a la vivienda digna, pues dicho test ha tenido fines distintos a la resolución de tensiones entre principios y derechos fundamentales en el Consejo de Estado, que lo ha usado con el propósito de tasar perjuicios inmateriales e inclusive fijar agencias en derecho.

Es decir, solo es posible considerar en la jurisprudencia colombiana como test de proporcionalidad en sentido estricto el utilizado por la Corte Constitucional.

SECCIÓN C: La eventual aplicabilidad del test de proporcionalidad en la actividad de las autoridades administrativas en punto de derecho urbanístico.

Lo hasta aquí expuesto respecto del test de proporcionalidad permite identificar su concepto, su propósito y alcance, partiendo de construcciones doctrinales y haciendo referencia a lo que nuestras altas cortes (específicamente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado) han entendido por test de proporcionalidad.

No obstante, es necesario poner de presente que la ponderación propia del test de proporcionalidad ha sido criticada por autores como Jürgen Habermas. A continuación, se sintetizará la descripción de los argumentos del citado autor a la luz de los comentarios que sobre el particular realiza Robert ALEXYY (2002. P. 6).

En primer lugar, comenta Alexy que según Habermas, el modelo ponderativo resta fuerza normativa a los derechos fundamentales. En tal sentido, la ponderación de derechos degeneraría en la pérdida de la “primacía estricta”. Así las cosas, para el comentado autor no existen “parámetros racionales” para ponderar, lo que a su vez se traduce en arbitrio.

La segunda objeción que plantea Habermas consiste en afirmar que con la teoría de la ponderación, el derecho sería sacado del ámbito de lo válido, para enfrentarse en adelante al plano de las representaciones ideales, lo que termina coincidiendo con el concepto de discrecionalidad.

Por su parte COVARRUBIAS en su artículo “la desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación”, publicado en la Revista Chilena de Derecho plantea una serie de argumentos que llevan a concluir que *“la proporcionalidad no sirve para todos los casos y derechamente no es pertinente para cierto tipo de controversias de adjudicación constitucional que exigen categóricamente demanda de justicia”* (P. 474).

Así las cosas, tomando en cuenta las críticas que la doctrina ha planteado respecto del test de proporcionalidad, es necesario examinar si las mismas implican la inconveniencia de utilizar esta metodología en la actividad de las autoridades que impulsan los procedimientos administrativos sancionatorios urbanísticos y en la labor de los jueces que ejercen control sobre dicha actividad administrativa.

A continuación se expondrán algunas reflexiones que permitirán dilucidar tal aspecto.

En primer lugar, si se revisa el modo en que el Consejo de Estado adoptó el test de proporcionalidad en su jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios extrapatrimoniales, será posible concluir que las consecuencias que las providencias derivan del recuento conceptual terminan siendo en realidad una manifestación del análisis que realice el funcionario y de su propio criterio.

Esto implica que la adopción del test de proporcionalidad en el Consejo de Estado es una manifestación del *arbitrio judicis* del juez, o arbitrio judicial. No obstante, es necesario precisar que dicho arbitrio “*no equivale a abrirle paso a antojadizas intuiciones pergeñadas a la carrera para sustentar condenas excesivas*”. Todo lo contrario, “*impone el deber de actuar con prudencia*”, para lo cual el buen criterio jurídico del funcionario resulta ser un aspecto protagónico.

En síntesis, con base en esta primera reflexión es posible concluir que si bien el test de proporcionalidad no garantiza enteramente criterios objetivos para tomar decisiones en materia de procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico, si implica la exigencia para los operadores tanto en sede administrativa como judicial en el sentido de hacer un buen uso de su criterio jurídico.

Aunado a lo anterior, tampoco resulta adecuada la adopción del test de proporcionalidad para los fines descritos dado que es posible que en algunos casos al momento de realizar el ejercicio de ponderación entre el interés general y el interés particular que se encuentren en confrontación en medio de un procedimiento sancionatorio urbanístico no resulte sencillo para el funcionario o para el juez encontrar un parámetro enteramente racional y objetivo que le permita sustentar adecuadamente por qué asignar mayor peso a uno u otro interés.

Es de resaltar que autores como MARIN (2009) consideran que la ponderación (que como se había anotado anteriormente es propia de la metodología del test de proporcionalidad) resulta inconveniente, pues las razones en las que se fundamentará la elección, si bien pueden llegar a considerarse correctamente justificadas, no permiten en cualquier caso ser calificadas como concluyentes, como definitivas.

Lo anterior implica que si se aplica la ponderación propia del test de proporcionalidad, probablemente no será posible presumir que todos los operadores jurídicos lleguen a una única respuesta correcta ante un caso concreto, lo que puede implicar dificultades de cara a la garantía de la igualdad, como principio del procedimiento administrativo.

En síntesis, la actuación administrativa y la actuación judicial en materia de procedimiento urbanístico sancionatorio no pueden estar desprovistas de la valoración y del criterio propio del respectivo funcionario.

Así las cosas, se insiste en que de cara a resolver de manera adecuada estas tensiones entre interés general y derechos fundamentales -particularmente el derecho a la vivienda digna- que se pueden generar al interior de los procedimientos administrativos sancionatorios en materia urbanística el buen criterio jurídico resulta protagónico, máxime si se tiene en cuenta que las políticas públicas en materia de vivienda no han resultado contundentes.

Así, vale la pena insistir en que en nuestro sistema jurídico los mecanismos a través de los cuales se resuelven asuntos relativos a procedimientos administrativos sancionatorios de corte urbanístico son los actos administrativos y las sentencias judiciales.

Respecto de los actos administrativos es necesario poner de presente que en punto de su clasificación la doctrina ha distinguido entre actos reglados y actos discrecionales (RODRIGUEZ,

2013). Los actos reglados *“son aquellos que expide la autoridad en cumplimiento estricto de un mandato de la ley, la cual no le otorga facultad de tomar decisiones opcionales”*.

Por su parte, los actos discrecionales son aquellos

“(...) expedidos por una autoridad administrativa en escenarios donde el legislador -o aquella en ejercicio de su potestad reglamentaria- no agotó de manera plena y completa alguno de los elementos de los enunciados normativos que a ella atañen. En este evento, y ante la ausencia de cualquier elemento del texto normativo, le corresponde a la administración pública la concreción de los mismos, por lo que en ejercicio de tal potestad discrecional, pueden tomar una decisión” (MILKES, 2018).

La tensión entre interés general y el derecho fundamental a la vivienda digna que nos ocupa permite considerar que el acto administrativo que resuelve el respectivo procedimiento sancionatorio urbanístico es un acto de tipo discrecional, de modo que su argumentación es fundamental de cara a facilitar la actividad de control judicial.

