

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA  
MAESTRIA EN DERECHO

EFICACIA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS DE MEDIANO Y  
BAJO IMPACTO SOCIAL: CASO ESPECÍFICO LA URBANIZACIÓN  
ILEGAL+

Presentado por

JOSE FREDY BELTRAN LOPEZ

BOGOTÁ, D.C., SEPTIEMBRE DE 2011

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>CAPITULO 1. EL FENÓMENO SOCIAL DE LA URBANIZACIÓN</b>	
<b>1.1. CONTEXTO EN EL QUE OCURRE LA CONDUCTA</b>	
<b>1.2. LAS CAUSAS SOCIOPÓLITICAS</b>	<b>5</b>
1.2.1. MIGRACIÓN INTERNA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO	6
<b>1.3. LAS CAUSAS ECONÓMICAS</b>	
1.3.1. LA RELACIÓN ENTRE URBANIZACIÓN ILEGAL Y POBREZA	9
1.3.2. EL EXCLUYENTE MERCADO FORMAL DE VIVIENDA Y DEFICIT DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL	13
1.3.3. EL UPAC Y EL UVR.....	18
<b>CAPITULO 2. EL TERRITORIO Y LOS ACTORES</b>	
<b>2.1. EL TERRITORIO</b>	<b>22</b>
<b>2.2. LOS ACTORES</b>	<b>26</b>
2.2.1. PEDRO MONROY Ó EL SIMPLE ÁNIMO DE LUCRO	27
2.2.3 SATURNINO SEPULVEDA Ó LA IDEOLOGIZACIÓN	31
<b>CAPITULO 3. LAS RESPUESTAS JURÍDICAS</b>	
<b>3.1. MARCO LEGAL</b>	
3.1.1. EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN LA CONSTITUCIÓN, PACTOS INTERNACIONALES Y SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL	35
<b>3.2. INSTANCIAS DE CONTROL URBANÍSTICO</b>	
3.2.1. ANTECEDENTES	42
3.2.2. LEY 66/68: PIONERA DEL CONTROL URBANÍSTICO PENAL	46
<b>3.2.3 CONTROL URBANÍSTICO ADMINISTRATIVO</b>	
3.2.3.1. LEY 9ª DE 1989 Ó LEY DE REFORMA URBANA	49
3.2.3.2. LEYES 388 DE 1997 Y 810 DE 2003	52

3.2.3.3. FRACASO DEL CONTROL URBANÍSTICO ADMINISTRATIVO	55
<b>3.2.4 CONTROL URBANÍSTICO PENAL</b>	<b>59</b>
3.2.4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY	62
3.2.4.2. ESTRUCTURA TIPÍCA DEL ART. 318 DEL CÓDIGO PENAL.....	65
3.2.4.3. DERECHO COMPARADO: EXPERIENCIA ESPAÑOLA .....	71
<b>CAPITULO 4. CRÍTICA Y ALTERNATIVAS</b>	
<b>4.1. FRACASO DEL CONTROL URBANÍSTICO PENAL</b>	
4.1.1. INCUMPLIMIENTO DE LOS FINES DE LA PENA EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	76
4.1.2. LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DE LA SANCIÓN PENAL EN ESTE TIPO DE CONDUCTAS	83
4.1.3 LA INEFICACIA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LA CONDUCTA DEL URBANIZADOR PIRATA COMO EXPRESIÓN DE LEGISLACIÓN SIMBÓLICA	92
4.1.4. LA ANTINOMIA ENTRE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MINÍMA Y EL MODELO EXPANSIVO DEL DERECHO PENAL EN LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS	98
4.1.5. EL MANEJO DE LA PÓLITICA CRIMINAL.....	102
<b>4.2 POSIBLES SALIDAS</b>	
4.2.1 RESPECTO DEL TRATAMIENTO PENAL A ESTA CONDUCTA..	105
4.2.1.1. DESCRIMINALIZACIÓN Y DESJUDICIALIZACIÓN	110
4.2.1.2. DERECHO ALTERNATIVO Y USO ALTERNATIVO DEL DERECHO	115
4.2.2. RESPECTO DEL FENÓMENO SOCIOECONÓMICO	
4.2. 2.1.METROVIVIENDA Y BANCO DE TIERRAS	118
4.2.2.2. AUTOGESTIÓN MEDIANTE ORGANIZACIÓN COMUNAL	125
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>130</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>135</b>

