



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Defensa constitucional del derecho al espacio público

Edison Andrés Belalcázar Erazo

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Maestría en Derecho
Bogotá D.C. Colombia
2011**

Defensa constitucional del derecho al espacio público

Edison Andrés Belalcázar Erazo

**Tesis presentada como requisito para optar al título de:
Magíster en Derecho**

**Directora:
Magíster. Ethel Nataly Castellanos Morales**

**Línea de Investigación:
Interpretación jurídica, argumentación y análisis jurisprudencial,
constitucionalismo, democracia y derechos humanos**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Departamento de Derecho
Maestría en Derecho
Bogotá D.C. Colombia
2011**

A Dios, motor inmóvil que anima todo el universo.

A mi esposa, Claudia, por enseñarme que juntos, podemos alcanzar todos nuestros sueños. Te regalo la estrofa de un bolero... *“Amor te amo de verdad con el alma yo te adoro, te amo con sinceridad, mas que a mi vida te amo. Por eso es que en el mundo no habrá nada ni nadie, que impida que te diga: te quiero, te quiero”*.

A mis hijos, Natalia Maria y José Luis, quienes supieron prestarme el tiempo, que en realidad les pertenecía a ellos, para escribir esta tesis. A mis padres Luis y Rosario, mis maestros de historia y filosofía, por heredarme el amor por la lectura y el conocimiento.

A mis hermanos Luis Fernando y Mauricio, por estar a mi lado siempre, apoyándome y animándome a seguir adelante.

Resumen

El objetivo de esta investigación es contribuir a la construcción de líneas jurisprudenciales que permitan, identificar patrones decisionales en casos concretos, en los que se discute el amparo del derecho al espacio público ante la Corte Constitucional.

Para el logro de este propósito empleé la metodología para la construcción de líneas jurisprudenciales, orientada a determinar la evolución y alcance general del derecho al espacio público, con el objeto responder a la siguiente pregunta: *¿Cuales son los principales patrones desicionales y debates que se derivan de la protección constitucional del DEP en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el periodo 1992 -2010?* La respuesta apunta a la identificación de las normas, criterios de protección e interpretación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Como conclusión, la investigación permitió identificar en la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de dos categorías del derecho al espacio público, una como potestad de supervigilancia y administración en cabeza del Estado y otra como derecho al uso común o colectivo, cuyo titular son todos los ciudadanos, así como la operatividad de los mecanismos procesales para su protección. Adicionalmente, el establecimiento de los límites a la función legislativa cuando pretende regular el espacio público, la redefinición del concepto de espacio público a partir de la CN de 1991 y los requisitos que hacen posible su

Palabras clave: Espacio público, líneas jurisprudenciales, patrones desicionales, derechos humanos

Abstract

This research provides new jurisprudencial lines that allows to identify decisional standards that are to be applied in some specific cases related to the right to public space before the Constitutional Court.

Jurisprudencial lines construction was the methodology applied to determine the evolution and general reach of the right to Public Space. This method helped to answer a

key question: ¿Which are the main derived decisional standards and debates from the constitutional protection of the right to public space from 1992 to 2010? The answer leads to the identification of rules, criteria of protection and legal interpretation of Constitutional Court decisions.

Two categories of the right to public space used by constitutional jurisprudencial lines were identified as a conclusion of this research : (a) the power of super policing in charge of the state, and (b) the right to common or collective use of Public Space, owned by all citizens, and the functionabffblity of the procedural laws for its protection. Also, this research provides a redefinition of the concept of public space from the new Constitution of 1991, as well as helps to the establishment of limits to functional regulations over public space and facilitates all requirements to make possible Public Space use in a especial or differential way.

Keywords: Public space, jurisprudencial lines, decisional standards, human Rights.

Contenido

	Pág
Introducción	1
1. Marco constitucional y legal del derecho al espacio público	17
1.1. Marco constitucional del derecho al espacio público	18
1.2. Marco legal del derecho al espacio público	20
1.3. Síntesis	22
1.4 El concepto de derecho al espacio público en la doctrina y la jurisprudencia De la Corte Constitucional	22
1.4.1 El espacio público como derecho al uso común o colectivo.	22
1.4.2 El concepto de derecho al espacio público en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	24
1.4.2.1 El espacio público como deber/potestad del Estado de velar por la protección de la integridad y destinación al uso común del espacio público.	24
1.4.2.2 La accesibilidad como expresión del derecho al uso común del EP	26
1.4.3. Resumen	28
1.5 Bienes que integran el espacio público	29
1.6 La protección del espacio público	36
1.6.1 Instrumentos jurídicos para la protección de la integridad y destinación al uso común espacio público	36
1.6.1.1 Inalienabilidad	37
1.6.1.2 Inembargabilidad	38
1.6.1.3 Imprescriptibilidad	38
1.6.2. Los inst. de protección del espacio público en la jurisprudencia de la C.C	38

1.6.3 Línea jurisprudencial sobre la procedencia excepcional de la tutela para proteger el DEP cuando se afectan simultáneamente derechos fundamentales y el DEP	42
1.6.3.1. Sublínea jurisprudencial sobre la protección del DEP y el derecho de acceso de las personas con discapacidad al EP	49
1.6.3.2 ¿Puede un ciudadano, mediante la acción de tutela, alegando la vulneración del derecho colectivo al espacio público lograr el amparo de este derecho?	52
1.6.3.3 Síntesis	53
1.6.3.4 Sublínea jurisprudencial sobre las limitaciones predicables de la labor legislativa cuando decide regular el espacio público	53
1.6.3.5 Síntesis	58
1.7 Redefinición del espacio público a partir del concepto de dominio público	59
1.8 Implicaciones prácticas de la superación de la concepción tradicional del espacio público a partir de la doctrina del dominio público	62
1.9. Utilización del espacio público	72
1.9.1 Consideraciones generales	72
1.9.2. Modalidades de utilización del espacio público	76
1.9.2.1. Uso común y usos especiales del espacio público	76
1.10 Gratuidad y onerosidad del uso del espacio público	82
1.11 Línea jurisprudencial sobre la utilización del espacio público	85
1.11.1.¿Los bienes de uso público pueden estar en manos de particulares?	86
1.11.2 .Los usos especiales del espacio público	88
1.11.3. La concesión de vías públicas para el tránsito de vehículos de transporte masivo	92
1.11.3.1.¿La destinación exclusiva de determinados carriles para el tránsito de vehículos de transporte masivo desvirtúa la desinfección al uso común de las vías que circulan en los referidos vehículos?	93
1.11.3.2.¿La prestación del servicio público de transporte masivo, ? cuando éste es prestado por particulares	95
1.14. Resumen	99
2. Conclusiones	101
Bibliografía	107

Abreviaturas

Art. (s) Artículo (s)

CConst. Corte Constitucional

CE. Consejo de Estado

CC. Código Civil

CN. Constitución Nacional

EP. Espacio público

DEP. Derecho al espacio público

DP. Dominio público

Sent. (s) Sentencia (s)

Sent. CConst. Sentencia Corte Constitucional

Sent. CE. Sentencia Consejo de Estado

Introducción

El EP es el escenario donde se reivindican y se ejercen los derechos humanos. Sin EP, la sociedad pierde el derecho a manifestarse, a expresar lo que necesita, piensa y anhela; de ahí la vigencia e importancia del tema.

Desde esta perspectiva, resulta innegable la trascendencia del EP para la democracia participativa, en la medida que ésta se posibilita gracias a espacios abiertos que propicien la reunión, organización y deliberación de las personas. *“El espacio público es, entonces, el ágora más accesible en la que se encuentran y manifiestan los ciudadanos”¹.*

No menos importante, es la tutela del derecho a la libertad de locomoción, que como veremos, las más de las veces tienen relación directa con la vulneración del DEP. Así, el desplazamiento de los peatones en la ciudad, afectado por el tráfico vehicular, entre otros factores, constituye uno de los temas más delicados en la sociedad moderna, porque el transporte urbano alteró el cuadro tradicional de las áreas locales, producto de ciudades pensadas más para los vehículos que para los peatones.

Por lo anterior, el manejo del EP en las zonas urbanas, influye notoriamente en el mejoramiento de la calidad de vida, en la misma protección a la vida de los ciudadanos y constituye en opinión de la CConst *“más que un tema urbanístico, un tema del constitucionalismo con rasgos humanos”².*

En el contexto actual, los modelos de desarrollo implementados en la mayoría de los países Suramericanos, se han caracterizado por establecer niveles de concentración de renta y de poder que generan pobreza y exclusión, contribuyen a la depredación del ambiente y la privatización del EP. Son reflejo de esta situación los barrios cerrados, infraestructuras al servicio del vehículo individual, viviendas segregadas por clase social,

¹ CConst, C-2657/ 2002, M.Cepeda.

² CConst, T-024/2000, A. Martínez.

parques y monumentos enrejados.

Como respuesta a la situación imperante, y como propuesta del Foro Social de las Américas, surgió la “*Carta Mundial de Derecho a la Ciudad*”, redactada en Quito, en 2004, instrumento que aboga, por el reconocimiento de este nuevo derecho, y en el cual el EP es protagonista.

Basta observar algunos apartes del documento, a efecto de constatar la importancia que se le da al tema. Así, en el citado instrumento se lee:

“Los espacios públicos, bienes públicos y privados de la ciudad y de los(as) ciudadanos(as) deben ser utilizados priorizando el interés social, cultural y ambiental.

“Todas las personas tienen derecho de asociación, reunión y manifestación. Las ciudades deben disponer y garantizar espacios públicos para ese efecto.

“Todos los(as) ciudadanos(as) tienen derecho a participar en la propiedad del territorio urbano dentro de parámetros democráticos, de justicia social y de condiciones ambientales sustentables. En la formulación e implementación de las políticas urbanas se debe promover el uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del espacio y el suelo urbano, en condiciones seguras y con equidad entre los géneros”³.

Otro aspecto que resulta importante para el análisis, es la frecuencia con la que el DEP, es objeto de acciones populares y de tutela para su protección. Así, una investigación de la Universidad del Rosario⁴, señala que el EP, después del medio ambiente, la seguridad y salubridad pública, es el derecho colectivo cuya defensa más se solicita, y en cuanto a su protección, ocupa el tercer lugar en garantía, por parte de los jueces y tribunales del país.

El citado estudio, igualmente muestra la estadística de derechos vulnerados por

³ Foro Social de las Américas. *Carta mundial de derecho a la ciudad*. Quito: Editorial UPC, 2004, p. 13. El citado instrumento, igualmente, prescribe: **“El territorio de las ciudades es espacio y lugar de ejercicio y cumplimiento de derechos colectivos como forma de asegurar la distribución y el disfrute equitativo, universal, justo, democrático y sustentable de los recursos, riquezas, servicios, bienes y oportunidades que brindan las ciudades. “La ciudad es un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes”.**

⁴ Benavides Burbano, Lilia Fernanda. *El pacto de cumplimiento y la garantía de los derechos colectivos*. Bogotá: Editorial Universidad Colegio Mayor del Rosario, 2005, p.64.

regiones, ocupando “*el goce del espacio público y su defensa*”, para el caso de Bogotá, el primer lugar, con un porcentaje del 22.3%, seguido por el derecho a la seguridad y salubridad pública con el 20.2% y el goce de un ambiente sano con el 17%.

Finalmente, la justificación de una investigación sobre este derecho, radica en la trascendencia del EP en la CN., de 1991, la cual reivindicó su importancia al otorgarle una protección expresa de rango constitucional, elevando a principio constitucional su prevalencia sobre el interés particular.

Así, la Asamblea Nacional Constituyente, incluyó en la nueva Carta Política una norma inexistente en la CN de 1886, que definió el EP como derecho colectivo susceptible de ser disfrutado, comprometiendo tanto a las autoridades públicas como a los particulares en el deber de su conservación y defensa (CN Art. 82)

Como se analizará más adelante, para la CConst, la decisión del constituyente de 1991 de brindar al EP una protección expresa de rango constitucional resulta claramente compatible con los principios que orientan la CN y con el señalamiento del tipo de Estado en el que aspiran vivir los colombianos. Esto teniendo en cuenta que una de las manifestaciones del principio constitucional que identifica a Colombia como un Estado Social de Derecho guarda relación con la garantía de los derechos sociales y colectivos como la recreación (CN, Art 52.), el aprovechamiento del tiempo libre (Ibíd.), y el goce de un medio ambiente sano (CN, Art 79) que dependen de la existencia de un EP a disposición de todos los habitantes.

Hechas estas consideraciones, es pertinente notar que el objetivo de esta investigación es contribuir a la construcción de líneas jurisprudenciales que permitan, identificar patrones decisionales, en casos concretos, en los que se discute el amparo del derecho al EP ante la CConst.

Esta concepción sistemática, está orientada a determinar la evolución y alcance general del DEP y tiene como objeto responder a la siguiente pregunta: ***¿Cuales son los principales patrones decisionales y debates que se derivan de la protección constitucional del DEP en la jurisprudencia de la CConst en el periodo 1992 - 2009?*** La respuesta a esta pregunta apunta a la identificación de las normas, criterios de protección e interpretación al interior de la CConst y que se proyectan en sus decisiones.

Como se demostrara más adelante, los principales patrones decisionales surgen como respuesta a los problemas jurídicos que se plantean a lo largo de la línea jurisprudencial y tienen como trasfondo la discusión sobre la naturaleza jurídica del EP, que al inicio definió la CConst como una forma de propiedad pública, en contraposición a la propiedad privada, para luego remplazarlo por la categoría de derecho real institucional, del que se deriva la potestad de administración y vigilancia del Estado sobre el EP y finalmente por el concepto de afectación al uso común o a un servicio público.

El eslabonamiento de los patrones decisionales evidencian la progresiva redefinición del concepto del DEP a partir de la expedición de CN de 1991 y la jurisprudencia de la CCconts, la cual asume un rol protagónico, debido fundamentalmente a la ausencia de una legislación clara sobre el tema y aspectos puntuales como su utilización.

El desarrollo de la tarea propuesta, permitió verificar la existencia de polos o puntos extremos en la línea jurisprudencial, según la teoría que se asuma respecto a la naturaleza jurídica del EP, con posiciones diferenciadas y patrones decisionales sobre su uso, en la que se confrontan argumentos sobre la viabilidad de la utilización diferencial del EP, frente al dogma del uso común o colectivo, discusión que a su vez gravita en torno a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Finalmente, la investigación permitió constatar la existencia una postura intermedia, con una visión pragmática, enfocada a la resolución de casos concretos, que armonizan el concepto de afectación al uso común con la posibilidad de usos especiales, para permitir su aprovechamiento económico por medio de autorización o concesión con el cumplimiento de determinados requisitos.

Igualmente, se observó la funcionalidad de los patrones decisionales, como parámetros de análisis para la determinación de la naturaleza jurídica de ciertos bienes dentro de la categoría de EP, así como el establecimiento de límites a la labor legislativa cuando decide regular el EP, y finalmente como criterio para el examen y valoración de las decisiones tomadas en instancias jurisdiccionales en las que se discute la protección del EP.

Esta situación en la que la jurisprudencia constitucional adquiere una mayor importancia, obedece igualmente, al hecho que esta, además de erigirse en precedente, llenó el vacío dejado por la doctrina nacional, la cual, al igual que el legislador, han permanecido relativamente indiferentes a este tema a pesar de su importancia para la sociedad.

Frente a esta situación, la CConst recorre al principio un camino accidentado, en la que la remisión al derecho comparado y la doctrina extranjera, fundamentalmente Española, le conduce a resultados no siempre afortunados, de ahí que el trasplante de instituciones como la del dominio público, sean al comienzo de difícil recepción y adaptación. Así, por ejemplo, la definición de los bienes de dominio público, expuesta, en la Sent. **CConst T-566/1992, M.P. A. Martínez**, toma la definición de dominio público que trae el CC Español en su Art. 339 que prescribe: “*Son bienes de dominio público (...) los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión*”⁵. (Se subraya).

En la citada sentencia la CConst, define que “*Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del **destino** o de la **afectación** del bien a una finalidad pública; es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación de los bienes de dominio público*”².

La remisión al derecho español es evidente, no solo por la similitud en la redacción sino por la cita que la misma CConst. hace del Tratado de Derecho Administrativo del profesor español, Ramón Parada.

Al respecto es importante notar, que en el derecho español el concepto de riqueza nacional que trae la norma se refiere a las minas; situación diferente acontece en el derecho colombiano, tal y como lo expone la CConst en la misma Sent. **T-566/1992, M.P. A. Martínez**, y que hace manifiesta la contradicción en su argumentación, cuando afirma que es la Propiedad Estatal la que “*(...)se encuentra determinada en el artículo 58 de la Constitución y en el artículo 332 que se refiere en forma global al subsuelo y a los*

⁵ CC. España Art. 339- 2. En http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l2t1.html#a339, consultado el 11 de Abril de 2011.

² Parada, Ramón. El criterio de la afectación como definidor del dominio público. Bienes que comprende, En Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes públicos, Derecho urbanístico. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1991, pp 43 - 68

recursos naturales NO renovables como pertenecientes al Estado(...)así como los bienes que posee como propiedad privada, en iguales condiciones que los particulares (CP art. 58)”⁶. (Se subraya)

La contradicción radica al incluir el concepto foráneo de riqueza nacional, propio del derecho español, que como he dicho se refiere a las minas⁷, dentro de la definición local de dominio público, cuando en la misma sentencia expone que dichos bienes hacen parte del concepto de Propiedad Estatal junto con los bienes fiscales y no de los Bienes de Dominio Público, que se distinguen no por su titularidad, sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general, relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el EP.

No obstante, el recorrido jurisprudencial a lo largo de los años le permitirá superar situaciones como esta, y avizorar la construcción de un concepto propio de dominio público, que si bien no coincide plenamente con sus fuentes originarias, si corresponde al resultado de un curso evolutivo local y con una riqueza argumentativa cuyas implicaciones prácticas deben aún analizarse y debatirse.

En concordancia con lo anterior, la tarea propuesta tiene como objeto, sentar los cimientos para iniciar la construcción de una dogmática del DEP. Esta tarea tiene como punto de partida las Sents de tutela de la CConst, tomando en cuenta que constituyen el insumo primordial para la determinación del contenido del DEP, puesto que es esta corporación la que ha definido vía jurisprudencial, el núcleo del DEP, su significado y límites.

Advertimos al lector que no encontrará en este texto referencia directa a la línea jurisprudencial trazada por la CConst para resolver la tensión entre el DEP y el derecho al trabajo de los vendedores informales, tema que ocupa recurrentemente los estrados judiciales y que se ha resuelto ordenando que las actuaciones administrativas de restitución del EP deben asegurar la coexistencia de DEP y el derecho al trabajo.

⁶ CConst T-566/1992, M.P. A. Martínez.

⁷ La L. 685/2001, Art.10. Define Mina como “*el yacimiento, formación o criadero de minerales o de materias fósiles, útil y aprovechable económicamente, ya se encuentre en el suelo o el subsuelo*”.

La exclusión del tema EP – Vendedores informales obedece fundamentalmente a dos razones: a). Es un sesgo la reducción del DEP al tema de vendedores ambulantes y estacionarios en los espacios urbanos y b) Ya existen, en el ámbito académico colombiano, estudios específicos sobre la problemática EP – Vendedores informales. Estas razones se sustentan en los argumentos que paso a exponer enseguida:

1. En esta investigación planteo que es equivocado reducir el DEP al tema de vendedores ambulantes, en razón a que desconoce la dinámica del EP, como si este fuera refractario a toda evolución, dejando de lado la existencia de otros fenómenos sociales y económicos de igual importancia y que han propiciado nuevas formas de gestión y aprovechamiento económico del EP, y que son vitales para sociedad (V. G. la explotación del espectro electromagnético/radioeléctrico, el aprovechamiento privativo de vías para el uso de sistemas de transporte masivo tipo Transmilenio, etc).

Así mismo, desconoce que el concepto de EP comprende otros bienes, cuya importancia es innegable, como son: Los humedales y otros bienes públicos de relevancia ecológica, playas y zonas de bajamar, parques, alamedas, el sistema hídrico y el sistema ecológico cuya vulneración es cada vez más frecuente y afecta gravemente a toda la sociedad. Así por ejemplo, según un estudio de la Procuraduría General de la Nación a 31 de Diciembre de 2005, las ocupaciones indebidas en los litorales (definidos como un EP de alto valor ecológico, con una considerable diversidad biológica), alcanzaban cifras alarmantes: 31.856, suma resultante de 5.814 ocupaciones en el Litoral Caribe y 26.042 en el Litoral Pacífico⁸.

El siguiente cuadro, que corresponde al nicho citacional del DEP, pone de presente la existencia de otros temas relacionados con EP, junto al de los vendedores informales, de igual o mayor importancia, pero que en nuestro medio no han sido objeto de suficiente análisis por la doctrina de los bienes públicos.

⁸ Maya Villazón, Edgardo José. *70 años de Ministerio Público en asuntos civiles, conferencia pronunciada en la Sede de la Procuraduría General de la Nación, Salón Antonio Nariño, con ocasión de la conmemoración de los 70 años de creación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles*. En <http://www.procuraduria.gov.co/descargas/eventos/discurso70anos.doc>, consultado el 26 de Octubre de 2009.

Nicho citacional derecho al espacio público⁹ Corte Constitucional

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
T- 225 (V)	T-081 Espectro electromagnético	T-91 (V)	T-115 (V)	T-160 (V)	T- 396 (V)	C-478 (V)	SU-360 (V)
T- 503 Vías pública	T-184 VP	T-572 Humedales	T-133 (V)	T-438 (V)	T- 398 (V)	T-550 (V)	SU -601 (V)
T-508 Vías pública	T-203 (C)	T-578 (V)	T-150 VP	T-602 Cementerios		T-778 (V)	C-643/99 (C)
T-518 Vías pública	T-292 Utilización EP		T-288 (APMR) Estadios				
T-550 Vías pública	T-372 (V)		T-617 ¹⁰ (R)				
T-551 Vías públicas							
T-566 Playas							
2000	2002	2003	2004	2006	2007	2008	2009
T-024 (APMR)	C-265 L	C-183 C- 568 Utilización del EP	T-034 ¹¹ (R) Humedal	C-074 Cerramientos	T- 773 (V)	T-021 ¹³ (R)	C-144 T-200 ¹⁶ (R)
		T- 772 (V)	C- 108 Utilización del EP	T-103 ¹² (R)		T-053 (V)	C-351 (C)
			T- 146 (V)	T-465 (V)		T-394 (V)	
				T-729 (V)		T-566 (V)	
				T-722 (V)			
				C-765-06 (C)		T-630 (V)	
				T-813 Aeropuertos		T-1098 ¹⁴ (R)	
						T-1179 ¹⁵ (R)	

⁹Convenciones: “V”: Vendedores informales; “APMR”: Acceso de personas con movilidad reducida al EP “R”: Restitución EP.
“C”: Competencias de regulación sobre el EP; L: límites a la función reguladora del EP.

¹⁰Rest. EP ocupado por reciclador

¹¹Rest. EP ocupado por persona en estado de vulnerabilidad

¹²Rest. EP ocupado por Universidad/Autonomía local (proyección de Vía pública)

¹³Rest. | EP ocupado por lustrabotas (Plaza pública)

¹⁴Rest. EP ocupado por Indigente (Vías públicas)

¹⁵Rest. EP ocupado por Lustrabotas (Plaza publicas)

¹⁶Rest. EP ocupado para vivienda por persona de la tercera edad (Corredor Ferreo)

2. Otra razón para la exclusión de este tema, obedece a que ya existen, en el ámbito académico colombiano, estudios específicos sobre la problemática EP – Vendedores informales, en los que se destacan, por su suficiencia, la investigación del Observatorio de Derechos Colectivos de la Defensoría del Pueblo¹⁷ y la investigación de Óscar Parra Vera, titulada “*De la ciudadanía autoritaria a una ciudadanía social diferenciada y participativa. El debate vendedores ambulantes-espacio público*”¹⁸.

Con esto no quiero decir que el tema de EP – Vendedores informales no sea importante, sino que el contexto en el que se desarrolla el DEP corresponde a una problemática de mayor alcance por ser más amplia, y sin cuyo análisis las soluciones adoptadas no se comprenden adecuadamente.

Igualmente, pretendo que esta investigación sirva a futuro de preámbulo para la construcción de otras líneas jurisprudenciales sobre el mismo tema, así como para iniciar el debate y la reflexión sobre la necesidad de refundar el concepto de EP, sobre una doctrina propia de *Dominio Público*, el cual considero, resulta acorde con la filosofía de la CN de 1991 y la jurisprudencia constitucional, que avoca por una protección integral de los bienes públicos. Esta tarea nos permitirá la construcción de una doctrina auténtica, acorde a nuestra realidad social, económica y cultural, que supere nuestro estado actual de simples receptores del derecho comparado.

En esta instancia es oportuno precisar que en esta investigación nos ocuparemos de los bienes de dominio público, aclarando que la CN, no se refiere a estos bienes como de “*dominio público*”, sino simplemente al EP, siendo esta última una construcción jurisprudencial elaborada por la CConst a partir el derecho comparado, principalmente Español y Argentino, y que en la jurisprudencia constitucional adquiere una identidad propia, cuya evolución será objeto de análisis por medio de la identificación de las líneas jurisprudenciales.

¹⁷ Defensoría del Pueblo, *Observatorio de Justicia Constitucional – Espacio público*. En http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_a=17&_es=, consultado el 26 de Octubre de 2009.

¹⁸ Parra Vera, Óscar. *De la ciudadanía autoritaria a una ciudadanía social diferenciada y participativa, apuntes sobre el debate vendedores ambulantes-espacio público*. En *Estudios Políticos*, No. 28. Instituto de Estudios Políticos: Colombia. Enero - Junio. 2006 01215167. En <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/iep/28/02%20Parra.pdf>, consultado el 19 de Octubre de 2010.

La anterior consideración, parte del presupuesto que la discusión sobre el contenido y alcance del DEP está aún abierta; frente a lo cual este trabajo pretende iniciar el camino hacia una reflexión más profunda, partiendo de la reconstrucción de lo hasta ahora trasegado por la CConst,

La metodología que emplearé para la consecución de los objetivos planteados, son las técnicas de estructuración de líneas jurisprudenciales del Profesor Diego López Medina, expuesta en su libro *“El Derecho de los jueces”*¹⁹. El cual, considero, constituye un innegable aporte al entendimiento del papel que juega el derecho de origen judicial en la interpretación de la CN.

Del mencionado autor también tomo la metodología para la elaboración de citas, presentada recientemente en su obra *“las fuentes del argumento”*²⁰, la cual constituye un esfuerzo importante por llenar el vacío existente en Colombia sobre la materia, dado que no se cuenta en nuestro país con normas estandarizadas para la cita de materiales jurídicos que permitan su verificación precisa.

Ahora bien, no desconozco las dificultades, que se han expresado, de la metodología presentada en *“el derecho de los jueces”* a la hora de realizar juicios de constitucionalidad, dado que estos carecen de *hechos* y son abundantes en *conceptos*. No obstante, el énfasis de esta investigación en la jurisdicción de tutela, donde el debate gira prioritariamente en torno a hechos concretos, reduce en la práctica, el margen de acción a esta crítica.