No obstante, se hace necesario precisar que el denominado poder discrecional de la autoridad no puede interpretarse como arbitrariedad. Lo contrario correspondería a un desconocimiento de los fines del Estado o inclusive al fenómeno de desviación de poder.

Según comenta MARIN (2007, p- 145), autores como PAREJO ponen de relieve el cambio de estructura de las normas jurídico-administrativas que se desprende de la dificultad a la que el Derecho se enfrenta para concretar los intereses generales.

Lo hasta aquí expuesto implica la necesidad de estudiar el concepto de discrecionalidad administrativa, la cual *“constituye sin duda una de las cuestiones capitales en el derecho administrativo real que afecta a los ciudadanos todos los días en su relación con las administraciones públicas”* (Fernández-Espinar, 2012).

No obstante, pese a ser un aspecto fundamental del derecho administrativo, la doctrina no ha sido del todo pacífica a la hora de definir en que consiste la discrecionalidad administrativa. Así, por ejemplo, refiere MARIN (Op. Cit, P. 147) que hay doctrinantes que sostienen que la actuación discrecional de la administración es de naturaleza técnica y consiste en *“aportar a la resolución de cada caso conocimientos técnicos objetivos; por tanto razones y no intuiciones personales.”*.

Por su parte, LOPEZ (2015) sostiene que la discrecionalidad administrativa consiste en

“(...) una relativa libertad de elección de motivos, desde el sentido de lo concreto, es decir, de lo que en la realidad resulta ser el proceder discrecional, se traduce su actuar en la existencia de un margen amplio para la elección de motivos, esto implica, que existe un momento, en el accionar administrativo, donde la administración goza de libertad para elegir la “idea”, o lo que es lo mismo el sustento que conduce a tomar determinada acción, de modo, que la discrecionalidad no está demarcada, ni por la referencia en el texto del enunciado normativo del verbo “podrá”, ni tampoco, es una libertad de complementación del supuesto de hecho, ni de elección de una entre varias consecuencias jurídicas, ni de modo alguno, de libertad de valoración de hechos.

También hay quienes sostienen que la discrecionalidad puede definirse como *“una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”* (SESIN, 2004).

Finalmente, vale la pena reseñar que en el artículo *Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico*

colombiano, MARIN (2009) se pregunta si “¿discrecionalidad es igual a libertad?”, ante lo cual considera que sí, pero partiendo de la base que se trata de una libertad relativa, limitada por el bloque de legalidad.

Según el autor, se trata de una libertad no para hacer cualquier cosa, “*sino para establecer criterios objetivos – de componente técnico, económico, político, de conveniencia, etcétera- de decisión*”.

Las definiciones de discrecionalidad administrativa que se han citado implican que frente al margen de libertad que se concede a la administración, necesariamente su actividad debe sujetarse al principio de legalidad. Sobre este particular vale la pena recordar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo en su Artículo 44 establece que

“En la medida que una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (Subrayado fuera del texto legal).

Una interpretación meramente literal de la norma que se comenta permite concluir que pese al margen de discrecionalidad que pueda tener la administración al tomar determinada decisión en materia de procedimiento sancionatorio urbanístico la misma indiscutiblemente debe observar algunos lineamientos mínimos.

Así, por ejemplo, partiendo de la base de que el “*procedimiento para dictar el acto es reglado*” (GÜECHÁ, 2016), el primer lineamiento que deberá cumplir la administración será la observancia de las formas propias del procedimiento administrativo. Así mismo, la decisión deberá estar precedida de la garantía de la plenitud de los componentes propios del debido proceso.

Por supuesto, la aplicación del principio de legalidad en el medio de una decisión discrecional implica que el operador debe lograr que la misma permita el cumplimiento del fin que se persigue a través de la norma sancionatoria. En tal sentido, resulta útil indagar sobre las causas por las cuales se presenta el incumplimiento de la normatividad urbanística.

ALONSO TIMON (2013), atribuye dos causas fundamentales al incumplimiento urbanístico. En primer lugar, el autor indica que dicha situación puede ser consecuencia de la insuficiencia de los medios con que cuentan las administraciones para vigilar el grado de cumplimiento de la ley urbanística. La segunda causa consiste en la lentitud en la aprobación y posterior ejecución del planeamiento urbanístico.

No obstante, es de considerar que una de las causas que sustentan el incumplimiento de la normatividad urbanística dando paso a la potestad sancionatoria radica probablemente en la situación socioeconómica que enfrenta buena parte de la sociedad colombiana y que lamentablemente se han traducido en la imposibilidad en el acceso a una vivienda digna para muchas familias.

Las causas anotadas deben entonces iluminar la labor del legislador a la hora de establecer el propósito de la sanción en materia urbanística. El Código Nacional de Policía y Convivencia de acuerdo con la exposición de motivos pretende ser la primera herramienta con la que cuentan todos los habitantes del territorio y las autoridades para resolver los conflictos que afectan la convivencia.

Es decir, el bien jurídico que se pretende tutelar a través del procedimiento urbanístico sancionatorio y el régimen de infracciones urbanísticas es la convivencia.

Ahora bien, volviendo sobre el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, se hace necesario mencionar que la decisión debe ser

proporcional a los hechos que la motivan. Es decir, corresponde a la administración dar aplicación al principio de proporcionalidad.

Y es que la aplicación del principio de proporcionalidad

“juega un papel trascendente dentro de cualquier concepto operativo de actividad administrativa sancionadora que se intente, sobre todo partiendo de la premisa de que no todas las actividades administrativas sancionadoras están dominadas por reglas que llamen a un simple ejercicio de subsunción normativa, y que generan espacios abiertos, objetivos para la imposición de sanciones por parte de la administración pública que deben dosificarse, o por lo menos contar con una cierta dosimetría”.

(SANTOFIMIO, 2014)

Como más adelante se verá, la graduación de la sanción en materia urbanística sancionatoria reviste una serie de singularidades que por supuesto deberán responder o armonizarse con la garantía de derechos fundamentales. Y justamente en ese aspecto el principio de proporcionalidad es una herramienta que permite reducir la posible arbitrariedad de la administración en la toma de decisiones.

Aunado a lo anterior, dicho principio de proporcionalidad implica – según ALONSO TIMON-, para el cálculo de la sanción aplicable a quienes incurran en conductas contrarias al ordenamiento urbanístico el análisis de aspectos como el grado de reincidencia, la intención o dolo del responsable, el daño causado al interés público o el beneficio económico que se ha generado para el ciudadano involucrado en el procedimiento administrativo.