## INTRODUCCIÓN

Frente a la constatación diaria del escaso impacto que tienen las medidas de control administrativo en el desarrollo urbanístico (contenidas en la Ley 388 de 1997 ó Ley de reforma urbana, modificada en su parte sancionatoria por la Ley 810 de 2003), surgió la inquietud si desde ésta rama del ordenamiento jurídico se ofrecían las respuestas suficientes y adecuadas para hacer frente a la problemática que representa la urbanización ilegal de terrenos. Se consideró necesario acudir, además, y en determinados casos, a otro tipo de instrumento más fuerte y contundente como sería el Derecho Penal. Ante esa posibilidad de agregarle elementos al control urbanístico, como salida a la crisis planteada por el crecimiento caótico de nuestras ciudades y municipios, el Congreso de la República mediante la Ley 66 de 1968, Art. 11, tipificó como delito la enajenación de inmuebles destinados a vivienda si no se cuenta con registro urbanístico y permiso de ventas, siendo esa norma la primera que penalizaba a los urbanizadores piratas. Posteriormente, mediante la Ley 308 de 1996, Art. 2, se tipificaron otras conductas propias de los agentes informales que intervienen en el mercado de la tierra urbana, comprendiendo actividades tan amplias y diversas que van desde quien urbaniza terrenos hasta quien construye un lote sin los requisitos legales. En efecto, mediante la Ley 308 de 1996, Art. 2º, se consagró como conducta punible el adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o permitir la división, parcelación o urbanización de inmuebles o su construcción sin el lleno de los requisitos de Ley (Art. 318 de la Ley 599 de 2000, Código Penal).

## **CAPITULO 1. EL FENÓMENO SOCIAL DE LA URBANIZACIÓN**

### **1.1. CONTEXTO EN EL QUE OCURRE LA CONDUCTA**

Las ciudades colombianas, a partir de la segunda mitad del siglo XX, sufrieron un proceso de expansión y crecimiento acelerado, producto de la masiva migración de campesinos que buscaban abandonar el escenario donde se desarrollaba la violencia bipartidista de entonces. El arribo de esa población a las principales ciudades del país jalonó el proceso de urbanización, el cual se dio de una manera forzada e improvisada ante la falta de una respuesta estatal que permitiera incorporar a esas primeras masas de desplazados en un plan de crecimiento urbano organizado. El desbalance entre las escasas ofertas oficiales de vivienda de interés social y la demanda creciente de soluciones de vivienda barata o popular es el caldo de cultivo que hace su aparición el urbanizador pirata o ilegal, quien se encarga de satisfacer esa demanda no resuelta a través de asentamientos en zonas periféricas o cinturones de miseria que tornan cada vez más difíciles y complejas las estrategias y planes de ordenamiento territorial. La Localidad XIX, Ciudad Bolívar, reúne una buena parte de las urbanizaciones ilegales de Bogotá, con una población que no participa del mercado formal de vivienda, puesto que no se lo permiten sus condiciones económicas. Se ha consolidado así un mercado de tierras al margen de todo control legal que resulta en nuevos predios urbanos carentes de todos los servicios públicos, vías de acceso o infraestructura mínima, pero con la gran ventaja de poder competir con bajos precios frente a la oferta legal y especulativa.