De otra parte, más que una falencia de la metodología, considero, es una dificultad a superar en el desarrollo del análisis jurisprudencial, pues la metodología de acatamiento de precedentes jurisprudenciales tiene relación con el poder de construir interrelaciones entre Sents. o decisiones en los cuales pueda observarse similitud entre sus hechos y las Sents. de constitucionalidad no tienen patrones fácticos que permitan construir esta interrelación de forma tan clara como las decisiones de tutela.

¹⁹ López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*. Bogotá: Ed. Legis, 2ª. ed 2006

²⁰ López Medina, Diego Eduardo, *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Ed. Legis, 2010.

Ahora bien, podría afirmarse que la definición del EP como derecho típicamente colectivo, remite inmediatamente a la acción popular, como el mecanismo idóneo para su protección. Frente esta aseveración, es pertinente precisar que la inclusión de la acción de tutela, como tema de estudio obedece, fundamentalmente, a tres razones:

- a. Las Sents. de tutela, de la CConst constituyen el insumo primordial, para la determinación del contenido del derecho al EP, puesto que es esta Corporación la que ha definido por vía jurisprudencial, el núcleo esencial del DEP, su significado y límites.
- b. Adicional a lo anterior, interesa destacar que la CConst ha encontrado procedente la tutela, cuando en una situación jurídica específica se atenta contra un derecho constitucional fundamental y el DEP; como por ejemplo, cuando con el cierre de una calle, resulta afectado el derecho constitucional a la libertad de locomoción consagrado en el art. 24 de la CN. Así, puede intentarse la acción de tutela y amparar uno y otro derecho simultáneamente.

Sobre el particular, ha considerado la CConst, que *“la Acción de Tutela puede conducir a la indirecta protección de otros derechos de rango constitucional y legal, siempre que su desconocimiento cause de modo directo y eficiente la violación específica de cualquier Derecho Constitucional Fundamental”*²¹.

- c. Las decisiones de la CConst sobre este tema, se han erigido en precedentes, cuya cita es cada vez más frecuente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el trámite de las acciones populares.

Hecha esta precisión, quiero subrayar que el trabajo de sistematización que planeo desarrollar es fundamentalmente descriptivo de los desarrollos sobre el tema en el ámbito de la CConst y la doctrina, esto sin perjuicio de realizar la discusión crítica de la jurisprudencia de la CConst, señalando, con enfoque analítico, sus aciertos, sus debilidades y sugiriendo en algunos casos, la que en mi concepto es la línea más

²¹ CConst, T-508/1992, F.Morón.

favorable para la evolución futura de la jurisprudencia sobre la garantía del DEP.

Finalmente, es pertinente señalar como se desarrollará el trabajo. Así:

Esta investigación se divide en dos partes. El primer capítulo se ocupa del significado constitucional del DEP. En primer lugar se hace referencia al régimen constitucional y legal que lo regula, sin pretensiones dogmáticas y con carácter introductorio, se pretende dotar al lector de algunas categorías básicas sobre el tema.

Una vez determinadas las normas que regulan la garantía constitucional del DEP, se analizan dos de sus expresiones: a) Como deber/derecho del Estado de velar por la protección de la integridad y destinación al uso común del EP y b) Como deber/derecho al uso colectivo.

Con la segunda parte, se espera lograr dos objetivos: a) Contribuir a la construcción de líneas jurisprudenciales que permitan, identificar patrones decisionales, en casos concretos, en los que se discute el amparo del DEP, ante la CConst., y b) determinar el núcleo del DEP, su significado y límites. Esta parte se compone de tres capítulos: En el primero se analizan los instrumentos judiciales de protección del DEP, haciendo énfasis en la línea jurisprudencial sobre la procedencia excepcional de la tutela para proteger el derecho cuando se afectan simultáneamente derechos fundamentales y el derecho al EP. Allí se identifican dos sublíneas, a saber: a) Sublínea jurisprudencial sobre la protección del DEP y el derecho de acceso de las personas con discapacidad al EP y b) Sublínea jurisprudencial sobre las limitaciones predicables de la labor legislativa cuando decide regular el EP.

En este capítulo, igualmente, se plantea la redefinición del EP a partir del concepto de dominio público que construye la CConst y las implicaciones prácticas de la superación de la concepción tradicional del EP. En este acápite se subraya como nota importante la definición de la afectación como fundamento de la potestad del Estado sobre el EP. Finalmente, en el capítulo segundo de esta parte se analiza la utilización del EP, sus modalidades y características, se identifica la línea jurisprudencial sobre la utilización del EP, y se estudia el tema de la concesión de vías públicas para el tránsito de vehículos de transporte masivo.

En síntesis, el trabajo que presento a continuación, reconoce la importancia del EP en la jurisprudencia constitucional, en diversos escenarios, por lo cual considero de gran utilidad su análisis y sistematización, más aún si tenemos en cuenta que en nuestro medio no existe un adecuado desarrollo legal sobre el tema y que ha sido la jurisprudencia la que ha perfilado, en algunos casos, la naturaleza pública de ciertos bienes y las formas de protección.

Hechas las anteriores consideraciones, debido a la ambigüedad y vaguedad de la terminología empleada para definir el concepto de EP, consecuencia de la textura abierta del lenguaje jurídico y del muchas veces, inadecuado tratamiento legal dado al tema por el legislador, es pertinente realizar un acuerdo conceptual con el lector sobre los términos que emplearé a lo largo de esta investigación, con el objeto de permitir y facilitar el entendimiento del texto.

Espero además, que esta presentación sirva como carta de navegación y referente para el análisis y símil del concepto local de EP con los desarrollos obtenidos en el derecho comparado.

Sostuve, anteriormente, que dar una definición de EP como concepto, desde el punto de vista teórico representa una mayor dificultad a la ofrecida en la definición normativa contenida en la Ley 9ª de 1989, teniendo en cuenta que esta norma se limita a realizar una clasificación de los bienes que conforman el EP y le otorga al concepto una valoración positivizada.

Sin embargo, descifrar el concepto de EP es un ejercicio más problemático, si se tiene en cuenta que este concepto se encuentra formado por la inter-relación de dos ideas de las cuales todas las personas tienen una noción, pero que en si mismas están imbuidas de una gran complejidad: Los conceptos de “espacio” y el de “lo público”.

El primer elemento, “espacio”, remite al concepto jurídico de “bien”, “Cosa” o “Res” (para emplear su expresión latina) de la que se ocupan los tratados de derecho civil. Al respecto Mónica Moreno Fernández-Santa Cruz, da cuenta que la definición de bien público es el resultado de *“un importante trasunto histórico cuyos orígenes pueden situarse en la clasificación romana de las cosas (suma divisio rerum) en cosas que se*

*encuentran en el comercio de los hombres (res intra commercium) y cosas que están fuera del comercio (res extra commercium), bien por derecho divino (res sacrae, res religiosae, res sanctae), bien por derecho humano (res publicae, res universitates, res communes omnium)*²².

De otra parte, lo “público”, siguiendo la definición de Norberto Bobbio es “*lo que incumbe a todos, lo que es de interés común, lo que es abierto*”²³.

Lo público, desde la perspectiva de este autor, tiene dos connotaciones: “*si es contrapuesto a ‘privado’, como en la distinción clásica entre ius publicum y ius privatum, (a la que se refiere Mónica Moreno Fernández-Santa Cruz en la anterior cita) que nos llega de los juristas romanos, o si es confrontada con lo ‘secreto’, por lo que no adopta el significado de perteneciente a la ‘cosa pública’ al ‘Estado’, sino de ‘manifiesto’, ‘evidente’, precisamente ‘visible’.*”²⁴

La anterior definición, reconoce lo “público” como una categoría dentro de la ciencia política. Desde esta perspectiva lo “público” es lo que todos conocen o pueden conocer, a lo que todos podemos acceder. En otras palabras, “*lo público*” es lo que concierne a todos, lo que nos atañe a todos.²⁵ El valor de esta última definición, acuñada por Paul Bromberg, radica en el hecho de enfatizar en la **accesibilidad** como característica de lo público, cuya importancia, resultara fundamental para diferenciarla de la propiedad privada.

En esta investigación, nos ocuparemos del EP, entendido como “*cosa pública*”, esto es como derecho al uso común o colectivo, o bien jurídico de estatus constitucional,

²² Fernández-Santa Cruz, Mónica Moreno, *Sinopsis del art. 133 de la Constitución Política Española*, En <http://narros.congreso.es/constitucion/constitucion/indice/index.htm>, consultado el 20 de Septiembre 2009.

²³ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 95.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 95.

²⁵ Bromberg, Paul. *El urbanismo y lo Público*, en:
Internet: http://www.redbogota.com/home/archivos_extension/2006-/El%20urbanismo%20y%20lo%20publico.doc, consultado 2 de Febrero de 2009.

afectado a la satisfacción del interés general o de un fin público y accesible a todos. Igualmente, para la comprensión de estas dos categorías (espacio/público) debemos considerar que en ella se conjugan una serie de variables que son a las que finalmente apunta la definición legal de la norma transcrita, en la que se persigue como valor la satisfacción de las necesidades colectivas del individuo y que han sido analizadas, con rigor desde otras disciplinas, distintas al derecho²⁶.

Es importante subrayar, que dada la inclusión de este trabajo dentro del ámbito del derecho, haré énfasis en el análisis del EP como “*norma*”, claro está que sin perder de vista la finalidad última del EP, puesta de presente por estudios elaborados en otras áreas del conocimiento (V.G. La filosofía, la historia, la sociología, el urbanismo, etc); finalidad, en la que además, radica la legitimidad de la norma y su razón de ser, en la medida que con esta se busca la protección efectiva del EP como “*forma*” y “*uso común*”, que como veremos más adelante, adquiere una connotación especial en el contexto del Estado Social de Derecho, en tanto este encuentra su sustento en la realización efectiva de los derechos y que en lo atinente al DEP, como se analizara más adelante, constituye no sólo una potestad del Estado sino un deber de carácter constitucional.

Para terminar esta introducción, quiero reiterar que el propósito principal de esta tesis es brindar un enfoque renovado, desde la perspectiva constitucional, del DEP, invitando al lector a abordar las páginas siguientes con la seguridad que las cuestiones aquí planteadas le permitirán tener una visión panorámica del EP, al tiempo que generaran nuevas preguntas y horizontes de investigación, sobre una institución que se refundó con la expedición de la CN de 1991 y sobre la cual la normatividad actual, debido a su a sistematicidad, no permite su adecuada comprensión.

²⁶ Soy consciente que la respuesta a la pregunta que es el EP, no puede ser más que contingente. En tanto la definición es posible solamente para un determinado momento histórico, en una determinada ciudad y sociedad. Razón por la cual no es posible comprender el concepto de DEP de forma desarticulada al concepto de ciudad; y a su vez la ciudad, sin contextualizarla en el escenario de la sociedad en que vivimos.

Este análisis, plantea la consideración de estas variables en el escenario de la CConst. cuyo estudio permitirá la construcción de un concepto integral del DEP.

Con lo expuesto hasta aquí no quiero sugerir un análisis omnicomprensivo de todas las definiciones de EP en las distintas disciplinas, lo que pretendo es articular las variables anteriores y utilizarlas como caja de herramienta para explicar la dinámica del DEP.

1. Marco constitucional y legal del derecho al espacio público

La importancia de conocer las normas básicas que regulan el EP, radica en su utilidad como referente para el análisis posterior que realiza la CConst para resolver casos concretos o realizar juicios de constitucionalidad.

Esta tarea, como se verá más adelante, evidencia además la necesidad de constitucionalizar la interpretación de las leyes que con anterioridad a la expedición de la CN de 1991 regulaban la materia, de tal manera que la idea del EP como propiedad del Estado, debe ser desplazada por el concepto del EP como derecho al uso común o colectivo y potestad de administración.

Sobre este tema, desde ya planteo que es equivocado refundar a la luz de la CN de 1991 la idea del EP como propiedad del Estado, toda vez que este concepto obedece a una reinterpretación del CC, que es fundamentalmente el estatuto de la propiedad privada, cuya estructura no corresponde a la naturaleza de los bienes públicos.

Este concepto, que considera el EP como propiedad estatal, si bien facilita que la administración disponga su aprovechamiento económico por terceros, hace que en la práctica este prime sobre la satisfacción del fin primordial del EP, como es su disfrute colectivo, tal y como ha sucedido con algunos bienes entregados en arriendo²⁷ o bajo discutibles esquemas de concesión donde el cobro por su uso general deja por fuera de

²⁷ En Colombia, el Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha sido enfático en reconocer que existe objeto ilícito en el arrendamiento de bienes de uso público y que este genera la nulidad absoluta de los contratos de este tipo. Así, esta corporación determinó, que el contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público debe ser declarado nulo, por ser de la esencia de este contrato el uso exclusivo, carácter que contraría el uso común que define los bienes de uso público. Sobre el particular se puede consultar la sentencia CE, 3, 16 Feb.2001, e16596, A.Hernández Enriquez, sobre el contrato de arrendamiento del Parque Olaya Herrera. Igualmente, puede consultarse la sentencia CE 3, 18 Mar. 2010, e25000-23-26-000-1994-00071-01(14390) M. Fajardo, sobre el contrato de arrendamiento del Coliseo Cubierto el Campin y en la cual sentencio: "(...)/la condición de uso público de un bien repugna con el establecimiento de derechos exclusivos, en relación con el mismo, en beneficio de un exclusivo titular sea éste de naturaleza pública o privada distinto de la Nación, a voces de lo normado por el artículo 102 de la Carta".

su disfrute a un amplio sector de la población.

Por demás, es importante dejar claro que esta propuesta, si se quiere proteccionista, no se opone al aprovechamiento del EP, sino que le traza límites estrictos de tal manera que haga compatibles su utilización especial o su aprovechamiento económico por terceros con la satisfacción del uso común o la prestación de un servicio público y siempre cuando se haga para asegurar su sostenibilidad.

1.1. Marco constitucional del derecho al espacio público

Corresponde en este capítulo analizar la noción y los elementos del derecho constitucional al EP, al constituir éste, el objeto material y el bien jurídicamente garantizable a través de las acciones constitucionales, así mismo corresponde diferenciarlo conceptualmente de otros tipos de bienes y derechos de estatus constitucional.

La CN, reconoce distintas formas de propiedad que pueden ser ejercidas en el territorio colombiano, definiendo y relacionando conceptualmente ciertos bienes, en tanto que realicen alguna de las formas de propiedad distinguidas en ella. Esta clase de bienes, a los cuales ya nos referimos, son: *Bienes de dominio privado* (CN, art 2, 34, 58, 59), *bienes del Estado* (CN, art 58, 332, 102) y finalmente, el EP, incluido dentro del concepto genérico de dominio público, y respecto al cual es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

Al tenor del art. 82 de la CN, la integridad del EP y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentra a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

A diferencia de la anterior CN, el DEP, hoy está expresamente consagrado en el art. 82 de la CN de 1991, contenido en el Capítulo III del Título II, relativo a los derechos colectivos y del ambiente.

El art. 82, establece:

"Art 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

"La entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y

regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común".

En concordancia con el art. 82 de la CN, el art. 88 del mismo cuerpo normativo, prescribe que la Ley regulará las acciones populares para la defensa y protección del derecho colectivo al EP. Esta competencia, fue desarrollada por el legislador con la expedición de la Ley 472 de 1998.

Así mismo, el art. 63, de la CN señala que *"Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables"*.

En este punto, es importante notar que la ponencia presentada para primer debate de la Asamblea Nacional Constituyente es demostrativa de la voluntad de este órgano de extender el alcance del concepto de EP a bienes de propiedad privada, como reconocimiento de su función social. Así, se lee en la citada gaceta lo siguiente:

"El concepto de espacio público... hace relación no sólo a los bienes de uso público, sino a aquellos bienes de propiedad privada que trascienden lo individual y son necesarios para la vida urbana. Los antejardines, las zonas de protección ambiental, los escenarios privados a los cuales accede el público (como los teatros), caen bajo ese concepto que permite un manejo urbano en el que el elemento público y colectivo prevalece sobre el particular..."²⁸.

Finalmente, el art. 75 de la CN prescribe que *"El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado"* (CN, Art. 75)²⁹.

²⁸ Asamblea Nacional Constituyente de 1991, *Gaceta Constitucional*. en http://www.elabedul.net/San_Alejo/Asamblea/asamblea_nacional_constitu.php, consultado el 19 de Octubre de 2010.

²⁹ En este punto, es importante notar que la CN en el art 75, alude al espectro electromagnético, simplemente, como un **"bien público"**. Ahora bien, la CC, ha expuesto que *"La voluntad constituyente se expresó inequívocamente en el sentido de definir el espectro electromagnético como un bien de uso público inalienable e imprescriptible"*.

1.2. Marco legal del derecho al espacio público

Con anterioridad a la expedición de la CN de 1991, distintas normas se ocuparon del tema. Nos referiremos enseguida, en lo pertinente, a las normas del C. Civ. y la Ley 9ª. de 1989, por considerarlas como las más relevantes.

A. El Título III, del libro segundo, arts 674 y siguientes del C.Civ., trata de los Bienes de la Unión. Así:

"Art 674. Se llaman Bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

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

"Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales."

"Art 678. El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes."

Como se observa, la CN, y el C.Civ emplean indistintamente las expresiones: "**Espacio público**", "**bienes de uso público**", "**bienes públicos**", "**bienes públicos del territorio**", limitándose a señalar que pertenecían a la República y ahora a la Nación, destacando su primacía, sin definirlos y dejando abierta la posibilidad para que el legislador declare directamente otros bienes como parte del dominio público.

El art. 63 superior, tampoco los define, sólo señala que son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

B. **La ley 9 de 1989**, en el art. 5º., prescribe:

"Art 5o. Entiéndase por Espacio Público el conjunto de inmuebles públicos y los

elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses de los habitantes.

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

Recapitulando lo expuesto, tenemos:

La CN, en el art. 82, ordena al Estado velar por la destinación al uso común del EP.

El C.Civ., en el art. 674 prescribe que bienes como las calles, plazas, puentes y caminos, son bienes de uso público.

Es la misma norma la que destaca como característica de este tipo de bienes el que su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio.

Este concepto, se reitera en el art. 678 cuando enfatiza que el uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de de uso público.

Finalmente, la Ley 9ª de 1989, con una redacción contemporánea, mas acorde con la

realidad social de los nuevos tiempos, determina como una característica del EP, el estar ***“destinado por su naturaleza, por su uso o afectación a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas”***.

Mas adelante, la citada norma, luego de enunciar algunos de los elementos que constituyen el EP, afirma que son ***“zonas para el uso o el disfrute colectivo”***.

1.3. Síntesis

La CN garantiza el derecho de propiedad de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (CN, art.58). Pero esta garantía no es absoluta, ya que el mismo art. 58 establece que *“La propiedad es una función social que implica obligaciones”*, y el art. 82 subraya que la destinación al uso común del EP, *“prevalece sobre el interés particular”*, asignándole al Estado el deber velar por la protección de la integridad del EP y su destinación al uso colectivo.

Lo anterior, explica la existencia bienes privados afectados al uso público, donde función social de la propiedad y *“satisfacción de necesidades urbanas colectivas”* coinciden en un mismo concepto.

1.4 El concepto de derecho al espacio público en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

1.4.1 El concepto derecho al espacio público en la doctrina: El espacio público como derecho al uso común o colectivo.

Doctrinalmente, se ha dicho que el EP es un derecho colectivo que otorga una facultad parcial, (por oposición al derecho de propiedad que otorga un poder total de uso y disposición, predicable tan sólo sobre bienes privados), sobre bienes de uso público; este derecho consiste en la prerrogativa de usar tales bienes, con arreglo a las normas legales, administrativas o convencionales, que prescriben su preservación y proscriben su uso exclusivo o excluyente.

A diferencia del derecho de propiedad, que se caracteriza por su contenido económico, el *derecho de uso común*, carece de este elemento por la naturaleza del EP, del que se ha dicho, se encuentra por fuera del comercio. Mientras el propietario, en ejercicio de su

derecho de dominio, puede arrendar un bien de su propiedad para percibir una renta, venderlo, donarlo, permutarlo o gravarlo; el ciudadano no puede hacer cosa distinta a ejercer su derecho de uso, caminando por las calles y andenes, navegando en los ríos o recreándose en los parques.

La naturaleza extra-patrimonial de este derecho, pone en aprietos a la legislación y la doctrina iuscivilista, para configurar la noción de “derecho”. Así por ejemplo J. J. Gómez, uno de los tratadistas más importantes del ámbito jurídico colombiano, nota como “*el uso común no es un derecho, sino una simple facultad o conjunto de facultades, que patrimonialmente nada significa*”³⁰.

En igual sentido, se ha pronunciado la CConst, refiriéndose a la denominada “**propiedad pública del Estado sobre bienes de uso público**”, consagrada en los arts 63, 82 y 102 de la CN. Así puede leerse en la Sent. T-566/1992, M.P. A. Martínez lo siguiente:

*“En los arts citados (Arts. 63, 82, 102 CN.) no se consagra un derecho en el sentido habitual de la expresión. Son mas propiamente, unas garantías institucionales, unas protecciones constitucionales de determinados bienes, inspiradas en distintas razones de interés público: culturales, ecológicas, protección de minorías, protección de dominio público”*³¹.

En mi opinión, la discusión sobre si el derecho de uso, es o no un derecho, aunque conserva una importancia teórica innegable, queda zanjada con la expedición de la CN de 1991 y la enunciación del EP como derecho colectivo, esto sumado al desarrollo legal que tiene el tema en la Ley 472 de 1998, y la jurisprudencia constitucional en instancia de revisión de tutela, que como veremos, dota de contenido a este derecho, posibilitando su exigibilidad frente a un particular cualquiera, o frente al Estado, valiéndose de los mecanismos procesales para su protección.

³⁰ Gómez R. José J. *Tratado de Bienes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 97.

³¹ Const.T-566/1992, A. Martínez.

1.4.2 El concepto de derecho al espacio público en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para la CConst la CN, el C. Civ. y la Ley 9ª de 1989 regulan la garantía constitucional del DEP en varias de sus expresiones, cuyo contenido sistematizó así:

“a) Como deber del Estado de velar por la protección de la **Integridad** del Espacio público.

“b) Como deber del Estado de velar por su **destinación al uso común**.

“c) Por el carácter **prevalente** del uso común del Espacio Público sobre el interés particular.

“d) Por la **facultad reguladora de las entidades públicas sobre la utilización del suelo** y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

“e) Como **Derecho e Interés Colectivo**.

“f) Como **objeto material de las acciones populares y como bien jurídicamente garantizable a través de ellas**”³².

El ejercicio sistematizador, realizado por la CConst, en sus primeros años, sirve como carta de navegación, en la tarea propuesta en esta investigación, de ahí que para la comprensión del concepto de DEP, partamos de su reconstrucción, comenzando por la identificación y análisis de los elementos que lo componen.

1.4.2.1 El espacio público como deber/potestad del Estado de velar por la protección de la integridad y destinación al uso común del espacio público.

La función pública, desde la óptica del derecho administrativo, es “*La actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, los intereses públicos, o la actividad concreta del*

³² CConst, T-508/92, F. Morón.

*Estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas*³³. Es precisamente de este deber de cuidado sobre los intereses públicos, y satisfacción de las necesidades colectivas, al que corresponde la potestad de administración, que la dogmática especializada, en los tratados de derecho civil, denomina como un “*derecho de superintendencia o superadministración*”³⁴.

Por su parte Marienhoff, considera que: *"la protección o tutela de dependencias dominicales está a cargo de la Administración Pública, en su carácter de órgano gestor de los intereses del pueblo, titular del dominio de tales dependencias"*³⁵.

Este derecho institucional, guarda relación con la función pública específica, de raigambre constitucional, que incumbe al Estado, de salvaguardar la integridad y destinación al uso común del EP, el cual prevalece sobre el interés particular (CN, arts. 1 y 8), esto es, de garantizar que el uso del EP se haga en condiciones óptimas, de accesibilidad, seguridad, salubridad, igualdad; siempre atendiendo el principio constitucional de prevalecía del interés general.

Desde esta perspectiva, el EP se convierte en objeto de intervención por la Administración, en desarrollo de los mandatos constitucionales, que definen a Colombia como un Estado Social de Derecho. Por esta razón, es esencial, generar, mantener, adecuar y reivindicar para el uso común, el EP en la ciudad, con la convicción de que este constituye el escenario donde se materializan los derechos colectivos.

La definición del Estado como “Social de Derecho”, implica, la realización efectiva de los derechos, en razón de que sólo el cumplimiento de este objetivo justifica su existencia. Al Estado, igualmente, le corresponde la garantía de las normas que regulan la vida social, de tal forma, que es él, quien ostenta el monopolio de la fuerza y el llamado a hacerlas cumplir.

³³ Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo F.D.A, 1997. En <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>, consultado el 10 de Noviembre de 2008.

³⁴ Gómez R. José J. *Tratado de Bienes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 97.

³⁵ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V -Dominio Público-*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1988, p. 38.

Sobre este punto en particular, y en relación con la tutela del EP, ha dicho la CConst, que corresponde al Estado, en desarrollo del mandato del art 82 superior, velar por la protección y conservación del EP, deber que a su vez involucra impedir:

1. “ (i.) la apropiación por parte de los particulares de un ámbito de acción que le pertenece a todos
2. “(ii.) decisiones que restrinjan su destinación al uso común o excluyan a algunas personas del acceso a dicho espacio
3. “iii.) la creación de privilegios a favor de los particulares en desmedro del interés general”³⁶.

1.4.2.2 La accesibilidad como expresión del derecho al uso común del EP

En este tema, hay un concepto esencial que no se puede eludir, y que ocupa un lugar fundamental en la argumentación de la CConst. Este concepto es el de “**accesibilidad**”, que como veremos modula el concepto de “**uso común**”, dejando claro que la destinación del EP al uso común, incluye la garantía de acceso al mismo para toda la población, en especial de aquéllas con discapacidad física o con problemas de movilidad, imponiendo al Estado la toma de medidas especiales para asegurar dicho acceso y permanencia, así como la facilitar el desplazamiento y el uso confiable y seguro del EP por estas personas.

Según la Sent. **T-228/1995, E. Cifuentes**:

"Por accesibilidad se entiende la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil desplazamiento de la población en general y el uso en forma confiable y segura de los servicios instalados en esos ambientes" (ibid., art. 6 (...)).

“La destinación del espacio público al uso común, incluye la garantía de acceso al mismo para toda la población. La finalidad de facilitar el desplazamiento y el uso confiable y seguro del espacio público por parte de las personas, en especial de aquéllas limitadas físicamente, impone la toma de medidas especiales para asegurar dicho acceso y permanencia”³⁷.

³⁶ CConst,C-265/2002, A.Martínez.

³⁷ CConst, T-228/1995, E. Cifuentes

Como expuse anteriormente, las autoridades deben propender por la protección de la integridad del EP y su destinación al uso común, sin olvidar que según la CN, se debe dar trato preferencial a las personas con discapacidad física o con problemas de movilidad, no solo porque el art 47 ordena protegerlos sino porque el art 13 expresamente determina que el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Lo anterior implica que, en lo relativo al EP, atendiendo el derecho a la igualdad como lo consagra la CN, se debe facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, hacia y en el EP, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.³⁸ En otras palabras, la accesibilidad, al y en el EP, es esencial para las personas con discapacidad física o con problemas de movilidad y si no se viabiliza su accesibilidad, se viola la diferenciación positiva consagrada en el art 13 de la CN.