Es de resaltar que si bien el Código Nacional de Policía y de convivencia ciudadana no gradúa la sanción a imponer respecto de la gravedad de la falta en materia urbanística ni brinda al operador jurídico elementos de juicio para tal fin, vale la pena observar lo dispuesto en el

Artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su tenor literal dispone:

“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

- 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
- 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
- 3. Reincidencia en la comisión de la infracción.*
- 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
- 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
- 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
- 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
- 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas”.*

Así las cosas, si bien se trata de una norma de procedimiento sancionatorio general, a continuación se estudiará el modo en que podría resultar aplicable cada uno de los

numerales citados al procedimiento sancionatorio urbanístico, más aún si se tiene en cuenta que éste es útil a la hora de resolver aquellos aspectos no regulados en la ley especial.

El numeral 1 dispone que la sanción debe graduarse teniendo en cuenta el daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. Como arriba quedó anotado, el procedimiento administrativo sancionatorio en materia urbanística regulado en el Código Nacional de Policía y Convivencia pretende la tutela del bien jurídico conocido como convivencia, entendido este

“(…) como consecuencia y fruto racionalizado de la acción preventiva, educativa y de corrección por parte del Estado, frente a conductas que afecten el llamado “Orden Público”, entendiendo como tal las condiciones mínimas necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales (...)” (NIÑO, 2017).

Así las cosas, el funcionario al imponer una sanción en tal materia debe hacer un análisis respecto del grado de afectación que el responsable del comportamiento contrario a la ley urbanística ha generado frente al bien jurídico “convivencia”.

En segundo lugar, el numeral 2 del comentado Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 señala que al graduar la sanción se tendrá en cuenta el *“beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero”*.

Sobre este punto, es necesario distinguir dos situaciones. En primer lugar, si se trata de una infracción que generó un ingreso económico que ha favorecido el patrimonio del presunto infractor o de un tercero (por ejemplo, si en un terreno con uso del suelo residencial se desarrolló la construcción de una obra en la que se desarrollará alguna actividad comercial) es posible

considerar que efectivamente el numeral 2 del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 resulta ser fundamental a la hora de graduar la sanción.

La segunda situación corresponde a aquella en la que la conducta contraria a la norma urbanística no ha generado verdaderamente un beneficio económico para el presunto responsable o para un tercero, tal como ocurre en el caso de un propietario que ejecuta una obra de construcción de su vivienda familiar sin contar con el debido licenciamiento. Nótese que en este caso no necesariamente el ciudadano en su órbita volitiva está pretendiendo incrementar su patrimonio, sino satisfacer una necesidad básica para sí y su familia.

En este tipo de situaciones es muy común que esta “construcción ilegal” o esta “infracción urbanística” sea la única alternativa que tiene esa familia para acceder a una vivienda y consecuentemente buscar el mejoramiento de sus condiciones de vida.

En consecuencia, si bien es cierto ambas situaciones son contrarias a la norma urbanística, la segunda hipótesis merece especial valoración por parte del operador jurídico, pues como se ha indicado, es probable que el presunto infractor no pretenda con su actuar contradecir el ordenamiento jurídico o generar un beneficio económico, sino simplemente satisfacer una de sus necesidades básicas.

En tercer lugar, de cara a estudiar la *“reincidencia en la comisión de la infracción”* (numeral 3 del Artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) como criterio para graduar la sanción urbanística es necesario insistir en que - como se mencionaba al inicio de este trabajo- en la mayor parte de los casos las personas que para satisfacer su necesidad de acceso a una vivienda ejecutan obras sin licencia urbanística se caracterizan por sus precarias condiciones económicas.

Es decir, es muy probable que dicha obra se esté ejecutando en el único predio de propiedad de ese núcleo familiar, por lo que consecuentemente es muy probable que el ciudadano infractor no haya reincidido en infracción urbanística. No obstante, es de aclarar que dicha circunstancia requiere ser constatada por el operador jurídico al momento de realizar la graduación de la sanción.

Continuando con el análisis de los criterios de graduación de la sanción, encontramos que la “*resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora*” (numeral 4 del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011) debe ser tomada en cuenta dentro del proceso administrativo sancionatorio. Pese a estar consignado en esta norma legal, es posible considerar que este es un criterio que puede conllevar algún nivel de dificultad dado que esa resistencia u oposición puede ser valorada sin tener necesariamente un parámetro objetivo.

Para ilustrar esta dificultad basta con enunciar a modo de ejemplo que, de manera concreta en el procedimiento sancionatorio urbanístico es posible que dentro de los trámites sea necesario realizar visitas técnicas al predio donde presuntamente se cometió la infracción urbanística, situación en la que en algunas ocasiones se ha observado comportamientos agresivos por parte de la ciudadanía.

Naturalmente, este tipo de situaciones pueden romper la imparcialidad del funcionario, pues no se debe desconocer que éste pese a su calidad de servidor público es un ser humano, que no puede comprenderse sin tomar en cuenta sus reacciones ante las agresiones.

Más adelante, el numeral 5 del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 señala que también debe graduarse la sanción teniendo en cuenta si se presentó la utilización de medios fraudulentos para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.

Este tipo de conductas, que pueden presentarse al interior de los procedimientos sancionatorios urbanísticos pueden a su vez coincidir con algún tipo penal, por lo que se considera que tal circunstancia debe quedar plenamente en el expediente sancionatorio, pero que además debe implicar la compulsa de copias a las autoridades penales para lo de su competencia.

De otro lado, de acuerdo con el numeral 6 del Artículo que nos ocupa el “*grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes*” debe ser un aspecto a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción. No obstante, la aplicación de la prudencia y diligencia con que actúe el ciudadano vinculado al proceso sancionatorio no debería ser premiado por el ordenamiento jurídico ni con la discrecionalidad del funcionario.

Es que la actitud diligente y prudente del ciudadano es parte de sus cargas procesales, las cuales se caracterizan por emanar de las normas procedimentales, por ser de derecho público, y porque no se pueden exigir coercitivamente. Es decir, “*su no ejercicio acarrea consecuencias procesales desfavorables que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales (...)*”. (DEVIS, 2017).

Si bien el concepto de cargas procesales es propio del derecho procesal general, lo cierto es que tanto en materia de procedimiento administrativo sancionatorio y en materia de procedimiento sancionatorio urbanístico la falta de diligencia y prudencia por parte del ciudadano involucrado en el trámite está naturalmente llamada a implicar consecuencias negativas para sus intereses, por lo que no se encuentra causa alguna para que el ordenamiento jurídico traiga un privilegio para quienes actúan conforme dichas cargas.