## **1.2. LAS CAUSAS SOCIOPÓLITICAS**

### **1.2.1. MIGRACIÓN INTERNA Y DESPLAZAMIENTO FORZADO**

A mediados del siglo XX Colombia pasó de ser un país eminentemente rural a uno predominantemente urbano. En el censo de 1938, la población urbana representaba menos de la mitad de la población total del país y cincuenta años después, a comienzos de la década del noventa, solo el 30% vivía en la zona rural. El crecimiento del nivel de urbanización del país tiene una explicación directa en la migración interna, particularmente en la que se produce del campo a la ciudad y la migración interurbana que se da desde pequeñas ciudades a otras mayores. Ese crecimiento constante de los niveles de urbanización producto de la migración interna, también ha sido alentada por la mecanización de la agricultura (inutilizando mano de obra) la concentración de la propiedad rural y el escaso dinamismo del sector agrícola tradicional. Sin embargo, la migración del campesinado no ha estado acompañada de un proceso de industrialización que absorba mano de obra. En el plano rural, la tendencia de los últimos años apunta a la concentración de la propiedad, a la fragmentación de los predios pequeños. Los campesinos deben competir con productos altamente subsidiados y mientras la agricultura pierde espacio la ganadería sigue ganando peso. En Colombia hay nueve millones de hectáreas aptas para la agricultura, pero se utilizan solo cinco millones. Por el contrario, hay 19 millones aptas para la ganadería y se utilizan

40 millones; solo cinco millones de ellas tiene pastos mejorados y el resto se trabaja en régimen extensivo.<sup>1</sup> En esas condiciones desfavorables para la producción agrícola, los campos están condenados a su progresivo vaciamiento para darle espacio a actividades tales como la ganadería y la palmicultura extensivas, las cuales no ocupan mucha mano de obra y están asociados a la destinación predilecta de las tierras despojadas violentamente, en el marco de la llamada *contra reforma agraria* impulsada en los últimos años por narcotraficantes, terratenientes y grupos armados en general. Debido a la falta de empleo asalariado, la expansión de la agricultura comercial, la mecanización de cultivos, los conflictos entre la colonización y el latifundio, la atracción de otras regiones que ofrecen más oportunidades de trabajo remunerado y las mayores facilidades de servicios de las áreas urbanas, las zonas rurales continuarán enviando sus efectivos a la ciudad. (MURAD, Ob. Cit. Pág. 44). En este punto es inevitable conectar el tema de desplazamiento forzado, en tanto la tierra tradicionalmente ha tenido un significado que va más allá de la simple explotación agrícola, constituyéndose en un símbolo de poder y, por lo tanto, en objetivo prioritario de los violentos. En el marco de un conflicto interno prolongado, donde el control del territorio es un mecanismo de poder y de anulación del contrario, el desplazamiento forzado de población no combatiente (producto de amenazas, reclutamiento forzoso, destrucción de municipios, etc.) ha venido a convertirse en una estrategia de guerra. Así, entre mayor sea el

---

<sup>1</sup> MURAD RIVERA, ROCIO. Estudio sobre la distribución espacial de la población en Colombia, Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL, 2003, Pag. 8

desplazamiento de territorios mayor será el área de influencia de los grupos armados que desplazan, incrementando su acceso a recursos estratégicos, corredores para el desarrollo de actividades ilícitas, etc. Por haber sido el desplazamiento forzado una constante en la historia del país, ese factor no ha dejado de aportar población nueva para las ciudades. Estas migraciones masivas y no planificadas a las ciudades y regiones receptoras tienen un impacto de gran magnitud en el crecimiento del desempleo, la redistribución violenta de la tierra, la ineficiencia en la asignación de recursos. Los costos para las ciudades receptoras son considerables, ya que deben asignar recursos del presupuesto para cubrir, al menos, las necesidades básicas de los desplazados. En la gran mayoría de los casos, los desplazados se ubican en barrios marginales, siendo ese el caso de Ciudad Bolívar en Bogotá, Altos de Cazuca en Soacha, Nelson Mandela en Cartagena o de las Comunas en Medellín.<sup>2</sup> De ahí que en el proceso de urbanización hayan confluído causas como la migración campesina producto de la transformación del modelo de producción agrícola (que confronta a la agroindustria y el latifundio palmicultor o ganadero frente al minifundio campesino) y la violencia y el desplazamiento forzado que ponen de manifiesto el conflicto por el dominio y control del territorio. Esa transición de un país de mayoría rural a otro de mayoría urbana no ha dejado de impactar a las ciudades y municipios de una manera negativa en términos urbanísticos y sociales, en tanto nunca han existido las condiciones físicas para acoger a esa población en barrios