En armonía con lo anterior, la regulación del EP debe asegurar su destinación al uso común (CN art. 82), lo cual sólo se logra si se da cumplimiento a las normas sobre accesibilidad a los ambientes y espacios públicos, en especial para las personas con movilidad reducida, temporal o permanente.

El EP, en el caso específico de las instalaciones o centros deportivos, no estaría destinado al uso común, de no adoptar las medidas necesarias para dar acceso, según sus condiciones especiales y en igualdad de oportunidades a los discapacitados.

Este razonamiento, lleva a la CConst, a concluir en la citada sentencia, luego de valorar el acervo probatorio, que el acceso al sitio destinado para ellos, dentro del estadio, implicaba un esfuerzo físico adicional y un peligro, circunstancias éstas singularmente gravosas que no están obligados a soportar, y por tanto decide amparar los derechos

³⁸ CConst, T-288/1995, E. Cifuentes.

fundamentales de los discapacitados (**CConst, T-288/1995, E.Cifuentes**).

En la Sent. **T-024/2000, A. Martínez**, la CConst, determina que en el caso concreto de los "bolardos", las órdenes dadas por las autoridades locales para que fueran ubicados en determinados sitios, a fin de establecer una separación efectiva entre la vía vehicular y la vía peatonal, y disuadir con ese obstáculo la usurpación del espacio peatonal por parte de vehículos, es una medida legítima de la autoridad local; que cumple además un objetivo sano, en bien de la comunidad, incluidos los peatones.

No obstante, en el caso concreto, las pruebas practicadas por la CConst, indicaron que existían bolardos que no cumplían su función y afectaban el desplazamiento de un invidente.

Por lo anterior, considerando que hay bolardos, u otros obstáculos que no cumplen función alguna, que no tienen sentido y que por el contrario afectaban irrazonablemente el tráfico peatonal, concluye que la acción del Estado escapa al correcto uso de la medida, razón por la cual la C.Co, concede la tutela, a favor del peatón invidente.

1.4.3 Resumen

Existe una contradicción entre la doctrina y la jurisprudencia en torno a la definición del EP, en la medida que para la primera, el uso colectivo en estricto sentido no constituye un derecho sino el conjunto de simples "facultades" y "garantías institucionales" en cabeza de los ciudadanos y del Estado, que tienen como objeto la protección de la integridad y destinación al uso común o colectivo del EP.

No obstante, que en un principio la jurisprudencia de la CConst coincidía con la doctrina en dicho razonamiento, la evolución jurisprudencial no sólo reafirma el concepto de EP como derecho e interés colectivo, sino que lo amplía, subrayando el carácter prevalente del uso común del EP sobre el interés particular, y desarrollando nuevas dimensiones del DEP, en concreto como: *a) facultad reguladora de las entidades publicas sobre el EP en defensa del interés común y b) como objeto material de las acciones populares y bien jurídicamente garantizable a través de ellas.*

Los conceptos de integridad del espacio público y destinación al uso común, prescritos

como deberes constitucionales en cabeza del Estado, adquieren un contenido propio en la jurisprudencia de la CConst, que permite configurar el significado del DEP, en dos de sus expresiones:

Primero, como *deber/derecho de supervigilancia* en cabeza del Estado, y como *deber/derecho al uso común o colectivo* de los ciudadanos sobre los bienes de uso público.

Finalmente, la definición de lo público como lugar al que todos podemos entrar, determina la accesibilidad como característica definitoria del EP y que en lo que respecta a personas con movilidad limitada adquiere una connotación especial que determina una protección reforzada.

1.5 Bienes que integran el espacio público

En una primera etapa, la CConst define el EP por oposición al *“dominio privado o propiedad privada”*, con la convicción que las disposiciones constitucionales redefinieron la noción de EP y señalaron las características especiales que permiten distinguirla en dicho nivel normativo, de la noción jurídica general y de los elementos materiales del *“espacio no público”*³⁹ o *“propiedad privada”*.

Conexo con lo anterior, la CConst empieza la tarea de establecer los componentes del EP, como *“referente material”* sobre el cual se predica el derecho colectivo al EP.

Para la CConst el concepto de EP *“esta compuesto por porciones del ámbito territorial del Estado que son afectados al uso común por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten”; además, comprende: Partes del suelo y del espacio aéreo, así como de la superficie del mar territorial y de las vías fluviales que no son objeto del dominio privado, ni del pleno dominio fiscal de los entes públicos*⁴⁰.

³⁹ CConst,T-508/1992, F.Morón.

⁴⁰ Esta enumeración no debe entenderse cerrada, sino ejemplificativa y abierta, dado que la Ley 9ª. de 1984 y el C. Civ. se refieren a otros bienes análogos de aprovechamiento y utilización generales.

Advierte, igualmente, que *“desde las mas antiguas regulaciones legales sobre la permisión del uso y del goce público de las **construcciones, hechas a expensas de los particulares en bienes que les pertenecen**, es de recibo la figura del Espacio Público como comprensiva de los bienes afectados al uso o goce común de los habitantes del territorio”*⁴¹.

Esta definición, como se observa, contiene dos elementos fundamentales para la comprensión del EP, a saber:

A. Un elemento *“objetivo”*, que hace referencia a los componentes materiales⁴² que integran el EP y que en términos generales los define como *“porciones del ámbito territorial del Estado”* y que esta compuesto por:

- a. Las *“partes del suelo y del espacio aéreo, así como de la superficie del mar territorial y de las vías fluviales que no son objeto del dominio privado, ni del pleno dominio fiscal de los entes públicos”* (CConst, T-508/1992, F.Morón).
- b. Los *“inmuebles públicos y los aspectos de arquitectura y naturales de los inmuebles privados, todos los cuales tienen por finalidad proveer a las necesidades comunes de tránsito, recreación, tranquilidad, seguridad, conservación del patrimonio histórico, cultural, religioso y artístico”* (CConst, T-503/1992, S. Rodríguez)

B. Un elemento *“subjetivo”* o *“teleológico”*, que alude a la *“afectación”*, *“destinación”* o *“finalidad”* y que es la construcción conceptual, que permite dotar al EP de una personalidad propia, bajo la teoría del *“dominio público”*; como categoría autónoma y diferenciada del derecho de propiedad; de ahí que la CConst enfatice en que el *“dominio*

⁴¹ CConst,T-508/1992,F.Morón.

⁴² Soy consiente que la expresión *“referente material”*, resulta equívoca en ciertos casos, de ahí esta nota aclaratoria. Así por ejemplo el *“espectro electromagnético”*, dada su naturaleza jurídica de *“bien intangible”*, también constituye un bien público, y específicamente de *“uso público”*, integrado al concepto de EP, como tal inenajenable e imprescriptible y sujeto a la gestión y control del Estado (CN art. 75)

público” no se distingue por su titularidad, sino por el régimen jurídico especial que la rige y por estar **“afectado al uso común por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten”** (CConst,T-508/1992, F.Morón).

Finalmente, es importante notar que esta reconceptualización del EP, en la que prevalece la destinación al uso común sobre la titularidad del EP, da cabida a que bienes de propiedad privada, como son los antejardines de la vivienda de un particular, por su afectación al uso público se consideren parte del EP⁴³.

La anterior definición, que corresponde a la Sent. **T-508/1992, F. Morón**, da inicio a una línea jurisprudencial que continúa con la Sent. **T-518/1992⁴⁴J. Hernández** (Mencionada por la Sent. **T-550 de 1992,J.Hernandez**, que reenvía a la primera, citándola).

De otra parte, es importante notar que la definición es general y simplemente enunciativa, dejando por fuera otros componentes del EP, que están regulados en otras normas, o que serán adicionados más adelante, como lo hizo la Sent. **T-081 de 1993,E.Cifuentes**, en la que se definió el **“espectro electromagnético”** como **“bien de uso público”**

⁴³ La definición general, hecha por la CConst es acorde con el concepto de espacio público, que trae el Art 5º. de la Ley 9 de 1989, que prescribe: **“Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes”**. (Se subraya) Doctrinalmente, se ha dicho que **“es evidente confusión en relación con el concepto de espacio público aplicable a los antejardines y la propiedad de estos inmuebles. Así, el antejardín es propiedad privada y algunos de sus elementos arquitectónicos y naturales pueden ser incorporados como elementos del espacio público por los planes de ordenamiento territorial. En el caso de Bogotá, por ejemplo, los antejardines son áreas libres, espacios no ocupados que se integran naturalmente al espacio público de los perfiles viales y, son suelo empujado cuando el uso del inmueble es residencial, que contribuye a ampliar la oferta ambiental de los elementos naturales constitutivos del espacio público”**. Alcaldía Mayor de Bogotá, Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, Desarrollo a Escala Humana, Investigación demostrativa que permita la tipificación de las formas de ocupación ilegal de los antejardines en Bogotá D.C. y plantee recomendaciones que orienten el diseño de acciones de prevención y regularización, Bogotá: 2007, pág. 55.

⁴⁴ Es importante notar que si bien esta Sent. tiene como ponente al Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, también participa en la Sala Tercera de Revisión el Magistrado Alejandro Martínez Caballero, que en adelante será ponente de la mayoría de Sent.s sobre el derecho al EP y quien será el que mayores aportes realice sobre este tema.

inenajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado (CN, art. 75)

Como ejemplo de lo anterior, pueden citarse, igualmente las siguientes Sents.:

1. **CConst,T-566/1992,A.Martínez**, en la que se reivindica la “**playa y la franja de bajamar**” como bienes de uso público del Estado, que no pueden ser objeto de adjudicación por formar parte del EP.
2. **CConst,T-184/1993, J.Arango**, en la que se destaca que las “**vías de las ciudades y poblaciones**” pertenecen a la Nación, hacen parte del EP, y su protección y destinación al uso común prevalecen, en general, sobre el interés particular.
3. **CConst,T-572/1994,A.Martínez**, en la que se concluye que los “**humedales**” son bienes de uso público de especial importancia ecológica, que por su propia naturaleza y por claros mandatos constitucionales son inembargables⁴⁵.
4. **CConst,T-288/1995,E.Cifuentes**, subraya que los “**Estadios**”, propiedad de los municipios, son áreas de EP, en calidad instalaciones públicas destinadas a la recreación y al deporte para la realización de determinados eventos. Precisa la CConst que la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado no sustrae a los estadios de la calidad de áreas de EP. Adicionalmente, destaca que en el uso o administración del EP las autoridades o los particulares, deben propender no sólo por la protección de su integridad y la destinación al uso común, sino además la protección de todas las personas residentes en el país (CN, art. 2), en especial de aquellas discriminadas, marginadas o en condiciones de debilidad manifiesta, (V.G. las personas discapacitadas), mediante la adopción de medidas en su favor (CN, art. 13).
5. **CConst,T-602/1996,J.Hernandez**: Concluye que “**Los cementerios, por su propia**

⁴⁵ La CConst, cita en apoyo de su decisión, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del CE del 28 de octubre de 1994, en el que refiriéndose a los humedales que existen en la Capital de la República, conceptuó que son bienes de uso público, excepto aquellos que, según el C.Civ., nacen y mueren dentro de la misma heredad (C.Civ.Art. 677).

naturaleza, con mayor razón cuando son de propiedad del Estado, están abiertos al público y, por ende, sus áreas interiores pueden en tal sentido entenderse como integrantes del espacio público y deben poder ser visitadas por las personas de manera indiscriminada”.

6. **CConst,T-1264/2008, M.González:** Tomando en consideración las precisiones anteriores, reconoce como elementos que integran el concepto de EP, según la Ley 9ª de 1989, art. 5º, entre otros los siguientes:
- a. Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -.
 - b. Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo-.
 - c. Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-.
 - d. Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado.
 - e. Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones.
 - f. Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje.
 - g. Los elementos naturales del entorno de la ciudad.
 - h. Los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales
 - i. En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

Finalmente, es importante notar que la CConst en algunos casos excepcionales, ha definido que ciertos bienes no hacen parte del EP. Así por ejemplo, en sentencia T-

813/2006, M. Monroy⁴⁶, determinó que los aeropuertos no hacen parte del concepto de EP. Expuso la CConst, refiriéndose a estos bienes, lo siguiente:

“El hecho de que la infraestructura aeroportuaria esté destinada a la prestación de servicios aeronáuticos y que dicho servicio debe ser prestado con seguridad, nos permite concluir que los aeropuertos no responden a las características del espacio público, al predicarse de ellos ciertos rasgos especiales. Entre los que podemos resaltar: a.) algunos elementos existentes en dichos aeropuertos pueden tener naturaleza privada y (ii) son las autoridades aeroportuarias las encargadas de la prestación del servicio y vigilancia de los aeropuertos”.

En mi opinión, la CConst comete un error al reducir la discusión sobre la naturaleza jurídica del bien al siguiente razonamiento:

- a. *“En el EP las personas, en general, no pueden ejercer plenamente el derecho de propiedad o de dominio, sea privado o público”.*
- b. *“Algunos elementos existentes en los aeropuertos pueden tener naturaleza privada”.*
- c. Conclusión: *“Los aeropuertos no pueden considerarse como EP, toda vez que su titularidad puede recaer en diversas personas o entidades”.*

Si bien es cierto que en su análisis, la CConst no desconoce que los aeropuertos tienen una clara destinación a los intereses colectivos de la navegación aeroportuaria, le otorga más peso al argumento que las instalaciones en donde se desarrolla no pueden considerarse como EP, porque que su titularidad puede recaer en diversas personas o entidades; de lo que infiere a su vez, que espacios, como los aeropuertos, aunque

⁴⁶ En esta providencia la CC resuelve la acción de tutela interpuesta por un vendedor informal del aeropuerto el dorado que desempeñó actividad comercial por 25 años y no se le volvió a permitir el ingreso a las zonas de carga internacional. En este caso la CC concluyó que es competencia de la Aeronáutica Civil el manejo de las instalaciones aeroportuarias y el control del acceso y movilidad en sus distintas zonas, tales como las bodegas de carga internacional, garantizando con estas medidas la seguridad en el transporte aéreo. Igualmente ordena a la Aeronáutica Civil la reubicación laboral de vendedor informal.

pueden satisfacer necesidades colectivas no constituyen EP.

Esta conclusión a la que llega la CConst, además de desconocer la inequívoca vocación de servicio a la comunidad que caracteriza a estas infraestructuras, desconoce la línea jurisprudencial trazada por sus antecesoras, y según la cual el EP no se distingue por su titularidad, sino por el régimen jurídico especial que lo rige y por estar **“afectado al uso común por los intereses y derechos colectivos y de algunos otros de carácter fundamental cuya satisfacción permiten”** (CConst,T-508/1992, F.Morón).

Ahora bien, si aceptamos en gracia de discusión, que dado que existen bienes de propiedad privada que hacen parte de las instalaciones del aeropuerto (Ej. bodegas), no es posible su definición como EP, también lo es que existen otra clase de instalaciones, como las pistas aéreas, parqueaderos, salas de espera, terminales de embarque y desembarque de pasajeros, etc, que son de uso público, naturalmente, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias, dictadas para preservar la seguridad y uso racional de las mismas.

Finalmente, es de notar que esta decisión de la CConst en mi opinión no se erige en precedente; esto sin desconocer su eventual incidencia en otras decisiones, no sólo judiciales sino administrativas, razón por la cual en mi opinión debe interpretarse con un carácter restrictivo, dándole alcance sólo en lo que se refiere a las bodegas internacionales de carga y no al aeropuerto en general.

De las consideraciones anteriores, se infiere que el concepto de EP es el resultado de la evolución jurisprudencial a partir de la cual el EP, pasa de ser definido por oposición a la propiedad privada a tener una identidad propia, en la cual la **afectación al uso común para la satisfacción de intereses y derechos colectivos**, se erige en el elemento característico, y referente obligatorio para la determinación en cada caso concreto, si un bien puede considerarse como constitutivo del EP.

La fundamentación del concepto de EP, sobre el principio de la afectación y la superación gradual de la doctrina de la titularidad, permitirá que bienes de propiedad privada, por su afectación sean considerados como parte del EP.

Existe una línea jurisprudencial claramente definida en torno a la definición de los bienes que integran el concepto de EP, en su mayoría ya determinados en la Ley y excepcionalmente resultado de la interpretación de la CConst, en la cual se identifica una tendencia a la protección especial de bienes de uso público de importancia ecológica (V.G. Los humedales).

Salvo la Sent. **T-813/2006**⁴⁷, **M.Monroy**, en la que la CConst determinó que los aeropuertos no hacen parte del concepto de EP, las demás Sents. se encuentran en la Sombra decisional de sus antecesoras. No obstante los defectos evidenciados en la argumentación de la CConst y que entran en contradicción con el precedente, la Sent. no alcanza a afectar la estructura de la línea jurisprudencial.

1.6 La protección del espacio público

1.6.1 Instrumentos jurídicos para la protección de la integridad y destinación al uso común espacio público

Los bienes de uso público gozan de un régimen especial de protección, que busca garantizar su integridad y su destino al uso común.

Como señalé anteriormente, al tenor del art 82 de la CN el Estado esta obligado a proteger y defender la integridad del EP y su destinación al uso común, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

Las técnicas de protección pretenden garantizar, igualmente, la titularidad y la posesión pública de dichos bienes, el destino y correcta afectación, para lo cual cuenta con los

⁴⁷ En esta providencia la CConst resuelve la acción de tutela interpuesta por un vendedor informal del aeropuerto el dorado que desempeñó actividad comercial por 25 años y no se le volvió a permitir el ingreso a las zonas de carga internacional. En este caso la CConst concluyó que es competencia de la Aeronáutica Civil el manejo de las instalaciones aeroportuarias y el control del acceso y movilidad en sus distintas zonas, tales como las bodegas de carga internacional, garantizando con estas medidas la seguridad en el transporte aéreo. Igualmente ordena a la Aeronáutica Civil. la reubicación laboral de vendedor informal.

mecanismos administrativos y jurisdiccionales, que la CN y la Ley le han asignado.

Igualmente, la CN contiene los instrumentos jurídicos para su protección, que inciden claramente en la disposición de los bienes de uso público. En efecto, la CN determina su **imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad**⁴⁸, principios que “*son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación*”⁴⁹. Estas características se han definido jurisprudencialmente de la siguiente forma:

1.6.1.1 Inalienabilidad

Significa que no se pueden negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc los bienes de uso público. La finalidad de la inalienabilidad del dominio público consiste en proteger la afectación del bien y en garantizar que se utilizará conforme a su destino; razonamiento del que concluye que no existe (inalienabilidad), sino en la medida en que ella es necesaria para garantizar la afectación.

Sobre este punto en particular ha expuesto la CConst, lo siguiente:

"(...) En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (Art 63 de la CN), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están

⁴⁸ Respecto de la inalienabilidad, el profesor André de Laubadère expresa: “*El dominio público es inalienable y en consecuencia es imprescriptible. Para algunos, esta regla exorbitante es la que hace inadmisibles la idea de propiedad; pero se ha alegado que la inalienabilidad confirma, por el contrario, la propiedad, puesto que constituye una interdicción de vender, que sería inútil promulgar frente a un no propietario (Bonnard, Précis de droit administratif, 4^a ed., pág. 549). La finalidad de la inalienabilidad del dominio público consiste en proteger la afectación del bien y en garantizar que se utilizará conforme a su destino; no existe entonces sino en la medida en que ella es necesaria para garantizar la afectación.” (Se subraya).*

⁴⁹ ¹ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V -Dominio Público-*. Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot, .1988, p. 38.

*fuera de todas las prerrogativas del derecho privado*⁵⁰

Igualmente, el Consejo de Estado⁵¹, en su jurisprudencia, ha sido enfático en reconocer que existe objeto ilícito en el arrendamiento de bienes de uso público y que este genera la nulidad absoluta de los contratos de este tipo. En efecto, el Consejo de Estado ha determinado, que el contrato de arrendamiento sobre bienes de uso público debe ser declarado nulo, por ser de la esencia de este contrato el uso exclusivo, carácter que contraría el uso común que define los bienes de uso público.

1.6.1.2 Inembargabilidad

Esta característica que se desprende de la anterior, determina que estos bienes no pueden ser objeto de gravámenes hipotecarios, embargos o apremios (**CConst,T-566/1992,A.Martínez**).

1.6.1.3 Imprescriptibilidad

Con este instrumento, se busca la defensa de la integridad del dominio público frente a usurpaciones de los particulares, que, aplicándoles el régimen común, terminarían por imponer sus derechos por el transcurso del tiempo. El principio de la imprescriptibilidad tiene objeto evitar la prescripción adquisitiva de estos bienes que además de estar por fuera del comercio están destinados al uso común.

1.6.2 Los instrumentos de protección del espacio público en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

El siguiente gráfico, permite identificar los patrones decisionales a lo largo de la jurisprudencia, sobre el alcance de la definición del EP como inalienable, imprescriptible e inembargable:

¿Pueden los bienes de uso público ser materia de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien?

⁵⁰ CConst SU-360/1999, A. Martínez

⁵¹ CE3, 16 de Feb. 2001, r16596, A. Hernández. En

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9339> ,consultado el 2 de Febrero de 2009.

Los bienes de uso público son bienes que se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen enajenación o pérdida de la finalidad del bien, como tampoco pueden ser objeto de medidas cautelares como el embargo.

·
T-566/1992, A. Martínez, en la que se reivindica la “playa y la franja de bajamar” como bienes de uso público del Estado, que no pueden ser objeto de adjudicación por formar parte del EP.
 ·

·
T-081/1993, E. Cifuentes, En esta sentencia la CConst subraya que “La apropiación del **espacio electromagnético** no hace parte de la capacidad patrimonial y de la autonomía negocial de los particulares. Tampoco pueden los particulares pretender adquirir su dominio mediante prescripción”, en virtud de que “La voluntad constituyente se expresó inequívocamente en el sentido de definir el espectro electromagnético como un bien de uso público inenajenable e imprescriptible”.
 ·

·
T-572 de 1994, A. Martínez, en la que se concluye que los “humedales” son bienes de uso público de especial importancia ecológica, que por su propia naturaleza y por claros mandatos constitucionales son inembargables⁵².
 ·

·
T-288/1995, E. Cifuentes, subraya que los Estadios, propiedad de los municipios, son áreas de EP, en calidad instalaciones públicas destinadas a la recreación y al deporte para la realización de determinados eventos. Precisa la CConst que la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado no sustrae a los estadios la calidad de áreas de EP. Adicionalmente, destaca que en el uso o administración del EP las autoridades o los particulares, deben propender no sólo la protección de su integridad y la destinación al uso común, sino además la protección de todas las personas residentes en el país (CN Art. 2), en especial de aquellas discriminadas, marginadas o en condiciones de debilidad manifiesta, (V.G. las personas discapacitadas), mediante la adopción de medidas en su favor (CN Art. 13).
 ·

·
C-568/2003, Á. Tafur. En esta Sent. la C.Co responde a las siguientes preguntas: a). *¿La destinación exclusiva de determinados carriles para el tránsito de vehículos de transporte masivo desvirtúa la destinación al uso común de las vías por las que circulan los referidos vehículos? b). ¿La prestación del servicio público de transporte masivo, cuando este es prestado por particulares mediante concesión, implica la enajenación del espacio público en favor de determinadas personas, ya sean los usuarios o los concesionarios?.*⁵³
 ·

Los bienes de uso público si pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien.

⁵² La CConst cita en apoyo de su decisión, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 28 de octubre de 1994, en el que refiriéndose a los humedales que existen en la Capital de la República, conceptuó que son bienes de uso público, excepto aquellos que, según el Código Civil, nacen y mueren dentro de la misma heredad (CN.Art. 677).

⁵³ Para la CConst la destinación de determinados carriles con carácter exclusivo no solamente resulta plenamente compatible con el derecho colectivo al espacio público y derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios, sino que constituye un claro mecanismo para su realización y la satisfacción del interés general.

El anterior cuadro ilustra la aplicación práctica de los principios de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad en casos concretos en los que se pretende la protección del DEP.

La identificación de las sentencias y su ubicación dentro la línea jurisprudencial permite observar las tendencias jurisprudenciales desde el año 1992 hasta 2003, en la que se destaca la superación de la discusión teórica sobre los conceptos de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad, para dar paso a la aplicación en casos concretos de estos principios.

La totalidad de las sentencias analizadas de forma unánime asumen que los bienes de uso público son bienes que se encuentran fuera del comercio ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen enajenación o pérdida de la finalidad del bien, como tampoco pueden ser objeto de medidas cautelares como el embargo.

No obstante lo anterior, como se analizara en el capítulo *“Utilización del espacio público”*,

El interés general se expresa en la necesidad de garantizar la prestación y eficiencia del servicio público de transporte masivo, definido por el legislador como *“servicio público esencial”* (Ley 336 de 1996, Estatuto Nacional de Transporte), razón por la cual resulta plausible la protección del derecho de los usuarios a la continuidad de su prestación, ya que una interrupción en el mismo generaría graves efectos en todos los ciudadanos, usuarios y potenciales usuarios del servicio.

Para la CConst la destinación exclusiva de determinados carriles para el tránsito de vehículos de transporte masivo NO implica la apropiación de dichas vías por los usuarios de dicho sistema de transporte -que, son potencialmente todos los habitantes de la ciudad-, como tampoco por los prestadores de dicho servicio de transporte, cualquiera ellos sean.

En este caso se trata simplemente del ordenamiento racional del espacio público en función de su mejor utilización en beneficio común y en particular en el caso del transporte masivo de la mejor y más eficiente prestación de dicho servicio público.

La CConst precisa que la existencia de un contrato de concesión, supone necesariamente la existencia de una contraprestación en beneficio del Estado y que bajo ninguna circunstancia la celebración de un contrato de este tipo puede entenderse como la enajenación en beneficio del concesionario, de los bienes de uso público que en virtud del mismo contrato el Estado ponga a su disposición.

El otorgamiento de una concesión para un uso especial de bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva de de la concesión es precaria, en el sentido de que es esencialmente temporal y por lo tanto revocable o rescindible en cualquier momento por razones de interés general.

debe aclararse que a esta conclusión no se opone la posibilidad que tiene el Estado de regular y permitir formas de utilización del EP, por cuanto existen usos “especiales” o “diferenciales”, pero no preferentes que pueden ser otorgados bajo la forma de concesión o permiso a determinado grupo de personas, esto siempre y cuando dicha utilización no desvirtúe el carácter de público de esta clase de bienes.

2. Síntesis

La CN determinó la imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de los bienes de uso público a efecto de hacer efectiva la protección de la integridad del EP y su afectación al uso colectivo.

La imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad son instrumentos jurídicos de protección, que inciden claramente en la disposición de los bienes de uso público, determinando su exclusión de cualquier acto de comercio que vulnere el fin para el cual han sido concebidos, dejando claro que ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos al estar estos bienes fuera del tráfico comercial.

Estas características llaman la atención de la CConst sobre la posibilidad de realizar determinados tipos de uso o actos sobre el EP abriendo la discusión sobre el tipo de aprovechamiento que sobre el EP es susceptible de ser realizado y cuales son las condiciones especiales que deben cumplirse para su práctica.