De otro lado, en punto de tener en cuenta a la hora de graduar la sanción la renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente, a la luz del

numeral 7 del tantas veces citado Artículo 50, es necesario precisar que ese tipo de conductas que despliegue el presunto infractor pueden constituir a su vez el delito de fraude a resolución administrativa, consagrado en el Artículo 454 del Código Penal (modificado por la Ley 1453 de 2011).

En tal sentido, lo que debería ocurrir es que esa falta de colaboración a la administración y el consecuente desgaste administrativo sea un criterio que permita graduar adecuadamente la sanción, sin descuidar el efecto penal de tal conducta, máxime cuando una y otra normatividad protegen dos bienes jurídicos diferentes.

Es de aclarar que esta reflexión aplica tanto para el procedimiento administrativo de carácter general como para el trámite de un procedimiento sancionatorio de tipo urbanístico.

Finalmente, el numeral 8 del Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 indica que el reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas es otro de los aspectos a tener en cuenta a la hora de graduar la sanción. Este criterio resulta bastante beneficioso tanto para el operador jurídico como para el infractor que reconoce su responsabilidad dado que se evita un importante desgaste administrativo.

Hasta aquí queda planteado el análisis respecto de los criterios para graduar la sanción dentro del procedimiento urbanístico sancionatorio. No obstante, si se revisa en detalle la aplicación de estos criterios se observará que se trata de un ejercicio que no resulta suficiente de cara a resolver la tensión existente entre el interés general y el derecho a la vivienda digna.

Es que se trata de un asunto de derechos fundamentales, en el que pueden presentarse variaciones y matices de gran complejidad, particularmente cuando las personas que pueden verse afectadas por la decisión del procedimiento urbanístico sancionatorio pertenecen a grupos

de especial protección constitucional. En tal virtud, a continuación se hará un análisis para algunos casos, de modo que se facilite el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

En primer lugar, es posible que la decisión que pone fin al procedimiento sancionatorio afecte a niños, niñas y adolescentes. Sobre este primer grupo de personas es necesario recordar que el Artículo 44 de la Constitución Política ha establecido que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

Pero no se trata solamente de una disposición de rango constitucional, sino también convencional. Recuérdese que el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

Y en desarrollo de las citadas normas superiores, la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) en su Artículo 8 establece que el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes *“obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*.

Nótese que la normatividad comentada establece una especial responsabilidad en cabeza del Estado (lo que incluye a las autoridades de urbanismo inclusive a nivel municipal) en el sentido de proteger esos derechos prevalentes de que son titulares los niños, niñas y adolescentes.

Y en tal sentido, resulta fundamental para las autoridades que resuelven procedimientos administrativos sancionatorios (bien sea en el trámite en sede administrativa o en el control judicial) observar lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 1098 de 2006 según el cual

“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes prevalecerán los derechos

de estos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. (...)” (Subrayado fuera del texto legal).

Es decir, por expreso mandato legal en situaciones de conflicto entre los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, con base en su carácter de derechos prevalentes deberá privilegiarse los derechos de estos sobre otro tipo de derechos. Esta regla resulta aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico, más aún si se tiene en cuenta que el Artículo 17 de la Ley 1098 de 2006 (consonante con el Artículo 51 constitucional) establece que la calidad de vida es un derecho de que son titulares los niños, niñas y adolescentes.

Y este derecho a la calidad de vida guarda especial relación con la dignidad de ser humano e implica “(...) la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción (...) vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano”. (Subrayado fuera del texto legal).

Así, en la decisión del procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico en caso que se presente el conflicto entre los bienes jurídicos que se protegen a través de este y el derecho a la vivienda digna de que son titulares los niños, niñas y adolescentes deberá darse prevalencia a los derechos de este grupo poblacional.

De no ser así, para proteger el derecho a la vivienda digna de los niños, niñas y adolescentes será posible acudir a la acción de tutela, en cuyo trámite el juez deberá estudiar

“(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida

y la salud, y (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.

Con respecto a la inminencia del peligro a que se encuentre expuesta la persona, debe ser de tal magnitud y actualidad que ponga en riesgo la vida, la salud, la integridad física o la dignidad del interesado y su núcleo familiar, y que no exista otra forma de conjurar dicha situación.

Igualmente, la presencia de menores en el entorno amenazado convierte en más apremiante la situación, ya que los derechos de los niños se encuentran en un rango superior, según disposiciones internacionales y constitucionales, jurisprudencialmente desarrolladas." (Corte Constitucional. Sentencia T-106 de 2011).

En segundo lugar, otro grupo de personas de especial protección constitucional que se pueden ver eventualmente perjudicadas por la decisión que se tome en un procedimiento sancionatorio urbanístico son las personas en condición de discapacidad.

Sobre este particular, vale la pena recordar que por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-331 de 2014 estableció que

“(...) las personas que se encuentran en especial condición de vulnerabilidad, tienen derecho a que la administración les ofrezca acompañamiento reforzado en los procesos administrativos que se surtan en su contra, por presunta vulneración del régimen de obras urbanísticas.

(...)

De conformidad con lo anterior, entonces, todas las personas que por razones de salud física o mental, familiares, sociales o económicas, no puedan ejercer sus derechos

y deberes en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, tienen derecho a que las autoridades públicas los asistan y protejan de forma especial, lo cual incluye que las exigencias para el cumplimiento de los deberes legales se flexibilicen, en consideración a las limitaciones que los aquejan, y con la finalidad de contrarrestar la desigualdad originada en esas mismas circunstancias.

Así las cosas, cuando la administración surte un proceso contra un ciudadano que alega una condición de vulnerabilidad, y lo prueba si quiera de forma sumaria, las decisiones de la administración deben aplicar, además de las normas legales y el procedimiento previsto, el mandato constitucional de especial protección y asistencia”.

Lo dispuesto por la Corte Constitucional en la cita anterior se encuentra fundamentado en el Artículo 13 de la Carta Política, pues las personas en condición de discapacidad física o mental no pueden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas.

Así las cosas, corresponderá a la autoridad administrativa que impulse el procedimiento sancionatorio urbanístico garantizar el acompañamiento requerido para que las personas en condición de discapacidad, lo que permitirá que la eventual decisión sancionatoria no se convierta en una grave violación del derecho a la vivienda digna para este grupo poblacional.

Un tercer grupo poblacional de especial protección constitucional es la población desplazada por la violencia. Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia T-585 de 2006 ha precisado que la población desplazada se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, exclusión y marginalidad.