---

<sup>2</sup> MURAD RIVERA, ROCIO. Estudio sobre la distribución espacial de la población en Colombia, Santiago de Chile, Naciones Unidas-CEPAL, 2003, Pag. 54



o asentamientos planificados, sobre terreros habitables, seguros, con infraestructura mínima, redes de servicios públicos y, en últimas, en condiciones de vida digna en el marco de un estado social de derecho. A comienzos de los años cincuenta, Bogotá entró en un rápido proceso de urbanización que se extendió durante las décadas siguientes. De acuerdo con los economistas Luis Flórez y Cesar González, entre 1950 y mediados de los años setenta, la población urbana en Colombia creció a una tasa anual de 7.8%. (3) Una idea de éste fenómeno se refleja en el hecho de que Bogotá a finales del siglo XIX tenía unas 400 manzanas; en 1950, 2.400 y en 1980, 27.000. Es durante éste periodo cuando más resaltan los efectos de la planificación aleatoria. La urbanización, edificación y el control urbanístico se circunscribieron a ciertas áreas de la ciudad, con lo cual se dejó a la mayor parte en la ilegalidad o el desarrollo privado libre.<sup>3</sup>

### **1.3. LAS CAUSAS ECONOMICAS**

#### **1.3.1. LA RELACIÓN ENTRE URBANISMO ILEGAL Y POBREZA**

Como hemos visto, la migración del campo a las ciudades y el desplazamiento forzado han producido un impacto descontrolado en el desarrollo urbano del país. Sin embargo, esta explicación sociopolítica del urbanismo ilegal se queda corta frente a las condiciones económicas que propician dicho fenómeno. En este sentido, las políticas macro económicas adoptadas a finales de la década de los

---

<sup>3</sup> LEMUS CHOIS, Victor David. Planificación y control urbanístico en Bogotá: Desarrollo histórico y jurídico. Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2006, Pág. 72 y 82

ochenta del siglo pasado, caracterizadas por la apertura económica en el marco del modelo neoliberal en boga para ese entonces, incrementaron la concentración de la riqueza y el aumento de los niveles de pobreza de la población colombiana. En lo corrido del siglo XXI bajó la pobreza de 51 % a 46 % del total de la población, mientras que, entre los pobres, los indigentes representan el 18%, la misma tasa del año 2002, lo que significa que hoy en día casi 1 de cada 5 colombianos no tiene ingresos suficientes para cubrir sus necesidades calóricas básicas, que es la manera técnica de decir que sufren hambre. (õ ) El crecimiento económico abrió más la brecha entre ricos y pobres en Colombia, según lo estableció la CEPAL. Al comenzar el siglo XXI Colombia estaba entre los países con altos índices de desigualdad, junto con Perú y Brasil era de los peores en América latina. Para 2008 Perú había bajado a la categoría media y Brasil se había salido de la lista de desigualdad extrema. Colombia, no obstante, se consolidó en la lista de los países más desiguales. La desigualdad se profundizó en la última década, según un estudio de ANA MARIA IBAÑEZ del CEDE (Universidad de los Andes), desde el año 2005 el índice de GINI, con el que se mide la concentración de la propiedad, aumentó hasta 0,875, el más alto de la región después de Paraguay. Los de por sí pocos propietarios de la tierra compraron aún más predios y la propiedad se concentró a éstos extremos<sup>4</sup>

El viraje hacia el modelo económico neoliberal determinará la toma de decisiones de política pública incidentes en la producción de vivienda

---

<sup>4</sup> RONDEROS, María Teresa. ¿Por qué Colombia no sale del Club de los pobres? Revista Semana, Sección Nación, Bogotá, Marzo 13 de 2010.

en la década de los noventa hacia delante. El fenómeno sociopolítico concomitante a ésta trayectoria económica ha sido el del empobrecimiento paulatino del grueso de la población, pues: pese al crecimiento económico a lo largo del siglo, que permitió el surgimiento de nuevas clases medias urbanas, el ingreso per cápita sigue siendo muy bajo en relación con los países ricos del mundo, aunque en el siglo XX aumentó ligeramente más rápido que la media latinoamericana. (õ ) La pobreza en distintos grados ha sido la condición común de la mayoría de la población, pobreza y subempleo, que venían caracterizando a la sociedad rural, también llegaron a la ciudad<sup>5</sup>.