No obstante, deja claro que incluso cuando se autoriza a un particular el uso de dichos bienes a efecto de la prestación de un servicio público o la satisfacción de una necesidad colectiva, los particulares, deben propender no sólo por la protección de su integridad sino por su destinación al uso común.

1.1. Instrumentos judiciales para la protección del derecho al espacio público

La protección del DEP, se realiza a través de la acción popular. Este razonamiento, desarrolla el principio: A todo derecho corresponde una acción que lo preserve, axioma del derecho procesal, que en el Estado Social de Derecho adquiere una connotación especial; en tanto sólo podrá denominarse Estado Social de Derecho, aquel que

efectivamente garantice los derechos de sus ciudadanos y en el cual los instrumentos y procedimientos establecidos en la ley contribuyan, efectivamente, a la realización material de los derechos humanos.

A primera vista, la definición del EP como derecho típicamente colectivo, remite inmediatamente a la acción popular, como el mecanismo idóneo para su protección.

Hecha esta afirmación, es pertinente reiterar que la inclusión de la acción de tutela, como tema de estudio obedece, a que las Sents. de tutela, de la CConst constituyen el insumo primordial, para la determinación del contenido del derecho al EP, puesto que es esta Corporación la que ha definido por vía jurisprudencial, el núcleo esencial del DEP, su significado y límites.

Adicional a lo anterior, interesa destacar que la CConst ha encontrado procedente la tutela, cuando en una situación jurídica específica se atenta contra un derecho constitucional fundamental y el DEP; como por ejemplo, cuando con el cierre de una calle, resulta afectado el derecho constitucional a la libertad de locomoción consagrado en el art. 24 de la CN. Así, puede intentarse la acción de tutela y amparar uno y otro derecho simultáneamente.

1.6.3 Línea jurisprudencial sobre la procedencia excepcional de la tutela para proteger el DEP cuando se afectan simultáneamente derechos fundamentales y el DEP.

Las primeras Sents. de la CConst, se ocupan del EP, definiéndolo como derecho constitucional objeto de protección por parte del Estado. La CConst especifica que se trata de un derecho colectivo, cuya característica principal es el uso común y accesibilidad a todos los ciudadanos.

De esta época es la Sent. **T-503/1992, S. Rodríguez**, en la que la CConst expuso la doctrina que permanece hasta la actualidad:

“El espacio público es un derecho colectivo, pues, todo habitante es titular del

*derecho de utilizar los bienes de que se compone, esto es, los inmuebles públicos y los aspectos de arquitectura y naturales de los inmuebles privados, todos los cuales tienen por finalidad proveer a las necesidades comunes de tránsito, recreación, tranquilidad, seguridad, conservación del patrimonio histórico, cultural, religioso y artístico; cuando tales bienes dejan de servir a la comunidad, todos y cada uno de sus integrantes se ven perjudicados*⁵⁴.

Igualmente, en esta primera parte, la CConst, determina las implicaciones, que desde el punto de vista sustancial y procedimental, tiene definir este derecho como colectivo; en concreto reivindica la acción popular como el medio idóneo para su protección, excluyendo la procedencia de la acción de tutela, por la existencia de otras vías judiciales de defensa, salvo **“que se invoque como violado y se demuestre la violación directa o la amenaza eficiente de violación de un Derecho Constitucional Fundamental”**⁵⁵ V.G., el derecho a la libertad de locomoción (T-508/1992,F.Morón).

Dentro de la sombra decisional de la Sent. **T-508/92,F.Morón, -fundadora de la línea-**, se identifican aquellas que tienen un mismo patrón fáctico y que forman el conjunto integrado por las **Sents. en las que los accionantes solicitan el amparo del derecho individual de libre locomoción y el colectivo, que corresponde a toda la comunidad, relativo al uso del EP.**

En estas Sents., los hechos que propiciaron la acción de tutela, fueron el **cierre u obstrucción de vías públicas, sin autorización de la autoridad competente** (Alcalde Municipal o Distrital)

En la hipótesis anterior, a la que denominare genéricamente como *“formas ilegítimas”* de cierre de vías pública se identifican dos situaciones o causales, que es pertinente analizar:

A. Si el cierre proviene de orden emanada de autoridad pública **(CConst,T-**

⁵⁴ CConst , T-503/92, Rodríguez.

⁵⁵ CConst T-508/1992, Morón

508/1992, F.Morón, CConst,T-518/1992,J.Hernández, CConst,T-550/1992, J. G.Hernandez, CConst,T-551/1992, J.Hernández, CConst,T-150/1995 A.Martínez).

a. En la primera hipótesis habrá que determinarse la competencia de esa autoridad para adoptar la determinación de cerrar una vía pública, de lo cual resultará la validez o invalidez de ésta y el alcance de la restricción impuesta, que en todo caso no puede ir más allá de lo previsto en la CN, y la ley (**CConst,T-550/1992**). Ej. El cierre de una vía pública efectuado por una autoridad estatal (V.G. El Ministerio de Defensa o el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.) que carecen de competencia para cerrar o autorizar el cerramiento.

B. Si el cierre proviene de la decisión unilateral de una o varias personas que, de hecho, establecen barricadas para impedir el paso. (**CConst,T-508/1992, F.Morón, CConst,T-518/1992, J.Hernández, CConst,T-550/1992, J. G.Hernandez, CConst,T-551/1992, CConst,J.Hernández, CConst,T-150/1995, A.Martínez**).

b. En este evento, (cuando es un particular el que efectúa el cerramiento) es ostensible la apropiación contra DEP y, por ende, un abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre² (**CConst,T-518/1992, J.Hernández, CConst,T-150/1995, A.Martínez**). En estricto sentido, en esta hipótesis debemos hablar de la inexistencia una autorización especial expedida por las autoridades locales (Alcalde Municipal o Distrital) para proceder al cierre de vías públicas. (Como veremos más adelante, esta autorización es expresión de la facultad reguladora de las entidades públicas sobre la utilización del suelo y del EP urbano en defensa del interés común).

En las dos situaciones, la CConst es clara en señalar que una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del tránsito por ella, pues esta conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además constituye una apropiación contra el DEP. Dentro de este conjunto, integrado por las Sents. de la línea jurisprudencial, se

² CConst,.T-518/1992, J.Hernández.

encuentran las siguientes:

- **CCConst,T-518/1992, Hernández,**⁵⁶ en la que concluye: *“El Espacio público (...) Es un derecho típicamente colectivo y es por ello que el art 88 de la CN establece las acciones populares como los mecanismos adecuados para la protección del espacio público desde el punto de vista de los intereses de la comunidad”*.
- **CCConst,T-550/1992**⁵⁷, **Hernández** en la que la CConst afirma lo siguiente:

“Tratándose de asuntos que comprometen tanto el bien de la colectividad como el derecho fundamental de la persona considerada individualmente, la existencia de la acción colectiva no excluye la de tutela en cuanto una y otra tienen finalidades constitucionales distintas. Quien instaure la acción de tutela alegando su propio perjuicio o la amenaza de su derecho debe probarlo pues en caso de no poder hacerlo, se concluye que no es su propio interés el que está en juego, excluyéndose así la vía de la tutela y dando paso a la acción popular.

“El ejercicio de las acciones populares es la vía judicial que en principio debe ser utilizada para obtener la protección al Derecho Constitucional al uso y disfrute del Espacio Público; la vía para obtener la protección judicial del Derecho Constitucional al Espacio

⁵⁶ Es importante precisar que en esta oportunidad la acción de tutela estaba dirigida contra una actuación del Departamento Administrativo de Planeación Metropolitana de Medellín, en el cual se aprobó el cerramiento de una vía o sendero. En esta ocasión consideró la CConst que es claro que nos encontramos ante un acto administrativo que, por su naturaleza, es perfectamente demandable ante la jurisdicción correspondiente ya por razones de inconstitucionalidad, o por motivos de ilegalidad, si así lo considera el afectado, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el art 85 del Código Contencioso Administrativo. Razón por la cual considero que *“Existe, pues, otro medio de defensa judicial para hacer valer el derecho que se alega como conculcado, lo cual excluye, en los términos del art 86 de la Carta .Política, la viabilidad de la tutela”*.

⁵⁷ Otro aspecto, que subraya la CConst, en la Sent. **CCConst,T-550/1992.J.Hernandez**, es la necesidad de autorización especial de las autoridades locales (Alcalde Municipal o Distrital) para proceder al cierre de vías públicas. Esta autorización es expresión de la facultad reguladora de las entidades públicas sobre la utilización del suelo y del espacio público urbano en defensa del interés común.

En igual sentido, la Sent. **Const,T-203/1993. J. Hernandez**, nota que en los distritos y municipios, es tarea de los concejos reglamentar los usos del suelo dentro de los límites que fije la ley y es de competencia de los alcaldes la de velar por el cumplimiento de las normas constitucionales, legales y reglamentarias sobre el particular.

*Público urbano de que trata la petición de la referencia, no es la del ejercicio de la Acción de Tutela establecida en la citada norma constitucional, salvo que se invoque como violado y se demuestre la violación directa o la amenaza eficiente de violación de un Derecho Constitucional Fundamental*⁵⁸.

- **CConst, T-551/1992, J. Hernández**, en la que concluye:

“El cierre de vías públicas o su obstrucción en cualquier forma afecta la libertad de locomoción ya que el ejercicio de esta es un derecho fundamental a cuya defensa están obligadas las autoridades públicas. (...) La restitución a la comunidad del espacio que había sido ocupado ilegalmente o limitado en virtud de decisión administrativa que luego se encuentra opuesta al interés público, es (...) susceptible de impetrarse por medio de las acciones populares o de la acción de tutela desde la perspectiva del individuo cuyos derechos fundamentales resultan vulnerados por el cierre.

- Finalmente, la Sent. **CConst, T-150/1995, A. Martínez**, en la que considera:

“Si no es legítima o es muy discutible la legitimidad de la alteración del carácter de uso público de un bien, y, además hay la vulneración de derechos fundamentales, v.g. el Derecho a la Libertad de Circulación, es probable que se pueda ejercer la acción de tutela contra la Entidad territorial y, si además esa violación la realiza con hechos un particular que aún no tiene el dominio, con mayor razón cabe la tutela como mecanismo transitorio.”

El análisis hecho hasta aquí permite observar la existencia de una línea jurisprudencial sobre un tema específico, en un escenario constitucional también particular: **“La vulneración del derecho a la libertad de locomoción en conexidad con el DEP, en contextos donde la afectación de estos derechos ha sido causada por el cierre u obstrucción de vías públicas, por particulares o por entidades del Estado”**⁵⁹.

⁵⁸ CConst, T-508/1992, F. Morón

⁵⁹ Para mayor ilustración, sobre el patrón fáctico de estas Sents. se puede realizar la siguiente clasificación a partir de estos tres criterios: Según **a)**. El derecho afectado, **b)**. La acción o causa de afectación y **c)**. El bien de uso público afectado. Así: **a)**. Según el tipo de derechos afectados: El derecho vulnerado es la **“Libertad de locomoción en conexidad con el Espacio público”**. **b)**. Según la acción que afecta el derecho a la **“Libertad de locomoción y el Espacio público”**: La causa es el cierre u obstrucción de vías públicas, por particulares y por entidades del Estado⁵⁹.

El razonamiento elaborado por la CConst, para resolver este tipo de casos es relativamente sencillo y permite observar la evolución en el razonamiento del tribunal, hasta llegar a la consolidación de una línea jurisprudencial claramente definida en la Sent. **CConst,T-150/1995,A.Martínez**, que servirá como regla de conducta para decisiones y estándar de crítica de casos futuros. Veamos:

En la Sent. **CConst,T-150/1995,A.Martínez**, la CConst consolida la línea jurisprudencial iniciada por sus antecesoras, definiendo con autoridad la subregla de derecho que habrá de aplicarse a casos con el mismo patrón fáctico. En esta Sent., el ejercicio sistematizador es un esfuerzo útil para mostrar la mayor complejidad de la discusión, por la multiplicidad e importancia de las variables en juego. En seguida presento la síntesis del razonamiento efectuado, relacionando cada aporte con la Sent. a la que pertenece:

1. Lo primero es establecer si la vía tiene el carácter de pública, ya que si es privada el hecho de que se impida el libre acceso a ella no puede constituir un entorpecimiento del derecho consagrado en el art 24 de la CN y más bien corresponde a la legítima realización de una de las limitaciones al citado derecho que consiste en que su ejercicio no se extienda al tránsito por propiedades privadas.

Si del anterior análisis se concluye que no es pública la vía que resultó cerrada, el cerramiento no puede constituir violación del derecho colectivo del EP y menos una amenaza o vulneración de un derecho fundamental de libertad de locomoción, por lo cual no procede la protección de tutela. (**CConst,T-518/1992, J.Hernández**).

2. Ahora bien, si del análisis probatorio se concluye que el cierre se efectuó sobre una vía pública (**CConst,T-508/1992, F.Morón, CConst,T-550/1992, J.Hernández, CConst,T-551/1992, J.Hernández, CConst,T-150/1995, A.Martínez**) haciendo imposible el tránsito de peatones y vehículos por el área demarcada o limitada mediante obstáculos, tapias, alambrados u otras formas de obstrucción, habrá de determinarse lo

c).Según el bien de uso público afectado: Vías públicas (Calles peatonales, andenes -que son parte de la vía pública- y vías vehiculares).

siguiente:

A. Si el cierre proviene de orden emanada de autoridad pública o de la decisión unilateral de una o varias personas que, de hecho, establecen barricadas u obstáculos para impedir el paso. (**CConst,T-508/1992, F.Morón, CConst,T-518/1992, J.Hernández, CConst,T-550/1992, J.Hernández, CConst,T-551/1992,J.Hernández**)

c. En la primera hipótesis habrá que determinarse la competencia de esa autoridad para adoptar la determinación, de lo cual resultará la validez o invalidez de ésta y el alcance de la restricción impuesta, que en todo caso no puede ir más allá de lo previsto en la CN y la Ley⁶⁰ (**CConst,T-550/1992 J.Hernández**).

d. En el segundo evento, (cuando es un particular el que efectúa el cerramiento) es ostensible la apropiación contra derecho del espacio público y, por ende, un abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre² (**CConst,T-518/1992, J.Hernández, CConst,T-150/1995, A.Martínez**)

En las dos hipótesis, el patrón decisional identificado en las Sents. **CConst,T-508/1992,F.Morón, CConst,T-518/1992, J.Hernández, CConst,T-550/1992, J.Hernández, CConst,T-551/1992,J.Hernández**, es claro en señalar que la actuación de la autoridad no competente como la del particular que se adueña del EP lesionan dos derechos consagrados en la Constitución: El individual de libre locomoción y el colectivo, que corresponde a toda la comunidad, relativo al uso del EP y por tanto es procedente la acción de tutela para proteger uno y otro derecho.

Mención aparte, por su importancia, merece la Sent. **CConst,T-150/1995, A.Martínez**⁶¹,

⁶⁰ Más adelante nos detendremos, con apoyo en la jurisprudencia constitucional, en el análisis de los límites constitucionales y legales a las restricciones sobre el uso del EP.

² CConst,T-518/1992, J.Hernandez.

⁶¹ En esta Sent. la CConst Constitucional concluye que: *“dentro de la esfera del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra el legítimo derecho del individuo a elegir su medio, forma y lugar de locomoción, siempre y cuando exista norma de circulación que lo permita. Por cuanto el hombre es conciencia y libertad; si una persona intuitivamente escoge una calle para transitar, las autoridades administrativas no pueden enderezarle su comportamiento con la disculpa de que otros acostumbran circular por otras vías ya que ello significaría DETERMINISMO. Exigirle a*

la cual analizare en extenso más adelante. Por ahora me limitaré a destacar la función reconceptualizadora que cumple dentro de la línea, introduciendo una nueva interpretación sobre los derechos en juego, al involucrar el **Derecho al Libre desarrollo de la Personalidad**, el cual considera, que resulta igualmente vulnerado por la decisión de impedir el traslado de una persona por una vía pública cerrada ilegalmente, **-así existan otras alternativas para su circulación como pueden ser la utilización de vías paralelas-**; teniendo en cuenta que se constituye en una acción que en forma continua y sucesiva viola el derecho fundamental de elegir alternativas legalmente constituidas y amparadas en los arts 16 y 24 de la CN.

Finalmente, por su importancia situamos en este esquema a la Ley 472 de 1998, siguiendo lo expuesto por la CConst en Sent. **T-410/2003, J.Córdoba**, en la que reiteró que así se instaure una acción popular, es procedente dar trámite de acción de tutela si se evidencia la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que requiera de una protección judicial oportuna.

1.6.3.1 Sublínea jurisprudencial sobre la protección del DEP y el derecho de acceso de las personas con discapacidad al EP

No menos importante, es la sublínea jurisprudencial integrada por las Sents. en las que se solicita el amparo los derechos de las personas con discapacidad física o con problemas de movilidad, entre ellos el derecho a la libre circulación, vida, trabajo, libre desarrollo de la personalidad, igualdad y los derechos a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, vulnerados por la acción de los particulares y la acción u omisión del Estado.

Hacen parte de esta sublínea las Sents. **CConst, T-288/1995, E.Cifuentes** y **CConst, T-**

a alguien que transite por las calles o potreros usados por la mayoría, sería comparable al acto de obligar a un escritor a emplear el computadora, escondiendo su antigua máquina de escribir, lo justo es permitir la elección. Si se reprime el derecho de elección, se obstaculiza el compromiso a decidir y ello atenta contra la existencia auténtica, circunstancia que implica un perjuicio irremediable, porque la libertad se convierte en un compromiso de decisión”.

024/2000, A. Martínez.

En la primera se discute si la decisión de las autoridades de un estadio de fútbol, en la ciudad de Santiago de Cali, de reubicar a las personas con discapacidad física o con problemas de movilidad y trasladarlos de la pista atlética a las graderías del estadio, al implicar un esfuerzo físico adicional y un peligro, vulnera sus derechos fundamentales.

En la segunda se analiza, si la acción de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. con la instalación de ciertos bolardos a lo largo y ancho de los andenes de algunos lugares de la capital por donde se desplaza un invidente, vulnera sus derechos constitucionales fundamentales a la libre circulación, vida, trabajo y libre desarrollo de la personalidad.

En las dos Sents. la CConst, admite su procedencia por la situación de indefensión en que se encuentran los accionantes, en su calidad de discapacitados físicos, frente a los entes afectados por la demanda, circunstancia que legitima el ejercicio de la acción de tutela en los términos del Decreto 2591 de 1991, art. 4º.

En el primer caso se concede la tutela porque la decisión de reubicar dentro del estadio a los discapacitados fue tomada por una entidad privada a la que el Estado entregó la administración del mismo. Teniendo en cuenta que las normas expedidas por las organizaciones particulares que promueven y dirigen el espectáculo del fútbol, son de naturaleza privada y porque frente a estas disposiciones, el ordenamiento jurídico no tiene previstas acciones o medios de defensa judicial -acciones de nulidad o de inconstitucionalidad-, que permitan su control y aseguren la protección de los derechos de sus destinatarios o de terceros.

En el segundo caso, encontró la CConst, que las pruebas que se aportaron para la acción de la referencia, se traducen en circunstancias que indican la posibilidad de una violación real y cierta de los derechos fundamentales del ciudadano debido a su calidad de invidente. Luego, concluye la CConst, es viable tramitar la tutela, porque no se trata de derechos colectivos sino de derechos específicos del peatón invidente, quien en concreto pide le sean respetados.

No obstante que las razones expuestas, que dan lugar a la procedencia de la tutela,

hacen parecer que el DEP ocupa un papel secundario frente a los derechos fundamentales, lo cierto es que el EP constituye uno de los fundamentos jurídicos de fondo en la argumentación de la C.Co., articulándose de forma interdependiente con la redefinición de la calidad de vida como valor constitucional.

A esta conclusión llega la CConst, luego de mencionar que el art 366 de la Constitución Colombiana señala que *"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. De lo que infiere que es objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable y espacio público"*. A su vez, refiriéndose a la conexión entre calidad de vida y EP concluye:

"En el mejoramiento de la calidad de vida y en la misma protección a la vida, el manejo del espacio público en las zonas urbanas (donde hoy vive la mayor parte de la humanidad) es más que un tema urbanístico, ha llegado a ser tema del constitucionalismo con rasgos humanos⁶²".

De lo expuesto hasta aquí, se infiere la existencia de una línea jurisprudencial sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección del DEP, bajo la condición que resulte probada su afectación por la vulneración de un derecho fundamental como puede ser el derecho a la libertad de locomoción.

El análisis de la línea jurisprudencial permite además la clasificación y sistematización de las sentencias según el derecho vulnerado, la causa o procedencia de la afectación y el sujeto afectado; clasificación que a su vez sirve para una mejor comprensión de las sentencias en las cuales la interacción de estos factores determinan los términos de la decisión a tomar en cada caso concreto.

El siguiente gráfico, permite identificar los patrones decisionales a lo largo de la jurisprudencia constitucional, sobre este tema:

⁶² CConst, T-024/2000, A. Martínez.

1.6.3.2 ¿Puede un ciudadano, mediante la acción de tutela, alegando la vulneración del derecho colectivo al espacio público lograr el amparo de este derecho?

· T-508/1992, F. Morón	La tutela siempre es
· T-518 /1992, J. Hernández	procedente, cuando en
· T-550/1992, J. Hernández	una situación jurídica
· T-551/1992,	específica se atenta
J. Hernández	contra el DEP.
· T-150/1995, A. Martínez	
· T-288/1995, E. Cifuentes	
· Ley 472 de 1998 ⁶³	
· T-024/2000 . A. Martínez	

⁶³ La CConst en Sent. T-410/2003, J. Córdoba, reitero que así se instaure una acción popular, es procedente dar trámite de acción de tutela si se evidencia la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que requiera de una protección judicial oportuna. Expuso la CConst *“Ahora bien, no desconoce la Sala que a la anterior decisión podría oponerse el argumento según el cual la acción de tutela no está instituida para demandar la protección de derechos colectivos, dado que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los interesados un medio específico de defensa judicial, es decir las acciones populares, consagradas en el art 88 de la Constitución Política. En respuesta a este reparo interesa señalar que por disposición de la Ley 472, la autoridad judicial debe dar trámite de acción de tutela cuando al instaurarse una acción popular evidencie que se está ante la vulneración de un derecho de carácter fundamental, que deba ser objeto de amparo a través de la acción de tutela⁶³. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, así se instaure una acción popular, es procedente dar trámite de acción de tutela si se evidencia la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, que requiera de una protección judicial oportuna⁶³”*.

Así se deduce del contenido del art 6º de la Ley 472, según el cual *“Las acciones populares preventivas se tramitarán con preferencia a las demás que conozca el juez competente, excepto el recurso de Habeas Corpus, la Acción de Tutela y la Acción de cumplimiento”* en concordancia con el último inciso del art 5º de la misma ley, que prescribe que *“Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionalbe con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda”*.

A cerca de las relaciones entre la acción de tutela y las acciones populares, la CConst se pronunció sobre la primacía que el juez constitucional debe dar a la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Así por ejemplo, en la Sent. C-215-99 M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano, expresó: *“Cosa diferente es que en ocasiones, al configurarse la violación de un derecho fundamental derivada del desconocimiento de un derecho colectivo por una autoridad pública o un particular, el juez deba darle prelación a la protección mediante la acción de tutela, en razón de la inmediatez que exige la defensa de un derecho de ese rango. Así, esta Corporación ha aceptado que, no obstante existir la posibilidad de acudir en tal evento al ejercicio de una acción popular, proceda el amparo por la vía de la tutela y así dejar a salvo un derecho fundamental. Esta tesis ha sido desarrollada en distintos fallos de revisión tutela proferidos por las Salas de Revisión de la CConst, especialmente en lo que tiene que ver con la protección del ambiente en defensa de la salud y vida de las personas. En estos eventos, es claro que se trata de proteger un interés común, cual es el de la preservación de un ambiente sano (art. 79 de la CN), por lo que en principio procedería una acción popular. Sin embargo, dado el caso de que una situación de contaminación ambiental puede afectar en concreto el derecho a la salud y en algunos casos a la vida, de una persona determinada y una vez demostrada la conexidad de un derecho fundamental con el desconocimiento del derecho colectivo, se da prelación a la acción de tutela frente a las acciones populares”*.

El gráfico demuestra que el balance se define a favor de la tesis que define la acción popular como la vía judicial que en principio debe ser utilizada para obtener la protección al Derecho Constitucional al uso y disfrute del EP, salvo que se invoque como violado y se demuestre la violación directa o la amenaza eficiente de violación de un Derecho Constitucional Fundamental, caso en el cual es procedente la acción de tutela.

La sistematización realizada en el anterior gráfico permite observar una tendencia jurisprudencial a brindar una protección constitucional reforzada a grupos en especial estado de vulnerabilidad como son las personas con discapacidad física o con problemas de movilidad, protegiendo su derecho a la libertad de locomoción y conexamente su DEP, perfilando adicionalmente una novedosa doctrina sobre el concepto y alcance de la accesibilidad, conteniéndolo en el concepto general de DEP.

Igualmente, se observa una evolución en la jurisprudencia, la cual empieza a incluir en la discusión otros derechos que pueden resultar afectados, como son el libre desarrollo de la personalidad, consecuencia de la limitación de las posibilidades de elección de tránsito, por la obstaculización de vías públicas alternativas.

1.6.3.3 Síntesis

La definición del EP como derecho típicamente colectivo, remite inmediatamente a la acción popular, como el mecanismo idóneo para su protección. No obstante, la CConst, como lo permitió evidenciar la línea jurisprudencial, ha encontrado procedente la acción de tutela, cuando en una situación jurídica específica se atenta contra un derecho constitucional fundamental y el derecho colectivo al EP. Así, puede intentarse la Acción de Tutela y amparar uno y otro derecho simultáneamente.

1.6.3.4 Sublínea jurisprudencial sobre las limitaciones predicables de la labor legislativa cuando decide regular el espacio público

Sent. CConst,C-265/2002. M.Cepeda.

La Sent. **CConst,C-265/2002. M.Cepeda** define el sentido y alcance de la protección constitucional al EP, y erige este derecho como límite a la propiedad privada, en general,

y la propiedad horizontal, en especial, subrayando que ésta última es una forma de organización de la propiedad privada.

Igualmente, la decisión de la CConst reafirma los límites que la CN fija a la autonomía legislativa, según los cuales la Ley no puede restringir los contenidos mínimos de justicia material recogidos en el texto fundamental (CN Art. 4) hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos.

Al anterior principio, acude la CConst cuando se refiere a las limitaciones predicables de la labor legislativa, cuando decide regular aspectos del régimen de propiedad horizontal que pueden afectar el EP y el derecho fundamental a la libertad de locomoción.

Lo anterior explica por que las limitaciones a la libertad de circulación, y a otros derechos, generadas por los sistemas de cerramiento y control de ingreso que se desprenden de la figura jurídica de los llamados conjuntos cerrados, sean válidos sólo en la medida en que no invadan el EP ni excluyan de su goce a los habitantes que no pertenecen a dichas unidades.

Advierte la CConst que condicionar la posibilidad del cerramiento a una simple autorización administrativa, sin señalar criterios que impidan dicha apropiación y exclusión, resulta insuficiente para proteger el DEP.

De igual manera destaca que *“el trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes”*, puede llegar a vulnerar el derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el art. 24 de la CN, y las aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general del EP.