Vale la pena fijar en qué consisten estas tres circunstancias de acuerdo con la última providencia mencionada. La vulnerabilidad se refiere a aquella situación que sin ser elegida por

la persona le impide acceder a las garantías mínimas que le permiten la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales, y por ende la formación de un proyecto de vida.

Por su parte, la exclusión significa la ruptura de vínculos con su comunidad de origen; y la marginalidad implica que el individuo no hace parte de los beneficiarios directos de los intercambios regulares y el reconocimiento social.

Naturalmente, muchos desplazados enfrentan a diario vulneraciones continuas y sistemáticas de sus derechos fundamentales, por lo que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para mejorar sus condiciones de vida.

De manera específica para los procedimientos sancionatorios de corte urbanístico la Corte Constitucional ha señalado que

“Las autoridades encargadas de los procesos administrativos por infracción urbanística tendrán la obligación de adoptar un enfoque diferencial cuando adviertan que el sujeto así lo requiere, con fundamento en la protección especial que la Carta Política le confiere a ciertos ciudadanos. En ese sentido, deberán contemplar alternativas de solución diferentes a la sanción urbanística con el fin de posibilitar el verdadero ejercicio de los derechos de la persona y aumentar las oportunidades de llevar una vida en condiciones adecuadas, que conduzcan a la superación del desplazamiento”.

Y consecuentemente la jurisprudencia constitucional fijó las siguientes obligaciones para que las autoridades públicas garanticen el derecho a la vivienda digna para la población desplazada:

“1. Se deben reubicar las personas desplazadas que, debido a esta situación, se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo; 2. Es necesario brindar soluciones de vivienda en condiciones dignas de carácter temporal y, posteriormente, facilitar el acceso a otras de

carácter permanente; 3. Se tiene que proporcionar asesoría clara y efectiva a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas de vivienda; 4. Se requiere el diseño de planes y programas de vivienda, teniendo en cuenta las necesidades especiales de dicha población; 5. Resulta indispensable eliminar las barreras que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado”.

En conclusión, si la sanción fruto de un procedimiento urbanístico sancionatorio afecta el derecho a la vivienda de personas víctimas de desplazamiento corresponderá al operador jurídico buscar alternativas diferentes a la imposición de una sanción, lo que permitirá disminuir a amenaza de dicho derecho fundamental.

Un cuarto grupo poblacional que merece especial protección constitucional son los adultos mayores, los cuales también pueden verse afectados en su derecho a la vivienda digna como consecuencia de la imposición de una sanción fruto de un procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-327 de 2018 puso de presente que en otra providencia se determinó que la imposición de la multa a un adulto mayor, señalando que en esos casos se le debe prestar ayuda a la población de especial protección constitucional de manera que se les otorgue el acompañamiento idóneo para obtener los permisos correspondientes.

Sin embargo, la sentencia aclaró que si la persona es renuente a aceptar las alternativas propuestas por la administración y continúa ejecutando la conducta violatoria del régimen urbanístico, esta será merecedora de la sanción correspondiente, ya que es responsabilidad de las autoridades públicas velar por el acatamiento de las normas urbanísticas.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional, corresponderá a los operadores jurídicos en caso de procedimientos sancionatorios de tipo urbanístico brindar a estos sujetos de especial protección constitucional el acompañamiento necesario y brindar alternativas para intentar superar la situación no conforme con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, en el análisis de particularidades que pueden hacer aún más compleja la tensión entre interés general y derecho a la vivienda digna inmiscuida en el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio urbanístico, resulta valioso estudiar la falta de capacidad económica del ciudadano responsable de la comisión de la infracción.

Y la importancia de revisar estas circunstancias radica en que la decisión sancionatoria puede poner en riesgo el mínimo vital de esa persona y su núcleo familiar, lo que termina afectando su dignidad humana.

Para evitar tal situación, la sentencia T-331 de 2014 ha establecido que

“(i) La administración vulnera el derecho al debido proceso de un administrado que afronta un estado de vulnerabilidad manifiesta cuando le impone una sanción pecuniaria por infracción a las normas urbanísticas, sin antes, ofrecerle un acompañamiento para que la persona pueda adecuar la situación irregular a las normas legales vigentes. Esta protección se fundamenta en el deber del Estado de proteger a las personas vulnerables, además de que tal protección debe ser mayor cuando se trata de una persona que tiene a su cargo niños o personas inválidas, quienes gozan de protección constitucional reforzada.

(ii) La vulneración de las normas urbanísticas implica sanciones, pero estas deben imponerse atendiendo las circunstancias socioeconómicas de las personas, de tal

manera que no resulten desproporcionadas y se adecuen a plazos amplios y montos que faciliten a los ciudadanos su cumplimiento”.

Así las cosas, es posible considerar que si bien en el caso de las personas que sufren falta de capacidad de pago la administración debe garantizar el adecuado acompañamiento, la segunda conclusión a la que arribó la Corte resulta ser aplicable solamente para aquellos casos en que la sanción corresponde a la imposición de una multa, lo que implicaría que sea posible superar la situación de contradicción al ordenamiento urbanístico.

Es decir, esta última conclusión no responde a aquellos casos en que no resulta posible superar la infracción al régimen urbanístico mediante la legalización de la respectiva obra, lo que no permite superar la tensión entre derecho urbanístico sancionador y derechos fundamentales, principalmente el derecho a la vivienda digna.

En síntesis, de lo expuesto a lo largo de este capítulo es posible concluir que

(i) El test de proporcionalidad ha sido utilizado nominalmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. No obstante, en una y otra corporación dicha metodología tiene un alcance diferente.

(ii) En consecuencia de lo anterior, solamente la Corte Constitucional ha mantenido la conceptualización que Robert Alexy fijó respecto del test de proporcionalidad, el cual resulta útil para resolver tensiones entre derechos fundamentales, pero que no resulta desprovisto de dificultades.

Así, la mayor dificultad que presenta el test de proporcionalidad radica en que pese a que parece dotar a la decisión de objetividad, en el fondo termina por atender y reflejar el criterio jurídico propio y personal del operador jurídico.

Corolario de lo anterior, todo indica que la aplicación del test de proporcionalidad no resulta ser del todo conveniente en el procedimiento sancionatorio urbanístico y su eventual control judicial, por lo que el mejor remedio será utilizar la discrecionalidad administrativa a la hora de imponer la sanción o el arbitrio judicial en el caso del control judicial.