En el escenario neoliberal el actor fundamental del desarrollo ya no será el Estado, sino que se le atribuirá a la sociedad civil, a los actores privados y al mercado el estímulo de los procesos de desarrollo, bajo el paradigma de un Estado mínimo. El Estado reduce su campo de acción para dar paso a la ampliación de la actividad privada en el escenario de un mercado sin regulación. En éste marco se toman las decisiones de política pública relativas a la vivienda vigentes en los años noventa. Por un lado, apoyándose en un discurso sobre la ineficiencia estatal, se lleva a cabo, por ejemplo, el desmonte de las instituciones gestoras del estado (Instituto de Crédito Territorial, el BCH, el Inurbe, empresas estatales de servicios públicos) y la reducción o acotamiento de otras (Fondo Nacional del Ahorro y Fondos Municipales de Vivienda) que se reemplazan por entidades

---

<sup>5</sup> PALACIOS, Marco ó SAFFORD, Frank. Colombia: País fragmentado, sociedad dividida. Su Historia. Bogotá, Ed. Norma, 2002, Pág. 549

administradoras de los fondos públicos del subsidio, ahora privadas (Cajas de Compensación Familiar e, incluso, las entidades financieras mismas). Por otro lado, como ejemplo de las estrategias para ampliar los mercados para el sector, se reafirman y enfatizan los discursos sobre la propiedad de la vivienda (hoy reiterados con la intención gubernamental de ~~hacer un país de propietarios~~<sup>6</sup>).

Así las cosas, la relación entre pobreza y urbanismo ilegal es una relación de causa y efecto, ya que en el fondo de la piratería urbana está la exclusión de la tierra de la que amplios sectores de la población han sido víctimas. La relación de causalidad entre estos dos fenómenos sociales de nuestro tiempo torna en una obviedad que a mayores niveles de pobreza de la población menores serán sus posibilidades de acceso a la oferta de vivienda y, si lo logra, será en menores condiciones de habitabilidad, máxime en un contexto como el de nuestro país en el que el mercado de la vivienda está monetizado y donde el acceso a una vivienda digna está determinado por el nivel de ingresos y la capacidad de pago. En ese contexto socio-económico, el acceso a la vivienda se convierte en un mecanismo de ascenso social, casi el único, para la población más pobre. ~~La~~ seguridad de tenencia de la vivienda se ha constituido en el capital físico más importante para la población pobre, al convertirse en un medio eficaz para proporcionar a las familias del sector informal de la economía algunas condiciones de seguridad social que no pueden obtener a través de las entidades y mecanismos formales. La compra de un terreno y la posibilidad de

---

<sup>6</sup> FIQUE PINTO, Luis Fernando. Vivienda social en Colombia, políticas públicas y habitabilidad en los años noventa, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Colección Punto Aparte, 2006, Pag. 53

construir progresivamente una vivienda, que permita, además, disponer de espacios para arrendar a un inquilino o instalar una tienda o taller, representan la mejor y quizás la única alternativa para alcanzar alguna consolidación económica en un sistema que ofrece pocas oportunidades de empleo estable y escasos canales de mejoramiento socioeconómico real.<sup>7</sup> De esa motivación económica, (por los ingresos que puede representar un techo propio) y no solamente como respuesta habitacional, se explica que la aspiración de vivienda propia no se resigne fácilmente entre la gente más pobre y que busquen satisfacerla a como de lugar, así sea acudiendo a la oferta informal del urbanizador pirata.