A efecto de fundamentar la decisión, la CConst retoma el precedente, trazado en las Sents. **CConst,T-150/1995, A.Martínez, CConst,SU-360/1999,A.Martínez y CConst,0SU-601A/1999, V. Naranjo**, para afirmar con nitidez que lo que caracteriza a los bienes que integran el EP es su afectación al interés general y su destinación al uso por todos los miembros de la comunidad.

Lo expuesto hasta aquí se explica mejor si se analiza como la CConst articula estos argumentos, hasta formar la *ratio decidendi* de la Sent.. Veamos:

La demanda centró su atención en una expresión contenida en el art. 64 de la Ley 675 de 2001; que señalaba las condiciones en las que es posible la constitución de Unidades Inmobiliarias Cerradas por asimilación.

La norma prescribía:

“Los conjuntos de edificios, casas y demás construcciones integradas arquitectónicamente que comparten elementos estructurales y constructivos que los asimilen a Unidades Inmobiliarias Cerradas, podrán solicitar a la autoridad urbanística licencia para convertirse en Unidad Inmobiliaria Cerrada “siempre que con ello no se afecte significativamente el espacio público existente” y que lo soliciten por lo menos un número no inferior al ochenta por ciento (80%) de los propietarios”.

De esta forma, la ley autorizaba la creación de Unidades Inmobiliarias Cerradas⁶⁴ que originalmente no fueron concebidas como tales siempre y cuando se cumpliera con el requisito establecido en la disposición: Esto es que con ello no se afectara “*significativamente*” el espacio público existente.

La CConst advirtió que la norma acusada condicionaba la posibilidad del cerramiento a una autorización que expediría la autoridad urbanística, sin señalar criterios claros que impidieran la apropiación de una porción del EP por unos particulares, lo que devendría en la consecuente exclusión del resto de los habitantes del acceso a un espacio destinado por mandato constitucional al uso común.

⁶⁴ La Ley 675 de 2001 mediante la cual se expide el régimen general de propiedad horizontal establece en su Título III la regulación relativa a las *Unidades Inmobiliarias Cerradas -UIC-*, esto es, en los términos del art 63 de la referida ley: “los conjuntos de edificios, casas y demás construcciones integradas arquitectónica y funcionalmente, que comparten elementos estructurales y constructivos, áreas comunes de circulación, recreación, reunión, instalaciones técnicas, zonas verdes y de disfrute visual; cuyos propietarios participan proporcionalmente en el pago de expensas comunes, tales como los servicios públicos comunitarios, vigilancia, mantenimiento y mejoras”⁶⁴. Ciertamente, en estos eventos la copropiedad compartida sobre las vías de acceso y recreación da origen a la existencia de un espacio público interno que hace posible el tránsito y el goce de las zonas comunes por parte de los habitantes de un predio urbano que fue constituido *ab-initio* como una Unidad Inmobiliaria Cerrada.

Por lo anterior, la CConst consideró que la posibilidad de constituir Unidades Inmobiliarias Cerradas por asimilación desconoce la CN a pesar de que se diga que el cerramiento no debe afectar “**significativamente**” el EP.

Esta es la primera Sent. que explora el EP desde la perspectiva de la ciencia política; lo que le permite evidenciar la relación de interdependencia existente entre EP y democracia participativa. Así mismo es la primera en citar las ponencias presentadas para debate ante la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, a las que acude, fundamentalmente, con el objetivo de establecer, a partir de un criterio teleológico de interpretación, el sentido y alcance que la CN le dio al EP.

Considerando que el EP era un derecho inexistente en la anterior constitución, resulta lógico concluir que la intención del constituyente, al elevarlo a rango constitucional, era lograr su efectiva protección y conservación.

En la Sent., la CConst es generosa en describir las bondades del EP para la construcción del Estado Social de Derecho; es así como afirma:

“La calidad de vida de las personas que habitan un determinado lugar está íntimamente ligada a la posibilidad de contar con espacios de encuentro y circulación que hagan posible la construcción de un tejido social en el que cada individuo se reconoce como miembro de una comunidad y se relaciona con otros para la satisfacción de sus intereses y necesidades. De esta manera, la defensa del espacio público contribuye a garantizar la existencia de un escenario de convivencia libre que acerca a todos los habitantes de una ciudad en condiciones de igualdad.”

“Algunas de las formas en las que se materializa la democracia participativa que sustenta la estructura del Estado colombiano van de la mano de la existencia de espacios abiertos de discusión en los que las personas puedan reunirse y expresarse libremente. El espacio público es, entonces, el ágora más accesible en la que se encuentran y manifiestan los ciudadanos.”

Hecho el anterior análisis, se observa que la *ratio decidendi* de la Sent. la constituyen dos argumentos:

En primer lugar, como ya se mencionó, la CConst advierte sobre la existencia de un margen de regulación por el legislador, que a su vez delimita la facultad de las autoridades administrativas sobre el EP. Así, las autoridades administrativas competentes disponen de un margen para expedir regulaciones que preserven el EP. No obstante, dicho margen no puede ser ilimitado y absoluto, fundamentalmente porque la protección del EP se encuentra estrechamente vinculada al ejercicio y goce efectivo de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que el legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que constituyan el marco legal de la actuación de las autoridades administrativas.

En el caso objeto de análisis la CConst consideró que la vaguedad de la norma demandada, y en concreto la expresión **“siempre que con ello no se afecte significativamente el espacio público existente”**, no es un criterio inteligible que constituya una pauta clara de la acción administrativa al respecto, (recordemos que la norma delegó en la autoridad administrativa la concesión de la respectiva licencia que oriente a la administración y a los jueces que controlarán sus actos).

Destaca la CConst que la ausencia de criterios legales genera un riesgo de arbitrariedad que vulnera el principio de legalidad inherente al Estado Social de Derecho; de ahí que el legislador deba al menos, señalar las finalidades que han de guiar a la administración, y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas.

En armonía, con lo anterior, la CConst asume una posición intermedia, logrando un punto de equilibrio entre dos posiciones extremas: De una parte enfatiza que el legislador no puede dejar de sentar unos parámetros, así éstos consistan en unos lineamientos generales que orienten la actuación de la administración en materia de EP, pero al tiempo reconoce que tampoco puede exigírsele que él mismo regule en detalle una materia esencialmente variable según las circunstancias fácticas, cuya regulación concreta obedece a consideraciones de orden técnico y compete a autoridades administrativas, en principio, locales.

Este argumento se constituye en precedente jurisprudencial, y es aplicado en decisiones posteriores, como sucede con la Sent. **CConst,C-144/2009,M.González**. En la que la CConst Analiza la constitucionalidad de una disposición de la Ley 769 de 2002 Por la

cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y en la cual se faculta a las autoridades locales para ordenar el retiro de vallas, avisos, pasacalles, pendones u otros elementos que estén en la vía pública y que obstaculicen la visibilidad de las señales de tránsito. En esta ocasión la CConst siguiendo la línea argumentativa de la Sent. **CConst,C-265/2002,M.Cepeda** concluye lo siguiente:

“La regulación del espacio público varía según las circunstancias de cada caso, está muy ligada a lo local, y en ella intervienen derechos ciudadanos a la libertad de expresión, al medio ambiente y naturalmente a la seguridad. No es razonable que se le imponga al legislador determinar lo que debe hacerse en estas materias en cada situación. Así, el respeto a la autonomía de las autoridades locales y la naturaleza técnica del manejo del espacio público en los términos descritos, apuntan a admitir que el legislador no se puede ocupar en detalle de esta materia, sino señalar criterios básicos de limitaciones razonables. El Legislador, de hecho, propone como solución a una colisión eventual de estos derechos con la seguridad, el retiro de los obstáculos en favor de la seguridad vial. De esta forma las autoridades administrativas competentes disponen de un margen de valoración para expedir regulaciones que preserven el espacio público y a su vez garanticen la seguridad”

1.6.3.5 Síntesis

El precedente construido a partir de la sentencia **CConst,C-265/02,M.Cepeda** lleva a concluir a la CConst, que es posible y constitucionalmente legítima la regulación del espacio público, siempre y cuando la misma resulte razonable, a cuyo efecto debe valorarse las circunstancias de cada caso, el respeto a la autonomía de las autoridades locales y la naturaleza técnica de varias determinaciones administrativas relativas al EP todo esto sin dejar de señalar criterios claros relativos tanto a las limitaciones que serían justificadas, como al grado de incidencia transitorio sobre el EP que sería aceptable.

Finalmente, este razonamiento da inicio a una nueva etapa en la reflexión sobre el EP, al definir, al menos sumariamente, lo que ha de entenderse como **“limitación transitoria y razonable del espacio público”**.

La CConst considera que es posible identificar criterios que permiten la armonización de diferentes derechos e intereses que pueden verse enfrentados a la hora de regular el EP,

de tal forma que se impida la apropiación por parte de los particulares de elementos del EP que garantizan la vida en comunidad (v.g. el cerramiento de una calle que hace posible el acceso a un sector de la ciudad) y permiten el ejercicio de derechos individuales, sociales y colectivos que mejoran la calidad de vida de todas las personas (en plazas, parques, lugares de reunión etc.).

Como ejemplo de lo anterior, sin citar casos específicos, se puede mencionar que el EP puede ser objeto de alguna “*limitación transitoria y razonable*” como resultado de disposiciones que reconocen a los particulares ciertas garantías relacionadas con el derecho de propiedad, con la seguridad, con la prestación de servicios públicos a la comunidad o con el libre desarrollo de actividades culturales o cívicas.

1.7 Redefinición del espacio público a partir del concepto de dominio público

Sent. T-566/1992, A. Martínez

Como aporte de esta Sent. vale la pena destacar los siguientes:

- Hace una primera ***clasificación de los modos de uso del EP*** en: **1).** Usos especiales y **2).** Usos diferenciales, **y de los bienes de dominio público**, los cuales divide en: **1).** Bienes de uso público y **2).** Bienes fiscales
- Sugiere una cuestión que si bien ya ha sido estudiada por la doctrina es de suma importancia: ***La gratuidad y onerosidad del uso del espacio público***
- Determina el ***“criterio de la afectación como definidor del dominio público***

En esta Sent, que no cita a ninguna de sus predecesoras, abundan las referencias a la doctrina extranjera, en concreto autores como Marienhoff, (Argentina) Parada y Garrido Falla (España), adscribiéndose a la doctrina del dominio público, cuyo mayor exponente es Marienhoff, para el que *“dominio público, es un conjunto o suma de bienes sometido*

*a un régimen jurídico especial, distinto del que rige los bienes de dominio privado"*¹.

Para la CConst, en la CN de 1991, existen tres clases de nexos entre un bien y un titular, los que a su vez se expresan en tres clases de propiedad: **a).** Privada, **b).** Estatal y **c).** Pública.

Respecto a la propiedad privada, no haremos mención alguna, por existir una amplia bibliografía al respecto y por no ser el tema de esta investigación. En cuanto a la **propiedad estatal**, la CConst se limita a exponer que se encuentra determinada en el art 58 de la CN y en el art 332 que se refiere en forma global al subsuelo y a los recursos naturales NO renovables como **pertenecientes no ya a la República, sino al Estado**.

Finalmente, en cuanto a la propiedad pública consagrada en los arts 63, 82 y 102 de la Constitución, explica:

*"En los arts citados no se consagra un derecho en el sentido habitual de la expresión. Son mas propiamente, unas garantías institucionales, unas protecciones constitucionales de determinados bienes, inspiradas en distintas razones de interés público: culturales, ecológicas, protección de minorías, protección de dominio público"*⁶⁵.

*"Existe un tercer grupo de propiedad, normalmente estatal y excepcionalmente privada **que se distingue no por su titularidad sino por su afectación al dominio público, por motivos de interés general (CN art. 1º)**, relacionadas con la riqueza cultural nacional, el uso público y el espacio público."* (Se Subraya)

*"Los bienes que deben comprenderse en el dominio público se determinan no sólo por las leyes que califican una cosa o un bien como de dominio público; además es necesario que concurra el elemento del **destino** o de la **afectación** del bien a una finalidad pública; **es decir, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional**, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la clasificación*

¹ Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V -Dominio Público-*. Buenos Aires Editorial Abeledo Perrot,.1988, p. 38.

⁶⁵ CConst,T-566/1992,A.Martínez

*de los bienes de dominio público*⁶⁶².

La importancia de la Sent., radica en dotar al concepto de EP de una personalidad propia, bajo la teoría del “*dominio público*”, como categoría autónoma y diferenciada del derecho de propiedad; de ahí que la CConst enfatice en que el “*dominio público*” no se distingue por su titularidad, sino por el régimen jurídico especial que la rige y por estar afectado al uso común.

En particular, sobre los bienes de uso público, la CConst señaló en esa misma Sent. que éstos son inalienables, imprescriptibles e inembargables (CN. art. 63), características analizamos en capítulos anteriores.

No obstante, en esta Sent., se esboza aún incipientemente el contenido de la teoría de la afectación, limitándose a afirmar que fue introducida por el legislador colombiano en el Art. 148 del D. 222 de 1983⁶⁷.

Es igual sentido la Sent. **CConst,T-292/1993, A.Martínez**, del mismo magistrado ponente, (Alejandro Martínez Caballero), acude a la teoría de la afectación, sin desarrollarla, como uno de los fundamentos, para considerar ajustado a derecho el cobro de un “*peaje*” para el paso por una vía de uso público.

En esta Sent., igualmente, se hace una primera clasificación de los modos de uso del espacio público: **1).** Usos especiales y **2).** Usos diferenciales de los bienes de dominio público, los cuales divide en: **A).** Bienes de uso público y **B).** Bienes fiscales.

² Parada, Ramón. *El criterio de la afectación como definidor del dominio público, bienes que comprende*. Madrid: Editorial Marcial Pons, Tomo III, 4ª. ed., p. 43.

⁶⁷ El art 148 del Decreto 222 de 1983, establece: “*De la destinación de bienes desafectados del servicio. Previa desafectación, mediante acto administrativo, podrán destinarse a otros objetos del servicio público aquellos bienes inmuebles que no se necesitan para el servicio a que originalmente se encontraban afectados. Cuando el cambio de destinación implique el traspaso de dominio a otra persona de derecho público, se deberá celebrar el respectivo contrato entre entidades (negrillas no originales)*).

Los bienes de uso público los clasifica a su vez en dos grupos: **a)** Comunes y **b)** especiales, cuya diferencia radica entre sí no sólo por la índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios. Así, el uso común es también llamado "*uso general*", en tanto que el uso especial se le denomina así mismo "*uso privativo*", "*exclusivo*" o "*diferencial*". Ejemplo de uso privativo son las autorizaciones para la instalación, en EP, de un kiosco para la venta comestibles.

Interesa destacar, que esta Sent. si bien no cita directamente a su antecesora, la Sent. **CConst,T-566/92**, si comparte como magistrado ponente a Alejandro Martínez Caballero, y las dos citan el texto de Ramón Parada: Derecho Administrativo, Tomo III, Bienes públicos, en concreto el título: "***El criterio de la afectación como definidor del dominio público***".

La Sent. **CConst,T-566/92, A. Martínez**, constituye un avance significativo en la construcción de la línea jurisprudencial, liderada por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero, con la cual se deja atrás, definitivamente, la posibilidad de acudir a cualquier modelo de argumentación que defina el EP por oposición a la propiedad privada, y presenta una construcción autónoma y elaborada del concepto de EP, el cual inserta dentro de una categoría más general: El "*dominio público*".

1.8 Implicaciones prácticas de la superación de la concepción tradicional del espacio público a partir de la doctrina del dominio público: La afectación como fundamento de la potestad del Estado sobre el EP

La línea jurisprudencial iniciada con la Sent. **CConst,T-566/1992, A. Martínez**, es continuada en la Sent. **CConst,T-572/94, A. Martínez**. Es importante tener en cuenta que esta última remite a la primera y las dos tuvieron como ponente al Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

Esta providencia, confirma la línea argumentativa iniciada en la Sent. **CConst,T-566/1992, A. Martínez** aplicando al caso específico que se discute, la doctrina construida

por su antecesora; de ahí que permita observar las implicaciones prácticas de la adscripción a la doctrina del dominio público. Veamos:

La acción de tutela tuvo su origen en la decisión de un juez civil de decretar como medida cautelar el embargo de un humedal. En el trámite del proceso, el Juez de instancia se negó sistemáticamente a reconocer al alcalde distrital como parte en el proceso, obstaculizando así la posibilidad de defender este bien de uso público, pretextando que el Distrito Capital nunca presentó título de propiedad sobre el predio que fue objeto de las medidas cautelares.

Destaca la CConst, que esta actuación no se ajusta al ordenamiento jurídico, porque el título de propiedad de los bienes de uso público está en la Constitución y las leyes, y no se requiere escritura pública para demostrarlo. En concreto afirma:

“La Nación es titular de los bienes de uso público por ministerio de la ley y mandato de la Constitución. Ese derecho real institucional no se ubica dentro de la propiedad privada respaldada en el art 58 de la Constitución, sino que es otra forma de propiedad, un dominio público fundamentado en el art 63 de la Carta, el cual establece que “los bienes de uso público... son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Esto muestra entonces que la teoría de la comercialidad de los bienes se rompe cuando se trata de bienes de uso público”⁶⁸.

Como se observa, la argumentación de la CConst, diferencia claramente el derecho de propiedad privada que se predica de bienes particulares, del derecho que ostenta el Estado sobre los bienes de uso público. En tal sentido la argumentación de la CConst esta dirigida a demostrar que el fundamento jurídico del derecho que alega el Estado se encuentra en la CN, de ahí que no deba demostrar la titularidad del bien, como si se tratase de un particular.

El tema de la propiedad del bien y la titularidad del mismo es superado con la aplicación de la teoría del “*dominio público*”, para la cual el elemento esencial es la afectación del

⁶⁸ CConst,T-572/1994 A. Martínez.

bien al uso público, característica que la diferencia de la propiedad privada.

La providencia, igualmente, hace tres importantes aportes al concepto de DEP:

- a) Incluye la categoría de “*Derecho Real Institucional*”, para referirse a la potestad que tiene el Estado sobre los bienes de uso público
- b) No es válido exigir al Estado matrícula inmobiliaria de tales bienes para determinar si son de uso público, puesto que tales bienes, por sus especiales características, están sometidos a un régimen jurídico especial, el cual tiene rango directamente constitucional.
- c) Los bienes de uso público, no pueden ser objeto de medidas cautelares, por estar en contra de la disposición constitucional que los califica como inalienables, imprescriptibles e inembargables; de ahí que no puedan ser objeto de embargos, secuestros o cualquier medida de ejecución judicial tendiente a restringir el uso directo e indirecto del bien.
- d) El Estado tiene la legitimidad procesal para la defensa de los bienes de uso público, de ahí que debe darse acceso a la justicia en los procesos civiles a aquellas Entidades Estatales que, por Constitución y por ley están en la obligación de defender los bienes de uso público.

Las Sents. CConst,T-550/1992,J. Hernández, CConst,T-566/1992,A. Martínez y CConst,T-572/1994, A. Martínez, se encuentran sistemáticamente relacionadas en la Sent. CConst,T-150/1995, A. Martínez, de ahí que nos detengamos en su estudio.

Antes de cualquier análisis, resulta imprescindible contextualizar el fallo con los hechos que dieron origen a la tutela. A continuación presentamos una síntesis de los antecedentes, elaborado a partir de la exposición de la CConst. Así:

Por iniciativa del Alcalde del municipio “X”, el Concejo municipal, mediante Acuerdo decidió desafectar del uso público una vía pública.

El Concejo consideró pertinente la desafectación por cuanto encontró que la calle perdió notoriamente la condición de bien de uso público al “estar siempre ocupada por vehículos de carga pesada lo que hace que ya no sea transitada habitualmente.”, más aún cuando la calle que se desafecta se encuentra subutilizada por el uso de calles adyacentes

suficientes para el tráfico ágil y organizado.

El mencionado acuerdo autorizó al alcalde de dicha localidad para que celebre contrato de permuta con la sociedad comercial “Y”.

Como consecuencia de la firma del contrato de permuta, la sociedad comercial “Y” cerró el espacio de la vía pública que canjeó.

Cabe añadir que el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de “X” se negó a inscribir el contrato de permuta de la vía pública, por “falta de título de tradición” de la misma.

De acuerdo con lo expresado por el accionante, él transitaba por la calle objeto de desafectación, como parte de su recorrido diario para desplazarse por la localidad.

Por la conducta de las entidades demandadas, el peticionario considera violados su derecho a disfrutar del espacio público, por lo cual solicitó el rescate del bien “patrimonial público”.

Realizado el anterior ejercicio, la CConst plantea el problema jurídico a resolver, en los siguientes términos:

“El tema sometido a consideración de esta Sala consiste, básicamente, en determinar si la situación planteada por la desafectación de un bien de uso público y por la autorización de su venta a un particular que sin haberse efectuado la tradición realizó actos de propietario, vulneró derechos constitucionales fundamentales del actor

(...)

“si la acción de tutela es procedente para evitar la desafectación de bienes de uso público o si existen otros medios jurídicos”.

Hechas las anteriores consideraciones, analizaremos a continuación, como se articula esta Sent. con las demás, para formar un conjunto coherente dentro de la línea jurisprudencial.

La Sent. **CCConst,T-150/1995, A. Martínez**. coincide con las Sents. **CCConst,T-518/1992, J. Hernández** y **CCConst,T-550/1992** en que los hechos que propiciaron la acción de tutela fueron los mismos: El cierre u obstrucción de vías públicas, de ahí que podamos hablar de una línea jurisprudencial específica sobre este tema, que relaciona el derecho colectivo al EP y el derecho fundamental a libertad de locomoción.

La Sent. se refiere a la categoría de *bien de uso público* y a la función de protección que le es inherente al Estado, resaltando que el *“bien de uso público por la finalidad a que está destinado, otorga al Estado la facultad de detentar el derecho a la conservación de los mismos y por tanto la normatividad que los regula ordena velar por el mantenimiento, construcción y protección de esos bienes contra ataques de terceros”* (**CCConst,T-150/1995, A. Martínez**).

Precisa que la protección se realiza a través de la posibilidad que tienen los habitantes de recurrir a la vía judicial, a través de acciones posesorias, reivindicatorias o la acción popular.

No obstante lo anterior, la providencia retoma los argumentos expuestos en la Sent. **CCConst,T-508/1992, F. Morón**, reivindicando la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para la protección del DEP, cuando es vulnerado simultáneamente con el derecho fundamental a libertad de locomoción.

En la Sent. **CCConst,T-150/1995, M. Martínez** la tutela opera como mecanismo transitorio, al encontrar demostrado en el proceso, el ejercicio arbitrario del cierre de una vía por parte de un particular que está colocando al peticionario frente a un estado de indefensión respecto de tal situación, causándole además un perjuicio irremediable.

Se observa en la Sent. una línea jurisprudencial claramente definida cuando nota que este tribunal en reiterados pronunciamientos ha sido claro en señalar que *“(…)la acción popular y la acción de tutela, presentan puntos de coincidencia y polos donde se excluyen, por cuanto si existe prueba fehaciente en donde se llegue a la necesaria conclusión de la presencia de un perjuicio subjetivo o la concretización de un perjuicio, la acción de tutela es procedente, pero no lo es cuando no hay para el solicitante la inmediatez ni el perjuicio irremediable”*.

Para llegar a la anterior conclusión, en el caso concreto que se discute, la providencia tiene en cuenta tres razones:

- a. La tradición de la vía aún no se había efectuado. Recordemos que el Registrador de Instrumentos Públicos se negó a inscribir el contrato de permuta de la vía pública, por “falta de título de tradición” de la misma. Este argumento es fundamental, para concluir que el límite a la libertad de locomoción y al EP, consecuencia del cierre de la vía es ilegítimo.
- b. Al tenor del Art. 756 del CC la compraventa de bienes inmuebles se somete a la correspondiente inscripción del título y hasta tanto no se realice dicha acción, el bien no sale del patrimonio del vendedor y por ende el comprador no puede ejercer plenos actos de dominio sobre el bien.
- c. Si no es legítima o es muy discutible la legitimidad de la alteración del carácter de uso público de un bien, y, además hay la vulneración de derechos fundamentales, es probable que se pueda ejercer la acción de tutela contra la entidad territorial y, si además esa violación la realiza con hechos un particular que aún no tiene el dominio, con mayor razón cabe la tutela como mecanismo transitorio.

Hecho este análisis concluye la CConst que por lo tanto la Sociedad “Y”, cerró la vía pública sin autoridad para ello. En consecuencia, resuelve amparar el derecho a la libertad de locomoción y al EP ordenando que se garantice el uso de la Calle mientras se realiza la correspondiente tradición de la vía.

La CConst retoma la clasificación elaborada en sentencia **CConst,T-566/1992, A. Martínez**, la cual distinguió tres clases de propiedad: **1).** la privada, **2).** estatal (cuyo titular es el Estado) y **3).** Pública (se predica de la nación), precisando que la Sent. enmarca el dominio en dos grandes grupos, el privado y el público en sentido genérico.

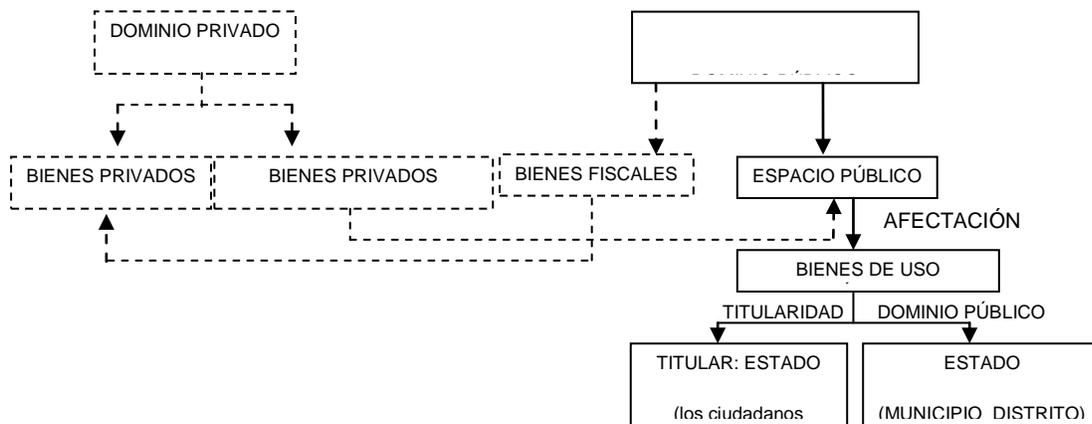
En su exposición, la CConst hace explícita la existencia de dos grandes teorías sobre la titularidad de los bienes de uso público, señalando los representantes de la doctrina que asumen una u otra posición. Así:

Para un sector de la doctrina, el propietario de los bienes de uso público es el Estado, quien ejerce sobre ellos una reglamentación de uso. Según el criterio de la CConst es esta posición la que acoge el art 674 del Código Civil, cuando los define como aquellos bienes cuyo *“dominio pertenece a la República”* y el *“uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de las calles, plazas, puentes y caminos...”* (CC, art, 674)

Para la segunda teoría, el titular de estos bienes es la colectividad o el pueblo, de suerte que el Estado ejerce únicamente la administración a través de su poder administrativo regulador y reglamentario. Son exponentes de esta teoría: Bielsa, Marienhoff, José J. Gómez, entre otros.