(iii) La discrecionalidad administrativa y el arbitrio judicial deben ajustarse al principio de legalidad, de conformidad con el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(iv) No obstante, aunque el Código Nacional de Policía y de Convivencia no contiene lineamientos o criterios para graduar la sanción, es posible considerar que con base en la proporcionalidad que ordena el Artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, la aplicación del Artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo puede contener soluciones que atenúen la tensión entre el interés general que tutela el procedimiento sancionatorio y el derecho a la vivienda digna.

(v) En todo caso, resultará útil seguir los lineamientos que la Corte Constitucional ha fijado a la hora de tutelar el derecho a la vivienda digna como consecuencia de procedimientos sancionatorios de tipo urbanístico. No obstante, como se habrá notado, estos lineamientos se quedan cortos para resolver aquellos casos en que no resulta posible superar la situación de ilegalidad, por ejemplo, a través de la legalización de una obra.

CAPITULO IV

Algunas propuestas para superar la tensión existente entre el derecho urbanístico sancionatorio y el derecho a la vivienda digna

Habiendo consignado en los capítulos anteriores el significado y alcance del test de proporcionalidad, su desarrollo en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa,

así como algunas reflexiones en punto de la eventual aplicabilidad del test de proporcionalidad en la actividad de las autoridades administrativas en punto de derecho urbanístico, en las siguientes líneas se planteará, de un lado, una propuesta para decidir el caso “El charquito” y adicionalmente, se expondrán algunas propuestas que permitirán conciliar la tensión entre el derecho urbanístico sancionador y los derechos fundamentales.

SECCIÓN A: Una propuesta de decisión para el caso “El charquito”

En la primera parte de este trabajo se describió el escenario fáctico y procedimental que ha rodeado el caso que se ha denominado “El charquito”, el cual cursa trámite en el Municipio de Mosquera, Cundinamarca. Este caso motivó el desarrollo de esta investigación porque permite evidenciar todas las vicisitudes que se han citado, desde el punto de vista socioeconómico, pero también en punto del posible desconocimiento al derecho a una vivienda digna de que son titulares los presuntos infractores y sus núcleos familiares.

En consecuencia, a través de las siguientes líneas se pretende presentar una propuesta para fijar el sentido de la decisión que podría contener eventualmente el acto administrativo que emita la Inspección de Policía del Municipio de Mosquera.

De la lectura del respectivo acápite vale la pena resaltar los siguientes detalles:

1) Se trata de un caso de copropiedad derivado al parecer de un proceso de sucesión, en el cual no ha resultado procedente la división material del predio, por lo que el inicial presunto infractor construyó su vivienda y ahora su hermana intenta desarrollar las obras de construcción de su vivienda pese a la imposibilidad de obtener la respectiva licencia de construcción.

2) Las personas involucradas en el proceso refieren presentar una condición económica precaria, en la que el predio de su copropiedad es su única pertenencia y consecuentemente el único en que podrían concretar el ejercicio de su derecho a la vivienda digna, derecho que se ve

limitado dado que a) la mujer que manifiesta adelantar la obra de construcción no ha logrado obtener la licencia de construcción y b) porque las medidas tomadas dentro del trámite procesal que nos ocupa le impide avanzar en la obra, lo que a su vez impide el acceso a una vivienda.

Estos detalles muestran que no será posible superar la situación que dio origen a la infracción urbanística que investiga la administración municipal, por lo que es muy posible que en un escenario de aplicación plana del Artículo 135 del Código Nacional de Policía y de Convivencia la administración termine por ordenar la demolición de la obra.

Así, de conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, se considera que para fijar una propuesta de decisión para el caso concreto que atienda en la mayor medida posible a la justicia, a la garantía del interés general y el respeto a la vivienda digna será útil dar aplicación de la discrecionalidad administrativa.

En ese orden de ideas, es de recordar que la discrecionalidad debe atender al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad de acuerdo con el Artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En tal virtud, será necesario examinar la observancia de las formas procedimentales impartidas al trámite administrativo. Hasta este punto es posible considerar que la administración no ha vulnerado el debido proceso de que son titulares los presuntos infractores, por lo que no existe objeción alguna para dar observancia del principio de legalidad.

No obstante, aplicando las reglas fijadas por la Corte Constitucional en revisión de acciones de tutela, se recomienda a la administración municipal garantizar el acompañamiento técnico y jurídico para los involucrados en el asunto, máxime cuando está claro que ellos y su núcleo familiar viven en una precaria situación económica y es posible que allí residan personas merecedoras de especial protección constitucional.

En consecuencia, será posible entonces entrar a dar aplicación al principio de proporcionalidad, utilizando como herramienta los criterios del Artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Este análisis deberá hacerse frente a cada numeral

1. Respecto del “*daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados*” se observa que si bien en el expediente no se observa queja alguna relativa a que la construcción de la obra haya generado algún problema de convivencia entre los presuntos infractores y sus vecinos. No obstante, el hecho de no dar cumplimiento de las normas urbanísticas sí genera una afectación al ordenamiento territorial, que debe responder al desarrollo integral del territorio, esto es, al interés general.

2. Se observa además que la obra de que trata el procedimiento sancionatorio no ha generado incremento patrimonial alguno para los presuntos infractores o terceras personas.

3. El expediente tampoco muestra que los ciudadanos involucrados en el procedimiento hayan reincidido en la infracción de la que se les acusa.

4. Así mismo, se observa que no han incurrido los presuntos infractores en acciones que impliquen obstrucción al procedimiento sancionatorio, o en la utilización de medios fraudulentos para ocultar su infracción. Aunado a ello, de la revisión del expediente se evidencia que han actuado de conformidad con los criterios de diligencia esperados por parte de los ciudadanos.

En este orden de ideas, se considera que de cara a conciliar la tensión existente entre el interés general y el derecho fundamental a la vivienda digna de que son titulares los presuntos infractores y su núcleo familiar, la decisión a adoptar por la administración municipal puede consistir en lo siguiente:

Primero, si bien es cierto se ordenará la demolición de la obra es recomendable que se conceda un plazo prudencial para que los declarados infractores reubiquen su vivienda.

Segundo, ordenar a la secretaría que tenga competencia en materia de vivienda vincular a dicho núcleo familiar en los proyectos de vivienda de interés social o de interés prioritario que desarrolle la Administración Municipal.

Así mismo, en virtud del principio de coordinación que rige la función administrativa, resulta recomendable que se articule con la administración departamental o con el Ministerio de Vivienda soluciones para este caso y otros similares.

SECCIÓN B: Propuestas para conciliar la tensión entre derecho urbanístico sancionador y derechos fundamentales.