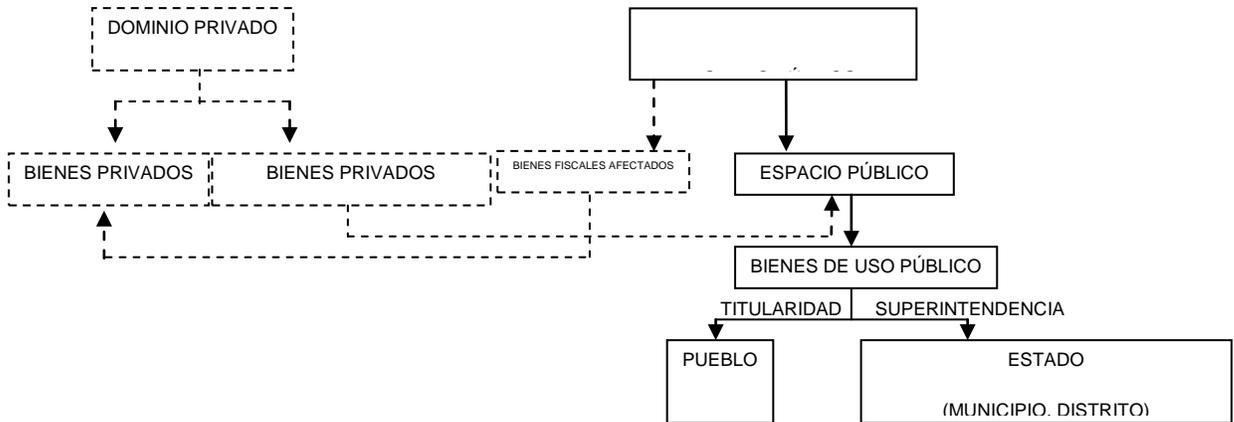
Como habíamos señalado anteriormente, el tema de la titularidad parecía superado, no obstante, la CConst retoma la discusión, haciendo una breve presentación de las dos teorías, destacando que el CC. se adscribe a la primera de las doctrinas, esto es, aquella que erige al Estado como titular de los bienes de uso público.

Gráficamente esta teoría se representa en el siguiente cuadro⁶⁹:



⁶⁹ Esta propuesta fue incluida en el estudio: Aprovechamiento del espacio público en Bogotá, realizado para la Subdirección de Estudios de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. en 2005.

A diferencia de la anterior, la propuesta de esta investigación es la siguiente:



Como se observa, la posición de la CConst no obstante considerar que el CC. asume la teoría de la titularidad de los bienes de uso público en cabeza del Estado, y no del pueblo, no asume que en la titularidad del bien radique la facultad del Estado de autorizar y reglamentar su uso. A esta conclusión llega la CConst cuando afirma:

“El derecho al aprovechamiento de los bienes de uso público encuentra su regulación legal en disposiciones que son el resultado de la obligación constitucional de velar por la protección del espacio público, que comprende los bienes de uso público. Así el Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales consagra los “modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público”⁷⁰

Este razonamiento, evidencia cierto grado de ambivalencia en la argumentación de la CConst, el cual resuelve con la asunción de una postura ecléctica o intermedia, entre las doctrinas anteriores.

Para la CConst, los Bienes afectados al Uso Público *“Se encuentran en cabeza del Estado u otros entes estatales y se caracterizan por ser bienes usados por la comunidad, la cual los puede aprovechar en forma directa, libre, gratuita, impersonal, individual o*

⁷⁰ CConst, T-150/1995, A. Martínez

colectivamente, generalmente tienen que ver con los intereses vitales de la comunidad”.

Como se observa, la providencia enfatiza en la titularidad del Estado sobre los bienes de uso público, sin perder de vista la afectación al *uso colectivo o de la comunidad*, como elemento esencial del concepto.

Lo expuesto hasta aquí sobre la titularidad de los bienes de uso público podría considerarse, *prima facie* como un razonamiento teórico sin trascendencia en la práctica. Sin embargo, la aplicación de la teoría de la afectación al caso en concreto permite identificar su función e importancia.

En el proceso objeto de análisis, el representante legal de la empresa demandada planteó como excepción la no existencia de prueba del dominio de la calle en cabeza del municipio.

Frente a este argumento la CConst consideró que *“la ley presume que un bien que tiene características propias de bien de uso público (una calle, un puente), está afectado al uso de la comunidad y por tanto si ese bien es de dominio privado, los propietarios deben demostrar su titularidad a través del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria”.*

El análisis de la jurisprudencia, muestra como la CConst, invierte la Carga de la prueba, en cabeza del demandado, teniendo este último que demostrar la titularidad del bien que se presume de uso público, en virtud de la afectación.

Este argumento, no es nuevo, como se expuso anteriormente, en la Sent. **CConst,T-572/1994, J. Hernández**, la CConst recurrió a esta teoría, para ordenar el desembargo inmediato de un humedal que había sido objeto de medida cautelar.

Para la CConst, la afectación consiste *“en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto”.* Esta definición, que corresponde a la expuesta por Marienhoff,

en su *Tratado de Derecho Administrativo*⁷¹, será citada reiterativamente por la CConst, en sus más recientes fallos, como sucede en la Sent. **CConst,T-1264/2008,M.González**.

De la anterior definición, se extraen los elementos que estructuran el concepto de afectación:

- a. *“Un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y,*
- b. *“El aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público”.*

Igualmente, destaca la Sent. que la afectación⁷² puede consistir: *“(…) en una manifestación de voluntad o en hechos de la administración, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo los ríos son de uso público de acuerdo con lo perceptuado en el art 677 CConst. Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, nuestra legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular no se altera por el uso público”.*

La identificación de la línea jurisprudencial sobre el DEP permite constatar la superación

⁷¹ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio Público*. Buenos Aires: Editorial, Abeledo Perrot, 1988. Pags. 338 - 427.

⁷² Frente a la doctrina de la afectación surge la desafectación como el mecanismo que la revierte. A través de la desafectación un bien es desvinculado del uso público. Explica la CConst que *“La Desafectación es el fenómeno jurídico por el cual un bien que ostenta la calidad de uso público deja de serlo, por cuanto cambia su calidad de bien de dominio público a la de un bien patrimonial ya sea del Estado o de los particulares*

En Colombia la ley, expresamente niega la desafectación de ciertos bienes de uso público, así, el art 170 del Decreto 1333 de 1986 establece que *“las vías, puentes y acueductos públicos no podrán enajenarse ni reducirse en ningún caso”*. En relación con el retiro del servicio de vías públicas, el art 6º de la Ley 9a, establece: *“las calles nunca podrán ser encerradas en forma que priven a la ciudadanía de uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentatoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada y un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables.”*

progresiva del modelo de argumentación que definía el EP por oposición a la propiedad privada, y su sustitución por una construcción autónoma y mas elaborada del concepto de EP, el cual inserta dentro de una categoría mas general: El dominio público, de la cual es pieza clave la afectación.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de esta teoría, tendrá una clara incidencia a la hora de resolver, casos concretos en los que se discute la vulneración del DEP. Así:

El fundamento jurídico del derecho que ostenta el Estado sobre el EP se encuentra en la propia CN, de ahí que en el trámite de un proceso judicial no deba demostrar la titularidad del bien para acreditar su legitimación procesal, como si se tratase de un particular.

En un caso concreto, si no es legítima o es muy discutible la legitimidad de la desafectación del carácter de uso público de un bien, y, además hay la vulneración de derechos fundamentales, es probable que se pueda ejercer la acción de tutela contra la entidad territorial y, si además esa violación la realiza con hechos un particular que aún no tiene el dominio, con mayor razón cabe la tutela como mecanismo transitorio, con miras a la protección del DEP.

1.9 Utilización del espacio público

1.9.1 Consideraciones generales

Como he señalado anteriormente, el concepto de EP comprende a todos aquellos bienes públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la CN o la Ley, están destinados a la utilización colectiva, como ocurre con el caso de los parques, ríos, vías públicas etc.

En cuanto al uso o administración del E.P. la C.Co, reiterativamente, en las Sents. ya analizadas, ha señalado las siguientes reglas constitucionales a tener en cuenta y a las cuales ya nos hemos referido:

- a. Los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables (CN. Art. 63)

- b. Cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de EP, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los departamentos de planeación, determinará dicha destinación⁷³.

Igualmente, es importante considerar, previo a cualquier análisis, que el destino público de los bienes de uso público, al disfrute colectivo condiciona el uso que puede darse a estos, puesto que es principio axiomático que son bienes, como su nombre lo indica, de uso común y sólo excepcionalmente pueden ser aprovechados privativamente.

Hecha esta precisión, corresponde a continuación analizar las principales Sents. de la C.Co, en los que esta se ocupa de los problemas que las nuevas formas de gestión del EP han traído consigo; labor que considero de gran utilidad si tenemos en cuenta que en nuestro medio no existe un adecuado desarrollo legal sobre el tema.

Sent. T-150/1995, A.Martínez

La Sent. **CConst,T-150/1995, A.Martínez**, reenvía a la Sent. **CConst,T-572/1994, A.Martínez**, citándola en lo referente a la inembargabilidad de los bienes de uso público, aspecto al cual ya hicimos referencia.

En cuanto a las demás características de los bienes de uso público, contenidas en el art. 63 de la CN y que los definen como inalienables, la Sent. hace una importante precisión conceptual, que pasó de largo para sus antecesoras. En efecto, la Sent. **CConst, T-566/1992, A. Martínez**, definió de forma general la inalienabilidad como la imposibilidad de negociar, esto es, vender, donar, permutar, etc., los bienes de uso público, **sin hacer mención a la posibilidad que tiene el Estado de regular y permitir formas de uso de estos bienes**. Sobre este punto, consideró la CConst:

“ *Los bienes de uso público (...) son bienes que se encuentran fuera del comercio*

⁷³ CConst,T-518/1992,. J.Hernández..

ya que no pueden ser materia de actos jurídicos que impliquen tradición o pérdida de la finalidad del bien. Debe aclararse que a este concepto no se opone la posibilidad que tiene el Estado de regular y permitir formas de utilización del espacio público, por cuanto existen usos “especiales” o “diferenciales”², pero no preferentes que son otorgados bajo la forma de concesión o permiso a determinado grupo de personas, cuya utilización no puede desvirtuar el carácter de público de esta clase de bienes, a manera de ejemplo podemos citar las casetas de dulces que se instalan temporalmente dentro de un parque”. (Negrilla y Cursiva fuera del texto original)

Este aporte de la providencia a la construcción del concepto de DEP no debe sobredimensionarse, en cuanto las formas de aprovechamiento del EP, no es el tema específico del que se ocupa la Sent. razón por la cual en mi concepto es un *obiter dictum*, que no por ello deja de tener “*fuera persuasiva*”.

Ahora bien, al desglosar la proposición contenida en la citada providencia se identifican dos enunciados:

El Estado tiene la facultad de conceder usos “especiales” o “diferenciales”, pero no preferentes que son otorgados bajo la forma de concesión o permiso a determinado grupo de personas. Frente a esta proposición surge la pregunta: ***¿Qué son los usos especiales o diferenciales del espacio público? ¿Que límites ha trazado la CConst, para el otorgamiento de dichos usos y para garantizar que no se desvirtúe el carácter público de esta clase bienes?***

Serán las Sents. **CConst,C-183/2003,A.Beltrán** y **CConst,C-568/2003,A.Tafur** las que darán respuesta a estos interrogantes, al tiempo que delinearán claramente los contornos de la línea jurisprudencial sobre los ***“usos del espacio público”***, definiendo los requisitos sin los cuales una determinada forma de uso del espacio público no puede considerarse constitucionalmente válida. Por lo anterior, en las páginas siguientes nos detendremos en el análisis de estas Sents.

² Así los denomina el tratadista Miguel Marienhoff en su libro Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1988. P. 169s. Esta denominación la acoge el Código de Recursos Naturales.

En este punto vale la pena notar que la discusión paulatinamente ha dejado de plantearse en un escenario primordialmente teórico, como acontecía en las primeras Sents. en las que la CConst esboza las diferentes doctrinas sobre el espacio público. En las Sents. **CConst,C-183/2003,A.Beltrán** y **CConst,C-568/2003,A.Tafur**, la CConst hace explícita su intención de dejar a un lado la discusión teórica sobre el dominio público por considerar que esta ya ha sido superada por sus antecesoras, y empieza a atribuirle consecuencias prácticas, las cuales habrán de analizarse en cada caso concreto.

Adicionalmente, es de notar que las dos Sents. abordan cuestiones de gran importancia:

La **Sent. CConst,C-183/2003,A.Beltrán** tiene incidencia sobre las ocupaciones ilegales del EP en las playas y zonas costeras de Barranquilla, Cartagena de Indias y Santa Marta, las cuales según un estudio de la Procuraduría General de la Nación a 31 de diciembre de 2005 alcanzaban cifras alarmantes: 31.856 ocupaciones indebidas en los litorales. Suma resultante de 5.814 ocupaciones en el Litoral Caribe y 26.042 en el Litoral Pacífico⁷⁴.

En esta Sent. la CConst examina la constitucionalidad de una Ley que pretende desestimular la invasión del EP, a través de una política fiscal que faculta a los mencionados distritos para gravar con impuesto predial y complementarios las construcciones, edificaciones o mejoras realizadas sobre bienes de uso público de la Nación, incluyendo aquellos bienes que se encuentren en manos de particulares en forma ilegal o irregular

Por su parte la sentencia **CConst,C-568/2003,A.Tafur** plantea la discusión sobre el modelo de concesión de vías públicas, necesario para el funcionamiento de sistemas

⁷⁴ Maya Villazón, Edgardo José. *70 años de Ministerio Público en asuntos civiles, conferencia pronunciada en la Sede de la Procuraduría General de la Nación, Salón Antonio Nariño, con ocasión de la conmemoración de los 70 años de creación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles*. En <http://www.procuraduria.gov.co/descargas/eventos/discurso70anos.doc>, consultado el 26 de Octubre de 2009.

⁷⁴ Defensoría del Pueblo, *Observatorio de Justicia Constitucional – Espacio público*. En http://www.defensoria.org.co/?_s=ojc&_a=17&_es=, consultado el 26 de Octubre de 2009.

masivos de transporte tipo Transmilenio, que servirían para la estructuración de modelos similares en otras ciudades del país, a esto se suma la importancia de los sistemas de transporte como elemento esencial de la ciudad, ya que permite asegurar los flujos de personas y mercancías entre sus diversas aéreas, además de ser grandes consumidores de EP, aproximadamente un tercio de la superficie de las ciudades en América Latina⁷⁵

1.9.2 Modalidades de utilización del espacio público

1.9.2.1 Uso común y usos especiales del espacio público

Un aspecto a tener en cuenta es la incorporación que hace la **Sent. C-183/2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)** de la clasificación de los usos del EP elaborada por Marienhoff, y según la cual los usos de que son susceptibles las cosas que integran el EP se dividen en dos grandes grupos: *“Usos comunes”* y *“especiales”*. A continuación presento la síntesis de la clasificación elaborada por el citador autor, la cual nos servirá de marco conceptual para adentrarnos, más adelante, en el análisis de cada una de las Sents..

“USOS DEL ESPACIO PÚBLICO

(...)

“Los Usos “comunes” y “especiales”, difieren entre si no sólo por la índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios.

“El uso común es también llamado uso “general” en tanto que al uso especial se le denomina asimismo “uso privativo”, “exclusivo” o “diferencial”

(...)

“Los “usos comunes” del espacio público son los que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin mas requisitos que la observancia de las disposiciones

⁷⁵ Zarate Martín, Antonio. *Espacios y Sociedades: El espacio interior de la ciudad*, Madrid Editorial Síntesis, 2004, p. 41.

reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad.

“Entre tales usos pueden señalarse como ejemplo: (...) el tránsito en las vías y lugares públicos, como así también el estacionamiento momentáneo o accidental en los mismos.

“El uso común corresponde al uso público por todos los habitantes, por la colectividad; de ahí que en esa clase de usos el usuario, considerado éste como persona, sea anónimo, indeterminado, no individualizado.

(...)

“El sujeto del uso común es la colectividad, el pueblo, no el individuo; este realiza y practica tal uso en su calidad de miembro de la colectividad. Esto no se desvirtúa ante la posibilidad de que, respecto al ejercicio del uso común, resulte afectada, no la colectividad sino la facultad de un individuo en particular, hipótesis que sólo tendría importancia en lo atinente a la existencia o inexistencia de medio de tutela o protección.

(...)

“El destinatario del uso común de los bienes públicos no es, pues el individuo, sino la colectividad, el público. Y contrariamente a lo que ocurre con el uso especial o privativo, donde el público usuario está constituido por un público específico, representado por los titulares de los respectivos derechos (lo que ciertamente permite “individualizar” al usuario) en materia de uso común el público no es específico, sino genérico: La colectividad; lo que excluye toda individualización.

(...)

“Por su parte el “uso especial” es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso general de la colectividad como el uso común, sino un uso privativo, exclusivo, que ejercen personas determinadas. Contrariamente al uso común, no se trata de una prerrogativa correspondiente al hombre por su sola calidad de tal. El uso especial, al contrario de lo que ocurre con el uso común, no tiene por objeto, principal e inmediato, satisfacer necesidades físicas indispensables para la vida misma, ni permitir el desarrollo de la personalidad humana con referencia al ámbito de la libertad, sino aumentar la esfera de acción y el poderío económico del individuo.

“Entre los diversos usos especiales del dominio público pueden mencionarse como ejemplo los siguientes: a.) La instalación de quioscos en dependencias del dominio público para la venta de diarios, revistas, comestibles, etcétera. b.) El estacionamiento temporario de vehículos autorizado a personas determinadas y en sitios determinados.

“La adquisición del derecho de uso especial o privativo de los bienes de dominio público requiere indispensablemente de un acto expreso del Estado, en cuyo merito es derecho resulte otorgado o reconocido.

“El uso especial podrá, pues, ser adquirido por cualesquiera de los medio que al efecto establezca el ordenamiento jurídico vigente en el respectivo lugar o país

“Teóricamente, esos medios son tres: El permiso, la concesión y la prescripción”⁷⁶.

Es importante subrayar que sin importar el tipo de utilización, este no puede afectar de manera desproporcionada el derecho al uso y goce común que todos los ciudadanos tienen sobre el EP.

En nuestro medio las autorizaciones, en la modalidad de permisos o licencias y contratos de concesión que el Estado otorga, facultan usos especiales y diferenciales del EP a particulares, para que aquellos, lo aprovechen económicamente.

Mientras el primer instrumento de autorización, el permiso, constituye un acto unilateral que regula la relación jurídica entre el permisionario y el Estado, y se expide a una persona en razón de ciertas calidades que reúne, o del cumplimiento de ciertos requisitos, la autorización, bajo la modalidad de concesión constituye un acto de naturaleza contractual.

Teniendo en cuenta que en Colombia, la normatividad sólo se ha ocupado del tema tangencialmente y de forma desarticulada, es necesario acudir al derecho comparado, y en particular, por su pertinencia a la legislación española, que presta especial atención al régimen de los bienes de dominio público y sus formas de uso.

En cuanto al uso y explotación de los bienes y derechos de dominio público, la Ley

⁷⁶ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio Público*. Buenos Aires: Editorial, Abeledo Perrot, 1988. Pags. 338 - 427.

española prevé, la necesidad de un titular y un régimen jurídico propio, en los siguientes términos:

“Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos”⁷⁷. (...) “Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley”⁷⁸.

En lo que respecta a los “tipos de uso de los bienes de dominio público” la Ley los define y clasifica en tres categorías, así:

“1. Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados.

“2. Es uso que implica un aprovechamiento especial del dominio público el que, sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste.

“3. Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados”⁷⁹.

Interesa destacar que la autorización, es definida como el *título habilitante*⁸⁰, para utilizar

⁷⁷ Ver también al respecto, normas administrativas básicas 13ava edición, actualizada, Madrid: editorial Técnos, 2003.

⁷⁸ BOE núm. 264-20254 Ley 33/2003 del 3 de noviembre. Artículo 3 y S.S.

⁷⁹ L 33/2003.

⁸⁰ La legislación autonómica Española se refiere al uso y explotación de bienes de uso publico, resaltando que *nadie puede sin título habilitante ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos*. BOE núm. 264-20254 Ley 33/2003 del 3 de noviembre. Artículo 3 y ss.

bienes de dominio público de forma que exceda el derecho de uso común que, corresponde a todos⁸¹.

En Colombia el Artículo 14 del Decreto 1355 de 1970 *"Por el cual se dictan normas sobre Policía"* prescribe que *"Cuando la ley o el reglamento de policía estatuya una prohibición de carácter general, y no obstante admita expresamente excepciones, la actividad exceptuada sólo podrá ejercerse mediante permiso de policía"*, y a renglón seguido precisa: *"Se otorgará el permiso cuando se acredite que el ejercicio por parte del solicitante de la actividad exceptuada no acarrea peligro alguno para el orden público"*.

Igualmente, el Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales) consagra los *"modos de adquirir el derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público"*. y en el artículo 51 nota que el *"Derecho a Usar Los Recursos Naturales Renovables de Dominio Público"*; puede ser adquirido por a) Ministerio de la ley, b) Permiso temporal, c) Concesión temporal.

Tratándose de los actos de concesión, los teóricos del acto administrativo han sostenido que *"antes que policía administrativa (como es el caso del permiso) comporta el ejercicio de la facultad de gestión y fomento de que es titular el Estado Moderno"*⁸² y cita como ejemplo las licencias que responden a la vigilancia y control del Estado sobre bienes colectivos o de uso público, y la concesión de Aguas, prevista en los artículos 151 y 152

⁸¹ En nuestro medio la CCconst ha precisado que: (...) No pueden tampoco ocuparse los andenes —que son parte de la vía pública— ni las áreas de circulación peatonal, espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales". CConst, T-518/1992, J. Hernández.

⁸² Berrocal Guerrero, Luís, Manual del Acto Administrativo, Según la Ley, La Jurisprudencia y la Doctrina. Bogotá: Librería del Profesional Ltda., Tercera Edición: 2004, Pág.85 y S.S. Para el profesor Berrocal los actos administrativos de autorización, lo cuales diferencia de los de concesión, son aquellos actos "mediante los cuales se habilita o faculta a una persona para realizar determinada actividad o hecho que se encuentran sujetos a regulaciones especiales, y que comportan el ejercicio de la policía administrativa por parte del Estado. A ellos pertenecen las licencias relacionadas con la construcción de obras, la prestación de determinados servicios y el desarrollo o explotación de actividades mercantiles, financieras, etc. Su efecto es el de ampliar la autonomía de acción del beneficiario del acto".

del Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos no Renovables).

De lo anterior se deduce que una diferencia entre el permiso y la concesión, aparte de la naturaleza de policía administrativa que caracteriza el permiso, y que encuentra sustento en los artículos 14 a 18 del Código Nacional de Policía, radica en el tipo de derecho que de él emana. Así, el permiso, como se ha reiterado, es el que mayor grado de precariedad y discrecionalidad posee; pudiendo la administración revocarlo en cualquier tiempo por razones de interés general en los términos del CCA.

En lo que respecta a la concesión la doctrina nacional ha considerado lo siguiente:

“(…)Una posición de mayor respetabilidad jurídica tiene el concesionario de dominio público. Allí media un contrato, un termino preciso o indefinido. No obstante el carácter precario de la concesión, por la naturaleza de los bienes a que se refiere, se acredita un derecho subjetivo por parte del concesionario, público y administrativo y no privado. A pesar de la calidad del derecho, el puede ser revocado y caducado”⁸³.

Jurisprudencialmente, la CConst ha dicho sobre este punto que *“no resulta contrario a la Constitución que sobre los bienes de uso público se permita un uso especial o diferente, por parte de la Administración, a través del otorgamiento de concesiones o permisos de ocupación temporal, sin que por ello se transmute el carácter de público de esa clase de bienes. Es decir, que el otorgamiento de esa concesión o permiso para un uso especial en bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva del permiso o de la concesión es precaria, en el sentido de que son esencialmente temporales y por lo tanto revocables o rescindibles en cualquier momento por razones de interés general”⁸⁴.* (Negritas y Cursiva por fuera del texto).

Como se vera en seguida los principios y antecedentes jurisprudenciales, (aplicables a todas las modalidades de uso del espacio público aquí tratadas), validan ciertas formas

⁸³ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Bogota: Editorial Temis. Décima Edición, 1994.

⁸⁴ Sentencia C- 183 de 2003.

de utilización del dominio público siempre y cuando estas tiendan a hacer realidad la destinación al uso común de los bienes de uso público.

1.10 Gratuidad y onerosidad del uso del espacio público

Como expuse anteriormente, el tema específico que se discute, está relacionado con el cobro de un “peaje” para el paso por una vía de uso público. Este sugiere una cuestión que ya ha sido estudiada por la doctrina y de suma importancia: **“La gratuidad y onerosidad del uso del espacio público”**. Así, para Marienhoff el uso del EP ya se trate del uso común o del especial, no es, por principio, gratuito ni oneroso. Sobre el particular, explica el citado autor lo siguiente:

“La gratuidad y la onerosidad no corresponden a la esencia del dominio público. Por su naturaleza, el uso de los bienes públicos puede ser gratuito u onerosos. Con ello no se desvirtúa principio jurídico alguno. Establecer una u otra cosa sólo depende del criterio del legislador, de las conveniencias del momento, del estado de conciencia colectiva, etcétera”.

“Generalmente, el uso común es gratuito; por excepción puede no serlo. Así ocurre cuando se establece el pago de un peaje sobre ciertos caminos o puentes; cuando se exige el pago de una suma de dinero para tener acceso a ciertos museos públicos, o a algunos paseos públicos, como jardines zoológicos o botánicos; etc. Dada la naturaleza jurídica e índole del uso común, su onerosidad debe emanar de un texto legal o hallarse autorizada por este. En cambio el uso especial, sea otorgado bajo la forma de permiso o de concesión, generalmente es oneroso. Dicha onerosidad en la mayoría de los casos surge del acto administrativo que otorga el permiso o la concesión”.

El anterior argumento sirve de fundamento para que la CConst considere legítimo que el paso por una vía de uso público se debe hacer previo pago de un peaje. En apoyo del anterior razonamiento, la CConst cita, igualmente, la obra de Otto Mayer, Derecho Administrativo Alemán. Tomo III. Parte Especial en la cual el citado autor expone:

“El derecho al uso de todos no se basa en una atribución hecha por el Estado a sus súbditos. La condición real para que pueda ejercerse ese derecho -a saber, la cosa

*destinada a eso-, está suministrada por el Estado; en todo caso, el Estado conserva la cosa en las condiciones adecuadas. Esto entraña para aquél un gasto que no beneficia igualmente a todos los súbditos. **Las consideraciones de equidad y de justicia distributiva exigen que se imponga a aquellos que obtienen un beneficio especial de dicho servicio una prestación remunerativa especial.** El interés financiero se valdrá de este razonamiento para hacer establecer las imposiciones de ese género. Según el carácter de la ventaja para la cual se establezca, el equivalente tomará también formas diferentes⁸⁵". (Se subraya).*

El tema de la onerosidad y gratuidad, esta ligado al del aprovechamiento económico del EP, esto teniendo en cuenta que los recursos económicos que se perciben por este concepto deben necesariamente servir para la generación de nuevos espacios públicos, asegurar su sostenibilidad, mantenimiento o mejora.

En Colombia, este tema es relativamente nuevo y sus antecedentes se remontan a la expedición de la Ley 9 de 1989, con la cual se pretendía poner solución a la problemática social propiciada por los grandes flujos de población, en su mayoría expulsados del campo, que llegaron a la ciudad atropelladamente a demandar espacios, servicios y empleo, y a los que había que garantizarles su *derecho a la ciudad*. Frente a esta situación, la Ley de Reforma Urbana crea un modelo innovador, en el que se plantea, como puede constatarse en las ponencias para debate en el Senado, la concertación entre la Administración y la Ciudadanía como alternativa de solución.

Así puede leerse en las citadas actas de debate, que constituyen el antecedente legislativo de la Ley 9ª de 1989, lo siguiente:

"Cualquier Ley, en una economía de libre empresa como la nuestra, debe ante todo asumir una actitud positiva y creativa ante los cambios, políticas y realizaciones que deseen implementar.

⁸⁵ Mayer, Otto. *derecho administrativo alemán. tomo iii. parte especial*. Buenos Aires Editorial Depalma, 1951, p. 210.

(...) Significa esto que antes que actuar coactivamente es necesario crear los mecanismos financieros, fiscales y normativos para que los objetivos se cumplan pero con **la activa participación de la iniciativa particular. Esto significa, en otras palabras, que el desarrollo de nuevas áreas en las ciudades, la renovación de zonas deterioradas, la conservación de estructuras y áreas de valor histórico o arquitectónico y preservación del paisaje no pueden ser siempre y exclusivamente tareas del Estado**⁸⁶.(Negrilla Fuera del texto).

A las anteriores consideraciones, que constituyen los principios que inspiraron la ley, sus objetivos y el contexto histórico en el que fue expedida, se debe agregar la planeación económica, y las herramientas creadas para asegurar su eficacia. Desde esta óptica, el legislador, dotó a los municipios del soporte normativo para gestionar y promover su propio desarrollo urbano. Para ello se requería superar la falta de recursos financieros para adelantar obras municipales, por lo cual fortalece al municipio en sus finanzas y establece el *aprovechamiento económico del espacio público por los particulares*, terminando con la separación que existía entre Estado y sector privado, en cuanto se refiere a la promoción y gestión del desarrollo urbano, estableciendo los instrumentos para hacerla efectiva y sostenible.

Estas políticas empezaron a adoptar contornos más precisos después del proceso constituyente de 1991, en consecuencia organismos como el Banco Mundial y el BID articularon el asunto del EP dentro de sus proyectos de desarrollo, gestión urbana y promoción de la participación ciudadana, con la convicción de que esta última requeriría de espacios públicos donde los ciudadanos puedan ejercer sus derechos ciudadanos. En otras palabras se creía que buenos espacios públicos facilitarían el curso de procesos como la descentralización, la liberalización de las economías y la democratización.

Durante esta década, post-constituyente, surgió la primera política urbana en que se trata este asunto (política urbana del salto social), entre cuyos componentes se contaba con toda una estrategia dirigida hacia el EP.

⁸⁶ Ob. Cit, Pág.2.

Sobre la aplicación de estas políticas, recientemente, una investigación de FEDESARROLLO, cuestionó seriamente el modelo aplicado en materia de concesiones viales, demostrando que los proyectos se financian con los peajes, anticipos o los dineros públicos de vigencias futuras, lo que comparado con otros países muestra que mientras en Colombia con 22 concesiones a 2008 sólo se habían emitido bonos por 226 millones de dólares, en Chile a 2007 los operadores de 12 concesiones viales habían emitido bonos por 4.113 millones de dólares para las obras. De lo que el citado estudio concluye que el modelo de concesión en Colombia es *“una extensión de la obra pública con la que se pueden extraer rentabilidades exorbitantes sin aportes patrimoniales”*⁸⁷.

Esta reflexión nos plantea la existencia de un modelo modernizador del EP, trazado por los planificadores, con el que se pretende construir y reconstruir la ciudad en beneficio del capital, desconociendo al EP como bien social materializado que contribuye a la concreción de los derechos de los ciudadanos.

1.11 Línea jurisprudencial sobre la utilización del espacio público

Hecha la anterior presentación a manera de preámbulo, en seguida procedemos a identificar la línea jurisprudencial en las Sents. **CConst,C-183/2003,A.Beltrán** y **CConst,C-568/2003.A.Tafur**.

CConst,C-183/2003,A.Beltrán

En la Sent. **CConst,C-183/03,A.Beltrán** la CConst se pronunció frente a la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano contra el art 6, numeral 3, parcial de la Ley 768 de 2002 *"Por la cual se adopta el Régimen Político, Administrativo y Fiscal de los Distritos Portuario e Industrial de Barranquilla, Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*.

⁸⁷ Benavides, Juan. *Reformas para atraer la inversión privada en infraestructura vial*. FEDESARROLLO, en <http://www.infraestructura.org.co/presentaciones/MENTIRASYVERDADESCONCESIONES.pdf>, consultado el 03/05/2011

Para mayor ilustración, a continuación se transcribe el texto de la norma demandada. Se subraya lo acusado.

"Ley 768 de 2002

(...)

"Art 6°. Atribuciones. Los concejos distritales ejercerán las atribuciones que la Constitución y las leyes atribuyen a los concejos municipales. Adicionalmente ejercerán las siguientes atribuciones especiales:

(...)

"3. Gravar con impuesto predial y complementarios las construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora sobre bienes de uso público de la Nación, cuando por cualquier razón estén en manos de particulares".

Para el demandante, el numeral 3 del art 6, , era contrario a los arts 1, 6, 82, 121, 122, 123, inciso 2, 150, numeral 9 y 313, numeral 7 de la CN, porque conferir a los concejos distritales la atribución de gravar con el impuesto predial y complementarios *"las construcciones, edificaciones, o cualquier tipo de mejora", sobre bienes de dominio público, cuando se encuentren en manos de particulares "por cualquier razón", "legaliza" la ocupación, invasión o destinación de dichos bienes, prevaleciendo en consecuencia el interés particular sobre el general, lo que contraría de forma manifiesta la CN.*

Adicionalmente, el demandante consideró que vulneraba el art 82 de la Carta, porque el legislador con la norma acusada, al gravar con impuesto predial construcciones sobre bienes de uso público les está otorgando el carácter de bienes privados a bienes que ostentan la categoría de públicos como especies del género denominado "espacio público" en los términos del art 5 de la Ley 9 de 1989.

Para la CConst el problema jurídico a resolver es el siguiente:

1.11.1 ¿Los bienes de uso público pueden estar en manos de particulares?

La CConst resuelve el interrogante que conforma el problema jurídico en los siguientes términos:

La respuesta a la primer pregunta es si. En efecto para la CConst, los bienes de uso público pueden estar en manos de particulares, pero únicamente en virtud de autorización expedida por autoridad competente y en la forma establecida en la ley.

Para el tribunal es claro que la vocación de los bienes de uso público es su utilización y disfrute colectivo en forma libre. No obstante, reconoce que dicha prerrogativa de la que gozamos todos los ciudadanos y a la que anteriormente denomine “*derecho al uso común*”, no es absoluta en tanto puede ser objeto de restricciones en beneficio del grupo social mismo, impuestas por parte de las autoridades competentes, dado el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables que les otorga el art 63 de la Carta.

Como se observa esta conclusión guarda armonía con la línea jurisprudencial construida por la CConst, desde 1992 hasta el 2000; se encuentra en la sombra decisional de las Sents. que la preceden y no constituye un argumento novedoso en la línea jurisprudencial.

No obstante lo reiterativo del argumento, la relevancia del mismo es innegable y se constituye en una regla a tener en cuenta en todos los casos en que se plantee el otorgamiento de usos especiales del espacio público. El argumento puede sintetizarse de la siguiente manera:

Los bienes que integran el espacio público están destinados, precisamente, al uso por el público. Por tanto, el uso que efectuó el público debe ser compatible con el motivo que determinó la inclusión del bien en el dominio público. Este será el punto de partida en la materia. Determinar si el uso que se efectuó es o no compatible con el destino del bien, constituye una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso concreto. La cuestión es de gran importancia, pues, si se tratare de un uso incompatible con el destino del bien, otorgado por acto administrativo, este podría resultar inválido por hallarse viciado de ilegitimidad.

Marienhoff, expone claramente este concepto a través de varios ejemplos, cuya cita es pertinente para explicar el alcance del mismo:

“Un uso determinado puede no conformarse con el destino de la cosa, pero al propio

tiempo puede no contrastar con tal destino, vale decir, puede no ser incompatible con este: Ejemplo: Si bien las vías públicas están destinadas a la circulación, no contrasta con el destino de ellas el otorgamiento de un permiso para instalar un puesto de venta de comestibles. En cambio, contrastaría con el destino de la cosa, sería incompatible con este, el permiso o la concesión otorgada dentro de un cementerio para ejercer una actividad por completo desvinculada del fin específico de esa dependencia dominical: pero sería válido el otorgamiento de un permiso o una concesión para instalar un, dentro de esa dependencia dominical, un quiosco para venta de flores, ya que esto vinculase directamente al culto de los muertos, materia relacionada con el destino de los cementerios.

Ahora bien, el aporte más importante de esta sentencia y hasta ahora inédito es la definición de los usos especiales o diferenciales como únicas formas constitucionalmente válidas de aprovechamiento privativo del EP por particulares; conclusión que a su vez se erigirá en límite al legislador, el cual no podrá desconocer a la hora de regular el EP, ya que en abstracto será inconstitucional una norma que valide o permita formas privativas de uso del espacio público que no hagan en virtud de autorización de autoridad competente en la forma establecida en la Ley .

Es decir, desde el punto de vista jurídico los bienes de uso público de la Nación, no pueden ser ocupados por los particulares legítimamente conforme a la Constitución, sino cuando se les hubiere otorgado licencia, concesión o permiso de ocupación temporal y, en consecuencia, la expresión "*por cualquier razón*" contenida en el numeral 3° del art 6° de la Ley 768 de 2002, resulta inexecutable y, así lo declaró la CConst en esta Sent.

1.11.2 Los usos especiales del espacio público

Para la CConst no resulta contrario a la Constitución que sobre los bienes de uso público se permita un "*uso especial*" o "*diferente*", por parte de la Administración, a través del otorgamiento de "*concesiones*" o "*permisos de ocupación temporal*", sin que por ello se transmute el carácter de público de esa clase de bienes. Este argumento se fundamenta en dos razones:

- El otorgamiento de una concesión o permiso para un uso especial de bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos

respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva del permiso o de la concesión es precaria, en el sentido de que son esencialmente temporales y por lo tanto revocables o rescindibles en cualquier momento por razones de interés general.

- Los bienes de uso público son imprescriptibles, inalienables e inembargables, según expresa disposición constitucional (CN. Art. 63), y, en consecuencia, la ocupación temporal del bien a título precario ya sea en virtud de licencia, permiso o concesión, conforme a la ley, no confiere en ningún caso derecho alguno sobre el suelo ocupado, lo que significa que, con mayor razón no se adquiere ningún derecho sobre el mismo en caso de detentación irregular de cualquier bien de uso público, por parte de particulares. Para llegar a la anterior conclusión la CConst, hace una interpretación sistemática del Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales, que estableció los "**modos de adquirir derecho a usar los recursos naturales renovables de dominio público**", a través de permisos y concesiones temporales, como se dispone en el Título V del citado Decreto. (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, hace referencia al Decreto Ley 2324 de 1984, art 166, que establece que *"Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la ley y a las disposiciones del presente Decreto. **En consecuencia, tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo y el subsuelo**"* (Negrillas fuera de texto).

En efecto el Decreto 2324 de 1984, establece en el art 169 que la Dirección General Marítima y Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, previo el cumplimiento de los requisitos que señala esa norma. Así mismo, el art 175 consagra dentro de los requisitos exigidos para autorizar el permiso, que al vencimiento del término para el cual se concede, se *"reviertan a la Nación las construcciones"* y, se obliga al interesado a comprometerse a *"reconocer que el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos, ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente"*.

La interpretación sistemática de la citadas normas, conduce la CConst, a concluir que los

bienes de uso público de la Nación, no pueden ser puestos en manos de particulares, por "*cualquier razón*", como lo contempla el numeral 3 del art 6 de la Ley 768 de 2002, sino únicamente en virtud de autorización de autoridad competente en la forma establecida en la ley.

Resuelta la primera pregunta, dejando claro que el aprovechamiento de los bienes de uso público solamente puede realizarse en virtud de permiso, concesión o licencia de las autoridades respectivas, entra la CConst a responder la siguiente pregunta:

¿Sobre los bienes de uso público que están en manos de particulares se pueden realizar construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora, que puedan ser gravadas con el impuesto predial y complementarios?

A juicio de la CConst la respuesta es afirmativa. En efecto, ***los particulares pueden realizar construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora*** sobre bienes de uso público, pero únicamente en virtud de autorización expedida por autoridad competente, en la forma establecida en la ley. Así por ejemplo: El art 679 del Código Civil, establece que "*Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad de la Unión*", y el art 177 del Decreto Ley 2324 de 1984 dispone que "*La Dirección General Marítima y Portuaria no concederá permiso para construcción de vivienda en las playas marítimas...*".

La *ratio decidendi* esta constituida por los mismos argumentos que sirvieron para resolver la primera pregunta:

Para la CConst, visto como está, que si bien los bienes de uso público se encuentran destinados al uso y goce de toda la colectividad, pues esa es su vocación, sobre ellos puede recaer un uso diferente y especial previa autorización de autoridad competente en los términos que señale la Ley, e incluso se pueden realizar construcciones, edificaciones o mejoras, sin que con ello se viole la CN como quiera que esos "usos especiales o diferentes", no mutan la naturaleza de los bienes de uso público.

Tanto es así, que una vez vencido el término del permiso, licencia o concesión, o abandonadas las obras, como lo expresa la ley, los bienes se restituyen a la Nación. Es

decir, no pierden su carácter de bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, por cuanto el Estado no pierde en ningún momento su derecho de dominio sobre ellos, simplemente otorga una autorización para que se les de un uso distinto o especial, en muchas ocasiones en beneficio de la misma colectividad, pero siempre manteniendo su dominio sobre ellos, los cuales le son restituidos al vencimiento del término otorgado en la autorización por parte de la autoridad competente. Incluso, como se señaló, dado el carácter precario de la situación derivada de la autorización en cualquiera de sus formas, esta puede ser revocada por razones de interés general.

Para llegar a la anterior conclusión el tribunal reitera lo expuesto en el Decreto 2324 de 1984, que establece en el art 169 que la Dirección General Marítima y Portuaria podrá otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, previo el cumplimiento de los requisitos que señala esa norma. Así mismo, el art 175 consagra dentro de los requisitos exigidos para autorizar el permiso, que al vencimiento del término para el cual se concede, se "reviertan a la Nación las construcciones" y, se obliga al interesado a comprometerse a "reconocer que el permiso no afecta el derecho de dominio de la Nación sobre los terrenos, ni limita en ningún caso el derecho de ésta para levantar sus construcciones en cualquier sitio que considere conveniente".

Ahora bien, hecho el anterior análisis surge la pregunta: ***¿Pueden gravarse con impuesto predial y complementarios las construcciones, edificaciones o mejoras realizadas sobre bienes de uso público de la Nación, incluyendo aquellos bienes que se encuentren en manos de particulares en forma ilegal o irregular? ¿De ser afirmativa la respuesta a esta pregunta se estaría "legalizando" la ocupación ilegítima, esto es sin autorización del Estado, de los bienes de uso público?***

Para la CConst, la norma demandada no "legaliza" la ocupación de bienes de uso público, lo que hace la norma, es reconocer una situación fáctica y a partir de ella imponer una obligación tributaria con fundamento en el principio de equidad y de igualdad ante las cargas públicas, sin que el pago de ese impuesto implique algún derecho sobre el terreno como la misma ley lo establece.

Ahora bien, si bien resulta cierto que los bienes de uso público no están gravados con el

impuesto predial y complementario, por cuanto se trata de un impuesto que recae sobre la propiedad raíz, el legislador por razones de política fiscal, reconociendo una situación de hecho, consideró que en los distritos especiales de Cartagena, Santa Marta y Barranquilla, los concejos distritales pueden gravar con dicho impuesto las construcciones, edificaciones y cualquier otro tipo de mejoras que realicen los particulares sobre bienes de uso público, teniendo en cuenta que se trata de inmuebles por adhesión permanente. En tal virtud, mientras se encuentren "en manos de particulares" y ellos los estén aprovechando económicamente, hasta tanto no vuelvan al dominio del Estado bien por el vencimiento de los términos señalados en las autorizaciones legalmente otorgadas, o mientras el Estado logra la restitución de dichos bienes en caso de que se encuentren en manos de particulares en forma ilegal o irregular, no contraría la CN que el Congreso considere como predios objeto de gravamen esas construcciones, edificaciones o mejoras a que se refiere la norma acusada.

1.11.3 La concesión de vías públicas para el tránsito de vehículos de transporte masivo

Sent. CConst, C-568/2003, A. Tafur

Como expuse con anterioridad, la Sent. **CConst, C-568/2003. A. Tafur**, plantea la discusión sobre el modelo de "**concesión**" de vías públicas, (que es una forma de "uso especial"), necesario para el funcionamiento de sistemas masivos de transporte tipo Transmilenio y que servirían para la estructuración de modelos similares en otras ciudades del país.

Para el actor el art 2º. de la Ley 769 de 2002 que hace alusión a la "*destinación exclusiva de determinados carriles*" para el tránsito de vehículos de transporte masivo, vulnera los arts 63, 82 y 102 constitucionales, por dos razones: **i). La exclusividad desvirtúa la destinación al uso común de las vías por las que circulan dichos vehículos y ii). Implica la enajenación del espacio público en favor de determinados particulares cuando éstos prestan el servicio público de transporte mediante contrato de concesión.**

Así las cosas, el primer problema jurídico a resolver es el siguiente:

1.11.3.1 ¿La destinación exclusiva de determinados carriles para el tránsito de vehículos de transporte masivo desvirtúa la destinación al uso común de las vías por las que circulan los referidos vehículos?

Para responder esta pregunta la CConst deberá determinar *ab initio* si el uso que se pretende efectuar es o no compatible con el destino del bien, cuestión que según el precedente jurisprudencial se debe dilucidar en cada caso concreto y cuya importancia radica en que si se tratare de un uso incompatible, otorgado por acto administrativo, este podría resultar inválido.

Para la CConst la destinación de determinados carriles con carácter exclusivo no solamente resulta plenamente compatible con el derecho colectivo al espacio público y derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios, sino que constituye un claro mecanismo para su realización y la satisfacción del interés general.

Argumenta la CConst:

El servicio de transporte masivo tiene como propósito la realización del principio constitucional de la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en lo que tiene que ver con la garantía, seguridad y eficiencia en la prestación del servicio y la protección de los usuarios.

Para la CConst la importancia de la seguridad en la prestación del servicio de transporte masivo radica en el hecho que este involucra derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios.

De igual manera, la necesidad de garantizar la prestación y eficiencia del servicio se debe a la definición del mismo como "*servicio público esencial*" (Ley 336 de 1996, Estatuto Nacional de Transporte"), razón por la cual resulta plausible la protección del derecho de los usuarios a la continuidad de su prestación, ya que una interrupción en el mismo generaría graves efectos en todos los ciudadanos, usuarios y potenciales usuarios del servicio.

Finalmente, la primacía del interés general sobre el particular, radica en el fin que se persigue con la implementación de este sistema. Así, un servicio público de transporte masivo eficiente permite el crecimiento ordenado de las ciudades, el uso racional del suelo urbano, al tiempo que *i) desestimula la utilización superflua del automóvil particular, ii) mejora la eficiencia en el uso de la infraestructura vial mediante la regulación del tráfico y iii) promueve la masificación del transporte público a través del empleo de equipos eficientes en el consumo de combustibles y el espacio público.* (Ley 86 de 1989)

La reconstrucción del razonamiento de la CConst permite observar como este se dirige a demostrar que los carriles exclusivos, son necesarios, o mejor, un “mecanismo” para la prestación eficiente del citado servicio público. Argumenta la CConst que la destinación exclusiva se hace en virtud de la eficiente y segura prestación del servicio de transporte masivo de pasajeros; la cual se logra por medio de la utilización racional de las vías en función de las características de cada medio de transporte, para asegurar la mayor movilidad de bienes y personas en condiciones de seguridad y con mejor aprovechamiento de los bienes colectivos.

- La destinación exclusiva no supone la exclusión del sistema vial de los demás sistemas de transporte ni de los demás prestadores de dicho servicio público, se trata es de garantizar el uso racional de los bienes colectivos en perfecta armonía con los demás prestadores del servicio público de transporte, con los usuarios del mismo y en general con toda la sociedad.
- El servicio público de transporte masivo permite el acceso de todos los ciudadanos al uso común de dichos bienes colectivos.

Como soporte de esta conclusión cita un informe sobre el número de personas que utilizan el Metro de Medellín y Transmilenio, en Bogotá⁸⁸, que fue decretado como prueba, y cuya práctica se asigno al Ministerio de Transporte.

⁸⁸ El número de personas que utilizan este servicio, -en promedio, en días típicos laborales 298.233 personas en el caso del Metro de Medellín, y 773.000 personas en el caso del Sistema de Transmilenio, según los datos aportados por el Ministerio de transporte para el periodo de 1º de enero a 30 de noviembre de 2002-, al que tiene acceso en los términos del respectivo contrato de transporte todo habitante de estas ciudades.

El ejercicio consistía en comparar el número de personas que se transportan a través de medios masivos de transporte que utilicen canales exclusivos o infraestructura especial para acceso de pasajeros, así como las calzadas interiores de vías troncales, con el número de personas que utilizan los demás medios de transporte.

No obstante lo anterior, es importante notar que en la Sent., el ejercicio comparativo no se realizó a cabalidad, resultando notorio el déficit argumentativo en este punto, toda vez que se supedita a afirmar que al servicio tienen acceso todos los habitantes de estas ciudades y que este asegura la mayor movilidad de bienes y personas en condiciones de seguridad y la mayor eficiencia en el aprovechamiento de los bienes colectivos, deducciones, que si bien pueden resultar obvias, tendrían que estar apoyadas en evidencia con fuerza probatoria; no obstante, como ya expuse, no se mencionan los resultados de la comparación.

A pesar de lo anterior, este déficit probatorio, no afecta la fuerza argumentativa de la Sent., en su conjunto, toda vez que la premisa: El servicio público de transporte masivo permite el acceso de todos los ciudadanos al uso común de dichos bienes colectivos, además de cierta, reafirma la definición del transporte masivo de pasajeros como servicio público esencial.

1.11.3.2 ¿La prestación del servicio público de transporte masivo, cuando este es prestado por particulares mediante concesión, implica la enajenación del espacio público en favor de determinadas personas, ya sean los usuarios o los concesionarios?

Para el actor, dicha situación resulta violatoria de la CN teniendo en cuenta que las vías públicas como bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual significa que éstas no pueden ser objeto de apropiación por particulares bajo ninguna circunstancia.

Para la CConst la destinación exclusiva de determinados carriles para el tránsito de vehículos de transporte masivo NO implica la apropiación de dichas vías por los usuarios de dicho sistema de transporte -que, son potencialmente todos los habitantes de la ciudad-, como tampoco por los prestadores de dicho servicio de transporte, cualquiera ellos sean.

Para apoyar esta conclusión emplea tres argumentos, incluyendo de forma explícita el argumento de *reducción ad absurdum*. Veamos:

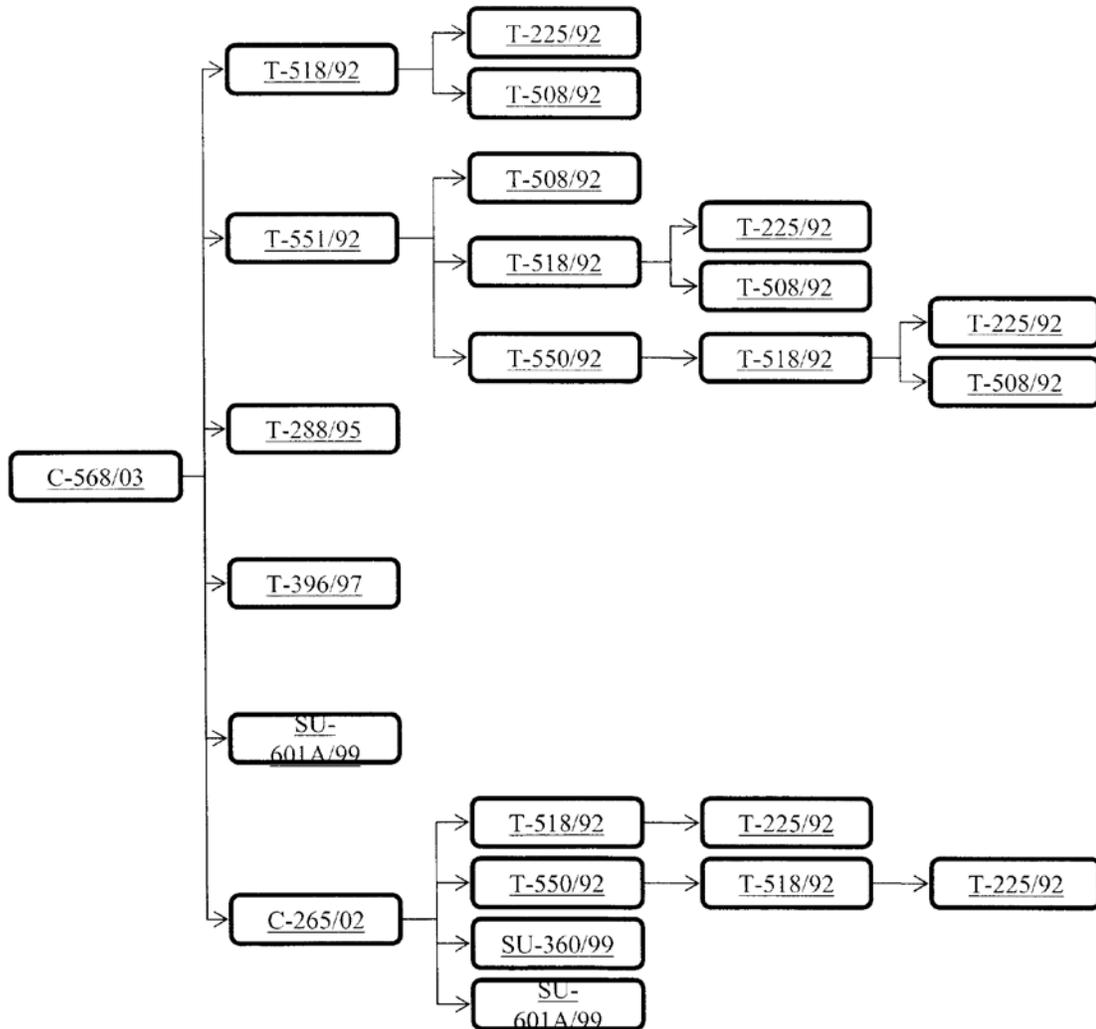
- Reitera, la respuesta a la primera pregunta, destacando que en este caso se trata simplemente del ordenamiento racional del EP en función de su mejor utilización en beneficio común y en particular en el caso del transporte masivo de la mejor y más eficiente prestación de dicho servicio público.
- Seguidamente, considera que afirmar lo contrario significaría deducir *ad absurdum* que por ejemplo la destinación de determinadas vías para el tráfico exclusivo de peatones³³, implicaría la apropiación por los peatones de las vías peatonales en detrimento de todos aquellos que no lo son.
- Finalmente la CConst precisa que la existencia de un contrato de concesión, supone necesariamente la existencia de una contraprestación en beneficio del Estado y que bajo ninguna circunstancia la celebración de un contrato de este tipo puede entenderse como la enajenación en beneficio del concesionario, de los bienes de uso público que en virtud del mismo contrato el Estado ponga a su disposición.