Pese a que en el capítulo anterior se planteó una propuesta de decisión para el caso “El charquito” y siendo claro que el test de proporcionalidad no resulta ser un instrumento del todo útil para conciliar las tensiones existentes en la aplicación pura y dura del derecho administrativo sancionatorio en materia urbanística respecto de derechos fundamentales, principalmente el derecho a la vivienda digna es necesario, de cara a satisfacer el propósito perseguido a través de este trabajo, realizar algunas propuestas para superar tal vicisitud.

Para tal fin, será imprescindible insistir sobre el rol protagónico que tienen los municipios y entidades territoriales en el control urbanístico y en el principio de coordinación que se desprende del modelo de Estado adoptado constitucionalmente, esto es, del Estado Unitario con descentralización.

En ese orden de ideas, a continuación se expondrán algunas ideas que pueden aportar a la superación de la situación descrita. Las mismas pretenden fortalecer el buen uso de la discrecionalidad administrativa:

(i) Es necesario poner de relieve que *“la tutela de la persona humana por parte del Estado a través del cumplimiento de derechos fundamentales implica la existencia de un complejo de obligaciones positivas que se colocan en cabeza del Estado”* (GUZMAN, 2018).

En tal sentido, la expedición de la Ley 2079 de 2021 que pretendió la adopción de la política pública en materia de vivienda y hábitat si bien se quedó corta a la hora de solucionar todas aquellas situaciones que ponen en riesgo la garantía del derecho fundamental a la vivienda digna, puede ser objeto de posteriores desarrollos legislativos. Sería deseable entonces que se iniciara un trámite de proyecto de Ley que complementara la política pública en los siguientes aspectos:

Primero: Generación de instrumentos que permitan fortalecer a los municipios y especialmente a sus secretarías de planeación en el control urbanístico. Esto implicaría de un lado, la ampliación de las plantas de personal de la entidad en el sentido de incorporar un número plural de funcionarios encargados de realizar visitas e inspecciones con el propósito de identificar aquellas obras que no pueden avanzar dada la imposibilidad técnica y jurídica de emitir licencias urbanísticas. La determinación del número de funcionarios dependería por ejemplo de factores como la extensión geográfica de cada municipio, su categorización, su número de habitantes, etc.

Este componente implicaría además generar estrategias para garantizar que los funcionarios gocen de la adecuada capacitación para el ejercicio de sus funciones.

Segundo: Ordenar que en caso de que se evidencie que un ciudadano que acredite una circunstancia socio económica desfavorable ha incurrido y avanza actualmente en la actividad de construcción de una vivienda sin contar con la debida licencia y en caso de que ésta no resulte

procedente bajo ningún supuesto, se incluya de manera inmediata al ciudadano y su familia en un programa por ejemplo de adquisición de vivienda de interés social, o programas de acceso a crédito que les facilite la garantía de dicho derecho. Las condiciones socio económicas desfavorables del núcleo familiar por ejemplo podrían validarse a través de la revisión en bases de datos del SISBEN o a través de visitas de equipos de trabajo social.

Adicionalmente, en el caso de aquellos ciudadanos que se encuentren en la situación descrita en el párrafo anterior, podría considerarse la posibilidad de que no se de aplicación a las sanciones de tipo pecuniario previstas en el Código Nacional de Convivencia, pues como ha sostenido la Corte Constitucional en Sentencia T-327 de 2018 es necesario que

« (...) exista una correspondencia entre los ingresos y los gastos de vivienda, ya que “el [costo] de tenencia –en cualquier modalidad- debe ser de un nivel tal que no comprometa la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda.” En ese sentido, en este caso existiría un claro desequilibrio entre el gasto que implica habitar la vivienda por la imposición de la multa y la satisfacción del mínimo vital de la accionante ya que, como se señaló, la sanción económica es demasiado gravosa para su situación»

Conclusiones

De acuerdo con lo sostenido a lo largo del presente trabajo, es posible concluir que

Primero: pese a estar ubicado el derecho a la vivienda digna en el capítulo correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales de nuestra carta política, la jurisprudencia constitucional ha determinado con contundencia que dicho derecho reviste la

naturaleza de derecho fundamental, lo que resulta acertado de cara a garantizar ante todo el principio de dignidad humana, que debe irradiar todo sistema jurídico.

Segundo: El test de proporcionalidad no es del todo una herramienta útil de cara a superar la tensión entre el interés general y el derecho a la vivienda digna, pues el test de proporcionalidad presenta claramente matices de discrecionalidad (para el caso de las decisiones que deben ser tomadas por funcionarios públicos) y matices de arbitrio judicial (para el caso en que los jueces deban ejercer control sobre las decisiones de la administración).

Prueba de ello son las variantes que en su concepción ha planteado el Consejo de Estado Colombiano. En consecuencia, lo que debe aplicarse es la discrecionalidad administrativa (para aquellos casos que se tramitan en sede administrativa) y el arbitrio judicial (para el respectivo control judicial sobre los procedimientos sancionatorios urbanísticos).

La aplicación de la discrecionalidad administrativa y del arbitrio judicial implican la observancia de los principios de legalidad y de proporcionalidad.

Tercero: Si bien los municipios son los primeros llamados a garantizar el derecho a la vivienda digna, resulta fundamental en virtud del principio de coordinación la aplicación de una verdadera política de vivienda, mucho más profunda que la que contiene la Ley 2079 de 2021.

En ese sentido, resultaría útil que el legislador acogiera medidas como las propuestas en la última parte de este trabajo, lo que permitiría a los funcionarios públicos y autoridades judiciales la toma de decisiones que si bien estarán permeadas de discrecionalidad administrativa o de arbitrio judicial respectivamente permitirán disminuir los efectos negativos de los

procedimientos administrativos sancionatorios en materia urbanística, particularmente para las personas con precarias situaciones socioeconómicas.

Cuarto: Respecto del caso “El charquito”, que permitió sustentar la necesidad y pertinencia del presente trabajo de investigación es posible concluir que para causar el menor perjuicio posible a los ciudadanos involucrados en el procedimiento administrativo que actualmente adelanta el Municipio de Mosquera, Cundinamarca, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a. Si bien es cierto, todo apunta a que efectivamente no será jurídica ni técnicamente viable que se emita licencia de construcción que permita legalizar la obra constructiva objeto del trámite, ello no puede implicar negar a la familia perjudicada el goce de una vivienda digna.

b. Como consecuencia de lo anterior, podría concluir el trámite por ejemplo con la orden de demolición de la obra de conformidad con el Código Nacional de Policía y de Convivencia Ciudadana. Adicionalmente, podría el Municipio orientar a los ciudadanos involucrados en el asunto en el trámite para acceder a programas de vivienda de interés social.

c. Adicionalmente, no resultaría procedente la imposición de sanciones de tipo pecuniario, más aún si se tiene en cuenta lo sostenido por la Corte Constitucional en Sentencia T-327 de 2018.