Obsérvese como este último argumento, se apoya en el precedente construido en la Sent. **CConst,C-183/2003, A.Beltrán**, cuando afirma:

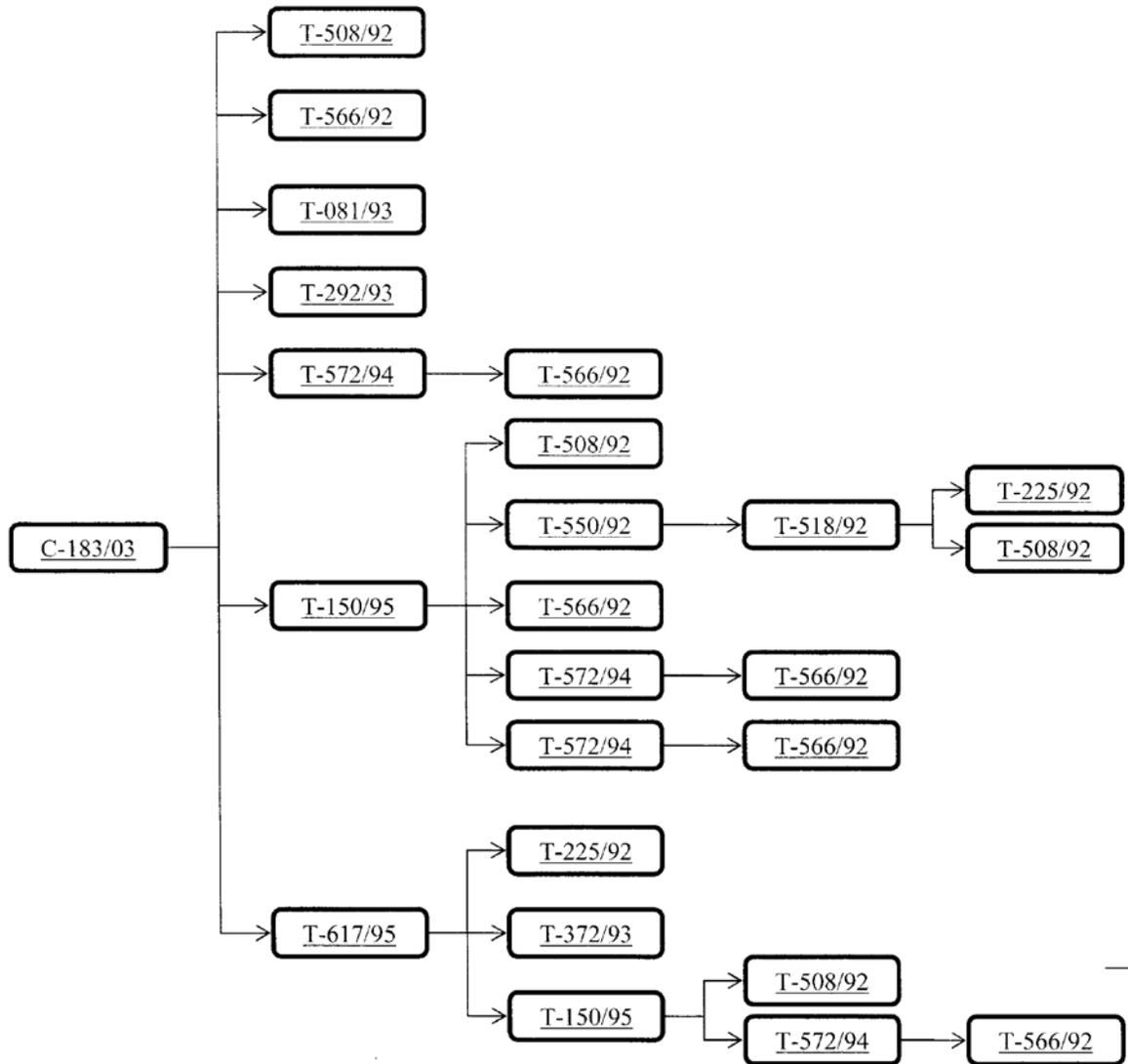
- a).** que el otorgamiento de una concesión para un uso especial de bienes de uso público por parte de los particulares, no implica la conformación de derechos subjetivos respecto de ellos, por cuanto la situación que se deriva de de la concesión es precaria, en el sentido de que es esencialmente temporal y por lo tanto revocable o rescindible en cualquier momento por razones de interés general y
- b).** Los bienes de uso público son imprescriptibles, inalienables e inembargables, según expresa disposición constitucional (art. 63 CN), y, en consecuencia, la ocupación temporal del bien a título precario en virtud de concesión, conforme a la ley, no confiere en ningún caso derecho alguno sobre el suelo ocupado.

Es importante precisar, que si bien esta decisión comparte los argumentos expuestos en la sentencia **CConst,C-183/2003, A.Beltrán**, no la cita expresamente, lo que no es obstáculo para integrarla a la línea jurisprudencial, esto teniendo en cuenta que comparten de forma directa e indirecta los conceptos de otras sentencias que les precedieron y que citan conjuntamente. El siguiente grafico representa el mapa citacional de las dos sentencias y permite corroborar esta afirmación:

Mapa citacional CConst,C-568/2003. A.Tafur



Mapa citacional CConst,C-183/2003, A.Beltrán



De lo expuesto hasta aquí es posible extraer las siguientes conclusiones:

- Para la CConst la destinación de determinados carriles con carácter exclusivo no solamente resulta plenamente compatible con el derecho colectivo al EP y derechos constitucionales fundamentales como la vida y la integridad personal de los usuarios, sino que constituye un claro mecanismo para su realización y la satisfacción del interés general.

- La concesión es uno de los medios que dispone la Ley para el otorgamiento de derechos especiales de uso sobre bienes de uso público.
- En el caso objeto de análisis el uso especial otorgado a través de la concesión exclusiva de vías públicas coexiste con la institución del “servicio público”, específicamente el servicio público esencial de transporte masivo de pasajeros.
- La concesión exclusiva de vías públicas se constituye en una actividad de organización del servicio público de transporte masivo de pasajeros, lo que a su vez la define la como una concesión de “servicio público”, en la medida que el interés público aparece directamente contemplado, constituyendo la causa directa de otorgamiento del acto administrativo que concede el uso especial.

Ahora bien, confrontada la argumentación de la CConst con la teoría de Marienhoff sobre la naturaleza jurídica de las concesiones de uso, se observa la similitud entre una y otra. Esto teniendo en cuenta, que para este autor en ocasiones la concesión constituye una *“actividad de organización del servicio público, por ejemplo: La utilización de las calles con rieles para la circulación de tranvías; en tal caso, evidentemente, para otorgar la pertinente concesión, lo que se tiene en cuenta es el interés general, pero no referido a la concesión de uso de las calles publicas, sino a la concesión del servicio público de transporte de pasajeros que serán destinados los tranvías”*. Obsérvese que el ejemplo empleado por Marienhoff, es en lo sustancial aplicable a otras formas similares de transporte masivo (tren, ferrocarril elevado, metro, trolebús, etc.), dentro de las que puede incluirse el sistema de concesión de vías para uso exclusivo de vehículos de transporte masivo tipo Transmilenio.

1.14 Resumen

La aplicación de los principios inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad a casos concretos; permite identificar la evolución en el razonamiento de la CConst en la que se observa, una tendencia a considerar que la regla de la inalienabilidad consagrada en la CN, determine que los bienes de uso público sean indisponibles hasta para el Estado, que solo puede proceder a la desafectación, lo que sin embargo ni siquiera le sería posible respecto a bienes cuya naturaleza de uso público es directamente proclamada por el la CN, o por la Ley (CN.Art. 63).

Lo anterior no excluye la posibilidad del Estado de conceder usos especiales sobre el EP

o restricciones en beneficio del grupo social mismo.

Los usos especiales o diferenciales son las únicas formas constitucionalmente válidas de aprovechamiento privativo del EP por particulares; conclusión que a su vez se erigirá en límite al legislador, el cual no podrá desconocer a la hora de regular el EP, ya que en abstracto será inconstitucional una norma que valide o permita formas privativas de uso del espacio público que no hagan en virtud de autorización de autoridad competente en la forma establecida en la Ley.

Para determinar la validez de una norma que conceda un uso especial se debe verificar si el uso que se efectuó es o no compatible con el destino del bien, cuestión de hecho a dilucidar en cada concreto.

La fórmula abierta que emplea el art. 63, de la CN, cuando señala que **“Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”**, ha permitido que la CConst jurisprudencialmente determine, en cada caso concreto, la constitucionalidad de disposiciones legales, que tienden regular el uso, restricción y administración del EP, afectando alguno de los principios antes citados; lo que a su vez dio origen a la construcción de una línea jurisprudencial en la cual la discusión gravita sobre los instrumentos de protección, su operatividad práctica, la eventual vulneración de derechos fundamentales, pero siempre teniendo como eje la garantía del DEP.

2. Conclusiones

La CN de 1991 constitucionalizó el DEP, al elevarlo a rango constitucional, gracias a lo cual la defensa del EP cobra un papel protagónico en la formulación de políticas públicas y en los escenarios judiciales.

La protección del DEP, en el Estado Social de Derecho adquiere una connotación especial, que implica el acceso de los ciudadanos a la administración de justicia, para la eficaz garantía de sus derechos, así como el que los instrumentos y procedimientos establecidos en la ley se dirijan a su realización material.

Las normas anteriores a la CN de 1991, en las que se destaca el C.Civ. y la Ley 9ª de 1.989, así como los desarrollos legislativos posteriores a su expedición, como la L. 472 de 1998, emplean indistintamente las expresiones: **Bienes públicos, bienes de uso público, bienes de uso común y espacio público**, sin definirlos, limitándose a hacer una descripción de los elementos físicos que conforman el EP.

Las citadas normas esbozan incipientemente que el EP, del cual hacen parte los bienes de uso público, pertenecen al Nación y su uso corresponde a todos los ciudadanos.

La CN de 1991 reguló lo atinente al DEP en dos aspectos: a). Determinando que la Ley regulará las acciones populares para la defensa y protección del derecho colectivo al EP, competencia que fue desarrollada por el legislador con la expedición de la L. 472 de 1998 b). Enfatizando que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del EP y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (CN, art. 82).

Respecto del primer punto, es importante considerar lo siguiente:

La definición del EP como derecho típicamente colectivo, remite inmediatamente a la acción popular, como el mecanismo idóneo para su protección. No obstante, la CConst,

como lo permitió evidenciar la línea jurisprudencial, ha encontrado procedente la acción de tutela, cuando en una situación jurídica específica se atenta contra un derecho constitucional fundamental y el derecho colectivo al EP. Así, puede intentarse la acción de tutela y amparar uno y otro derecho simultáneamente.

Los conceptos de preservación de la “*integridad del espacio público y destinación al uso común*”, prescritos como deberes constitucionales en cabeza del Estado, adquieren un contenido propio en la jurisprudencia de la CConst, que permite configurar el significado del derecho al EP, en dos de sus expresiones:

Primero, como *deber/derecho de supervigilancia* en cabeza del Estado, que se enmarca dentro de la definición general de la función pública, que desde la óptica del derecho administrativo, es la actividad que el Estado desarrolla para cuidar, los intereses públicos. Desde esta perspectiva, el deber asignado al Estado, implica, en concreto, garantizar que el uso del EP se haga en condiciones óptimas, de calidad, accesibilidad, seguridad, salubridad, igualdad; siempre atendiendo el principio constitucional de prevalecía del interés general.

Segundo, como *deber/derecho al uso común o colectivo* de los ciudadanos sobre los bienes de uso público, que consiste en la prerrogativa de usar tales bienes, con arreglo a las normas legales o administrativas, que prescriben su preservación y proscriben su uso exclusivo, e igualmente implica para el ciudadano (individualmente considerado) y el Estado, el deber de observar cierta conducta que no impida el ejercicio de las facultades que se reconocen a los otros titulares del derecho al uso común.

Finalmente, el uso común, envuelve para el ciudadano, la garantía de la eficacia del derecho, valiéndose de los mecanismos procesales para su protección judicial, (V. G. la acción popular).

Mención aparte merece la discusión teórica sobre el DEP, que incluye la crítica sobre la definición de éste como un verdadero derecho, y que defiende la tesis de que se trata de una simple facultad o conjunto de facultades, que patrimonialmente nada significa.

Esta corriente teórica, que proviene del derecho privado, incluye el EP dentro de las

categorías de “*cosas y bienes*”, construida a partir del concepto de propiedad privada, que otorga la potestad, para el titular, de la disposición y el aprovechamiento, con criterios de rentabilidad y utilidad económica (léase usufructo), nociones, que no están presentes, prima facie, en el uso común o colectivo, que no es valorable, como tampoco se puede enajenar, embargar, o adquirir por prescripción adquisitiva un bien de afectado al uso público.

Esta polémica se presenta como trasfondo en la jurisprudencia de la CConst, ligada al tema de la titularidad y afectación de los bienes de uso público, que resuelve la CConst, en cada caso concreto, orientando la decisión a la protección del EP, en aplicación del principio constitucional de primacía del interés general, sin desconocer que no es un derecho absoluto.

La reconstrucción de la línea jurisprudencial sobre el DEP permitió verificar la evolución conceptual en las Sents. analizadas, en la cuales progresivamente, se va dejando atrás un modelo de argumentación que definía el EP por oposición a la propiedad privada, y se presenta una construcción autónoma y elaborada del concepto de EP, el cual inserta dentro de una categoría mas general: El dominio público, de la cual es pieza clave la afectación.

Las consecuencias prácticas de la aplicación de esta teoría, se evidenciaran a la hora de resolver, casos concretos en los que se discute la vulneración del DEP⁸⁹.

La definición del EP en sus inicios se limitaba a la enunciación de los componentes físicos que lo integran, y a asignar al Estado una función de mera policía, para salvaguardar su destino.

⁸⁹ Dentro de las consecuencias prácticas del cambio de paradigma, se encuentran las siguientes: a).El fundamento jurídico del derecho que ostenta el Estado sobre el EP se encuentra en la propia Constitución, de ahí que en el trámite de un proceso judicial no deba demostrar la titularidad del bien para acreditar su legitimación procesal, como si se tratase de un particular. b). En un caso concreto, si no es legítima o es muy discutible la legitimidad de la desafectación del carácter de uso público de un bien, y, además hay la vulneración de derechos fundamentales, es probable que se pueda ejercer la acción de tutela contra la Entidad territorial y, si además esa violación la realiza con hechos un particular que aún no tiene el dominio, con mayor razón cabe la tutela como mecanismo transitorio, con miras a la protección del DEP.

La teoría de la afectación redefine el concepto de EP haciendo énfasis en el uso como criterio definidor, reivindicando su categoría como derecho, situando al Estado como formulador de políticas públicas y como responsable de garantizar espacios públicos en condiciones óptimas, de calidad, accesibilidad, seguridad, salubridad e igualdad.

Como se anotó atrás, el tema de la propiedad del bien y la titularidad del mismo, es superado con la aplicación de la teoría del dominio público, para la cual el elemento esencial es la afectación del bien al uso público, característica que la diferencia de la propiedad privada. La línea jurisprudencial, permitió observar que la argumentación de la CConst, diferencia claramente el derecho de propiedad privada que se predica de bienes particulares, del derecho que ostenta el Estado sobre los bienes de uso público.

Consecuencia de lo anterior, la argumentación de la CConst está dirigida a demostrar que el fundamento jurídico del derecho que ostenta el Estado se encuentra directamente en la CN, de ahí que en el trámite de un proceso judicial no deba demostrar la titularidad del bien para acreditar su legitimación procesal, como si se tratase de un particular.

La identificación de la línea jurisprudencial, permitió observar que para la CConst, a excepción de los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio afectado al uso público no puede ser objeto, en principio, de limitación a la locomoción de los ciudadanos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona en particular.

Las vías públicas, y en general el EP sirven no sólo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de autodeterminación de la persona o el ejercicio de otros derechos, V.G, el derecho a la libertad de expresión, asociación, libre desarrollo de la personalidad, recreación, etc y como tales, constituyen un escenario para el disfrute y reivindicación de otros derechos.

No obstante, la naturaleza del EP puede ser, en determinadas circunstancias, objeto de regulaciones y aún de limitaciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, a través de la autoridad competente, se presumen acordes con las facultades que el propio

ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos; pero cuando provienen de particulares, y no cuenta con la debida autorización, se considera una apropiación ilegítima del E.P.

La aplicación de los principios inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad a casos concretos; permitió identificar la evolución en el razonamiento de la CConst. en la que se observa, una tendencia a considerar que la regla de la inalienabilidad consagrada en la CN, determine que los bienes de uso público sean indisponibles hasta para el Estado, que solo puede proceder a la desafectación, lo que sin embargo ni siquiera le sería posible respecto a bienes cuya naturaleza de uso público es directamente proclamada por el la CN, o por la Ley (CN,art. 63).

Lo anterior no excluye la posibilidad del Estado de conceder usos especiales sobre el EP o restricciones en beneficio de la colectividad.

Los usos especiales o diferenciales son las únicas formas constitucionalmente válidas de aprovechamiento privativo del EP por particulares; conclusión que a su vez se erige en limite al legislador, el cual no puede desconocer a la hora de regular el EP, ya que en abstracto será inconstitucional una norma que valide o permita formas privativas de uso del EP que no se hagan en virtud de autorización de autoridad competente en la forma establecida en la Ley.

Para determinar la validez de una norma que conceda un uso especial se debe verificar si el uso que se efectuó es o no compatible con el destino del bien, cuestión de hecho a dilucidar en cada caso concreto.

La formula abierta que emplea el art. 63, de la CN, cuando señala que “**Los bienes de uso público**, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación **y los demás bienes que determine la ley**, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”, ha permitido que la CConst jurisprudencialmente determine, en cada caso concreto, la constitucionalidad de disposiciones legales, que tienden a regular el uso, restricción y administración del EP, afectando alguno de los principios antes citados; lo que a su vez dio origen a la construcción de una línea jurisprudencial en la cual la discusión gravita sobre los

instrumentos de protección, su operatividad práctica, la eventual vulneración de derechos fundamentales, pero siempre teniendo como eje la garantía del DEP, el cual no resulta vulnerado si la regulación tiene como objeto la protección de la integridad EP, su destinación al uso común o la prestación de un servicio público.

En todo caso, cuando el legislador decide regular el EP, este no puede dejar de sentar unos parámetros, así éstos consistan en unos lineamientos generales que orienten la actuación de la administración en materia de EP, pero al tiempo tampoco puede exigírsele que él mismo regule en detalle una materia esencialmente variable según las circunstancias fácticas, cuya regulación concreta obedece a consideraciones de orden técnico y

Bibliografía

LIBROS Y REVISTAS

Alonso Moya, Francisco, artículo *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado*, en Revista de Administración Pública No. 4. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991.

Benavides Burbano, Lilia Fernanda, *El pacto de cumplimiento y la garantía de los derechos colectivos*, Bogotá: Ed. Universidad Colegio Mayor del Rosario, 2005.

Ballbe, Manuel, artículo *Las reservas dominicales*, en Revista de Administración Pública No. 4. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951.

Barcelona Llop, Javier, artículo *El dominio público arqueológico*, en Revista de Administración Pública No. 151. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Barcelona Llop, Javier, artículo *Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia*, en Revista de Administración Pública No. 137. Mayo - Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1995.

Clavero Arévalo, Manuel Francisco, artículo *La inalienabilidad del dominio publico*, en Revista de Administración Pública No.25. Enero - Abril. 1958, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1958,

De Reina Tartièrre, Gabriel,(Coordinador de la edición), *Dominio Publico: Naturaleza y Régimen de los Bienes Públicos*, Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2008.

Drincourt, J. Rodríguez, artículo *Edificios Ruinosos en el dominio público estatal de las playas*, en Revista de Administración Pública No. 106. Enero - Abril., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.

Entrena Cuesta, Rafael, artículo *El dominio publico de los hidrocarburos*, en Revista de Administración Pública No. 29. Mayo – Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1959.

Entrena Cuesta, Rafael, artículo *Naturaleza y régimen jurídico de las rocas*, en Revista de Administración Pública No. 30. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1959.

Foro Social de las Américas, *Carta Mundial de Derecho a la Ciudad*, redactada en Quito en 2004, Ed. U. Tadeo Lozano, Bogotá: 2006.

Font i Llovet, T, artículo *La protección del dominio público en la formación de derecho administrativo español*, en Revista de Administración Pública No. 123. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

Franch Saguer, Marta, artículo *Imbricación del dominio público y privado*, en Revista de Administración Pública No. 139 Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

García de Enterría, Eduardo, artículo *Sobre la imprescriptibilidad del dominio publico*, en Revista de Administración Pública No.13. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1954.

Guerra, Alfredo Dagnino, artículo *Propiedad privada y dominio público en materia viaria*, en Revista de Administración Pública No. 141. Septiembre - Diciembre. 1996, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid: Ed. Tecnos, 1.989.

Gómez, José J, *Tratado de Bienes*, Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 1981.

González Berenguer, Urrutia, Jose Luis, artículo *Sobre la crisis del concepto de dominio publico*, en Revista de Administración Pública No. 150. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

González García, [Julio V.](#) (Coordinador de la edición), *Derecho de los Bienes Públicos*, Madrid: Ed. [Tirant lo Blanch](#), 2ª.ed 2009

Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I.* Buenos Aires: Ed.

Bibliografía

Fundación de Derecho Administrativo F.D.A., 1997.

Lopez Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Segunda edición., Bogotá: Ed. LEGIS, 2006

Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V. Dominio Público*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1988.

Nieto, Alejandro, artículo *Bienes Comunes Refundición del dominio forestal de suelo y vuelo*, en *Revista de Administración Pública* No. 60. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1969.

Ospina Fernández, Guillermo, *Régimen General de las Obligaciones*, Bogotá: Temis, 1994.

Parada, Ramón. *Derecho Administrativo. Tomo II. Bienes públicos*. Derecho Urbanístico, Madrid: Ed. Marcial Pons, 1.991.

Parra Vera, Óscar. De la ciudadanía autoritaria a una ciudadanía social diferenciada y participativa. *Apuntes sobre el debate vendedores ambulantes-espacio público*. En *publicacion: Estudios Políticos, No. 28*. Instituto de Estudios Políticos: Colombia. Enero - Junio. 2006 01215167. Disponible en la World Wide Web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/iep/28/02%20Parra.pdf>

Maya Villazon, Edgardo José. Procuraduría General de la Nación, *70 Años de Ministerio Público en asuntos civiles*, memorias Conferencia pronunciada en la Sede de la Procuraduría General de la Nación, Salón Antonio Nariño, con ocasión de la conmemoración de los 70 AÑOS DE CREACIÓN DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES, el día catorce (14) de agosto de 2006.

Mayer, Otto. *Derecho Administrativo Alemán. Tomo III. Parte Especial*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1951.

Mateo, Ramón Martín, artículo *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, en *Revista de Administración Pública* No. 56. Mayo - Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

Meilan Gil, José Luis, artículo *El dominio público natural y la legislación de costas*, en *Revista de Administración Pública* No.139. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales, Madrid, 1996.

Moreu Carbonell, E. artículo *Régimen jurídico de las actividades extractivas en el derecho alemán*, en Revista de Administración Pública No. 152. Mayo - Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Nieto, Alejandro, artículo *Aguas subterráneas subsuelo árido y subsuelo hídrico*, en Revista de Administración Pública No. Número 4. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951.

Parejo Alfonso, Luciano, artículo *Dominio público: Un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, en Revista de Administración Pública No. 100. Enero - Abril, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

Pérez Olea, Manuel, artículo *Las concesiones de dominio público a título precario*, en Revista de Administración Pública No. 24. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1957.

Rodríguez González, M.^a del P, artículo *Reconocimiento de titularidades privadas en el dominio público marítimo terrestre*, en Revista de Administración Pública No. 146. Mayo - Agosto, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

Sabino Alvarez Gendin. *El dominio público y su Naturaleza Jurídica*, Barcelona Ed. BOSCH, 1956.

Sainz Moreno, Fernando, artículo *El dominio publico una reflexión sobre su concepto y naturaleza*, en Revista de Administración Pública No. 150. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

Sainz Moreno, Fernando, artículo *Dominio publico estatal de las playas y zona marítimo terrestre*, en Revista de Administración Pública No. 99. Septiembre - Diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982.

Tonucci, Francesco, *La ciudad de los niños: Un modo nuevo de pensar la ciudad*, Ed. Lozada, Buenos Aires: 1996.

Zarate Martín, Antonio. *El espacio interior de la ciudad*, Madrid Ed. Síntesis, 2004.

Bibliografía

NORMAS Y LEYES

CC. Art. 674, 677, 678.

CN Art. 1, 2, 13, 34, 58, 59, 63, 75, 82, 332, 102.

D. 2811/1974, Art 50.

D.L. 2324/1984, Art 166.

D.2324/1984, Art. 169, 177.

L. 9/1989, Art. 5, 9.

L. 472/1998, Art. 6.

L. 768/2002, Art. 6.

L. 769/2002, Art. 2.

L. 86/1989. Art. 1, 2.

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado

CE3, 16 de Feb. 2001,r16596,A.Hernández. En:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9339>, consultado el 02/Feb/2009.

CE3, 28 de Oct.1994,r642, J.Henao. En:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3613>, consultado el 02/Feb/2009.

Corte Constitucional

CConst, T-503/1992, S. Rodríguez
CConst, T-508/1992, F. Morón
CConst, T-518/1992, J. Hernández
CConst, T-550/1992, J. G. Hernandez
CConst, T-551/1992, J. Hernández
CConst, T-566/1992, A. Martínez
CConst, T-081/1993, E. Cifuentes
CConst, T-184/1993, J. Arango
CConst, T-292/1993, A. Martínez
CConst, T-572/1994, A. Martínez
CConst, T-150/1995, A. Martínez
CConst, T-228/1995, E. Cifuentes
CConst, T-288/1995, E. Cifuentes
CConst, T-602/1996, J. Hernandez
CConst, SU-360/1999, A. Martínez
CConst, SU-601A /1999, V. Naranjo
CConst, T-024/2000, A. Martínez
CConst, C-265/2002, M. Cepeda
CConst, C-2657/2002, M. Cepeda
CConst, C-183/2003, A. Beltrán
CConst, T-410/2003, J. Córdoba
CConst, C-568/2003, A. Tafur
CConst, T-813/2006, M. Monroy
CConst, T-1264/2008, M. González
CConst, C-144/2009, M. González