Bibliografía

Fuentes normativas

Constitución Política de Colombia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal

Ley 1098 de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y de la Adolescencia.

Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de

prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de

la gestión pública. Julio 12 de 2011.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan

otras disposiciones.

Ley 1801 de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia

Ciudadana.

Ley 2079 de 2021. Por medio de la cual se dictan disposiciones en materia de vivienda y hábitat.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005

Corte Constitucional. Sentencia C-349 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C- 196 de 2015

Corte Constitucional. Sentencia T-495 de 1995

Corte Constitucional. Sentencia C- 554 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia T-958 de 2001

Corte Constitucional. Sentencia C- 870 de 2002

Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2006

Corte Constitucional. Sentencia T-106 de 2011

Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2013

Corte Constitucional. Sentencia T-331 de 2014

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 2015

Corte Constitucional. Sentencia T-252 de 2017

Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2018

Corte Constitucional. Sentencia SU-095 de 2018

Consejo de Estado. Sentencia de 25 de julio de 2011. Expediente 19434

Consejo de Estado. Sentencia de 19 de agosto de 2011. Expediente 20144

Consejo de Estado. Sentencia de 29 de enero de 2018. Expediente 59179

Doctrina

Alexy, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. (Traducción de Rubén Sánchez Gil). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

Timón, Antonio Jesús. Introducción al derecho urbanístico. Tirant lo Blanch, 2013.

Armenta Ariza, A. El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Revista Verba Iuris, 14 (41). (2018). Recuperado a partir de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/4663>

Covarrubias Cuevas, Ignacio. La desproporción del test de proporcionalidad: aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. Revista Chilena de Derecho, 39(2),447-

480. (2012). ISSN: 0716-0747. Recuperado de

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1770/177025019008>

Covarrubias Cuevas, Ignacio. El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy. En *Ius et Praxis*, 24(3), 477-524.

(2018). Recuperado a partir de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300477>

De La Cruz Rodríguez, Baltasar. Las sanciones en materia de ordenación del territorio y

urbanismo. En Revista de estudios económicos y empresariales. ISSN 0212-7237, N°

16. 2004. Recuperado a partir de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2081900>

Devis Echandía, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Temis, Bogotá, 2017.

Fernández-Espinar, Luis Carlos. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La

necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su

control. En Revista Jurídica de Castilla y León. ISSN 1696-6759, N° 26, 2012.

Recuperado de

<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvjcasle29&div=10&id=&page=>

Ferrer Jiménez, Miguel Ángel y otro. Implicaciones de la ley 1801 de 2016 en el proceso

administrativo sancionatorio urbano en el Distrito de Barranquilla. En Revista Legem.

Universidad del Atlántico. Julio – Diciembre de 2018. Pp. 55. ISSN 2346-2787.

Recuperado a partir de

<http://investigaciones.uniatlantico.edu.co/revistas/index.php/login/article/view/2221>

Fique Pinto, Luis Fernando. (2008). La política pública de vivienda en Colombia. Conflicto de objetivos. *Bitácora Urbano Territorial*, 13(2), 73-89. Recuperado a partir de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/bitacora/article/view/1852>

Güechá, Ciro. La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración. En *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 16, N° 31, pp. 25-48 - ISSN 1692-2530. Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2168>

Guzmán, Nicolás. El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa. En *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 105-120, ene./jun. 2018. Recuperado de <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/9095/12560>

Hoyos Castañeda, Ilva Myriam. El respeto a la dignidad de la persona y los Derechos Humanos en la Constitución política de Colombia. En *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. ISSN -e 0120-8942, N° 3, 1994

López, Enrique. La aplicación del test de proporcionalidad frente a medidas regresivas de los derechos económicos, sociales y culturales. En *Universitas Estudiantes*, N° 6. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10554/44988>

López, Edmer. *Conceptos Jurídicos Indeterminados y Discrecionalidad Administrativa*. Editorial Tirant Lo Blanch, ISBN: 9788490868706. México, 2015. Consultado en <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2197/cloudLibrary/ebook/show/9788490868706?showPage=0>

Marín Hernández, Hugo. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia, 2007.

Marín Hernández, Hugo. Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano. En Revista Digital de Derecho Administrativo N° 2, 2009. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2582/2222/>

Milkes, Irit. Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. En Revista Digital de Derecho Administrativo. ISSN-e 2145-2946 N° 21, 2019. Recuperada de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5703/7363>

Montaña Plata, Alberto (Editor). La constitucionalización del Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2014.

Montaña, Alberto (Editor). Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas. XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2017.

Mora Restrepo, Gabriel. Ciencia jurídica y arte del Derecho. Estudio sobre el oficio del jurista. Universidad de La Sabana, 2005.

Niño Ochoa, Erwin. Elementos y trámites procesales en el Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016. En Pensamiento Jurídico, (45) (2017), 219-239. Recuperado a partir de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/60913>.

Olano García, Hernán Alejandro. Constitución Política de Colombia comentada y concordada. Ediciones Librería Doctrina y Ley Ltda, 2006.

- Rainer, Arnold, Martínez Estay, José Ignacio, y Zúñiga Urbina, Francisco. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. En *Estudios constitucionales*, 10(1), (2012). 65-116. Recuperado a partir de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003>
- Rincón Córdoba (Editor). Ordenación del Territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos. Universidad Externado de Colombia, 2020.
- Robledo Silva, P. El derecho a la vivienda digna dentro de las competencias municipales de ordenación del territorio. *Revista Derecho Del Estado*, 207-232. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/442>
- Rodríguez, Libardo. Derecho administrativo General y Colombiano. Décimo octava edición. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2013.
- Santofimio, Jaime Orlando. Reflexiones en torno a la potestad administrativa sancionadora: aplicación en el sector energético, ambiental, de telecomunicaciones y en otros sectores. Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Senado de la República de Colombia. Exposición de motivos del proyecto de Ley número 99 de 2014, disponible en Gaceta del Congreso de 29 de septiembre de 2014.
- Sesín, Domingo. El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En Documentación administrativa. ISSN 0012-4494, N° 269, 2004
- Tamayo Jaramillo, Javier. La decisión judicial. Tomo I. Biblioteca jurídica Diké. Bogotá, 2011