### **1.3.2. EL EXCLUYENTE MERCADO FORMAL DE VIVIENDA Y EL DEFICIT DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL**

En Colombia cada año nacen 285.000 hogares, pero solo se construyen 140.000 viviendas. Es decir, una de cada dos familias no puede acceder a casa propia. Según el último censo del DANE, el déficit habitacional asciende a 3.8 millones de hogares: 1.3 millones no tienen techo y 2.5 millones viven en altos niveles de hacinamiento, con deficiencia de servicios públicos o en estructuras inestables<sup>8</sup>. Fomentar la construcción y garantizar el acceso al financiamiento es indispensable para reducir el déficit de vivienda en Colombia, que

---

<sup>7</sup> RUEDA GARCIA Nicolás ó RUEDA SINISTERRA Diego. Desarrollo Urbano y pobreza en Bogotá D.C. Bogotá, Universidad de los Andes, Departamento de Arquitectura, 2005 Pág. 61.

<sup>8</sup> No hay techo pa´ tanta gente. Revista Semana, Agosto 8 de 2011, pag. 94.

afecta al 31 % del total de hogares. Sin embargo, en la medida en que la tierra adecuada y óptima para el desarrollo de vivienda urbana formal tiene altos costos que no están al alcance de los pobres, el mercado legal se torna excluyente para con la mayor parte de la población, ya que a ésta no le resulta posible su acceso en las condiciones de pago que plantea el sistema financiero. De ahí que la piratería sea la respuesta a un mercado formal de vivienda que no alcanza a satisfacer a un porcentaje mínimo de la creciente demanda, por razones de precio, disponibilidad y acceso. De los dos tipos de mercado de vivienda, el formal (la oferta privada y estatal) y el informal (autoconstrucción), las modalidades de construcción legal no alcanzan el 50 % del total, mientras que las informales superan con frecuencia el 60 % de la actividad edificadora de vivienda. Estas cifras válidas en 1960 seguían vigentes después de 1980<sup>9</sup>. Incluso, resultan pertinentes después de finalizado el siglo XX. La preeminencia del mercado informal en la actividad edificadora nos revela su magnitud y la forma sostenida y recurrente en que ha servido de solución a la necesidad de vivienda de la mayor parte de la población, con tendencia a hacerse más predominante en la medida que más personas siguen siendo excluidas del mercado de vivienda formal. En éste punto resulta necesario precisar que al referirnos al mercado formal lo hacemos respecto a la oferta de vivienda de interés social del sector constructor y que patrocina el Estado. La exclusión que comporta esa oferta formal de vivienda barata viene dada por factores tales como la intervención de numerosos actores (financieros, urbanizadores, agentes de bienes

---

<sup>9</sup> GNISET, Aprile. La ciudad colombiana. Bogotá, Ed. Banco Popular, 1992, Pag. 68

raíces) en el proceso de construcción y venta de viviendas, lo que la convierten en un producto caro. Así mismo, por la escasez de tierra habilitada para construir vivienda para los más pobres, es decir, casas que cuesten menos de 135 salarios mínimos mensuales legales, menos proyectos de éste tipo se pueden iniciar. No es que en una ciudad como Bogotá ya no haya tierra urbanizable sino que aquella que está destinada a los proyectos de interés social no ha podido ser habilitada por la ineficiencia de los trámites que debe adelantar el Distrito Capital para que se puedan adelantar proyectos habitacionales. En particular, los planes parciales, que habilitan el urbanismo en extensiones de más de 20 hectáreas, son manejados con lentitud extrema. En Bogotá faltan 271.000 viviendas de interés social, las cuales no se podrán proveer si no se proveen los suelos disponibles. (õ ) Aunque en 2007 el Distrito expidió un Decreto para promover un plan de choque en el tema de vivienda de interés social, sus efectos han sido débiles por efecto de la tramitomanía. De 25 planes parciales radicados en el año 2008, solo tres habían sido aprobados un año después. Además de que cada plan se tarda en promedio cuatro años en ser expedido, cualquiera que quiera construir VIS tiene que cumplir, al menos, 64 trámites para obtener la licencia según Camacol y el Viceministerio de Vivienda<sup>10</sup>. Así las cosas, el mercado formal solo ofrece vivienda a aquellos que pueden pagar el precio del mercado legal; también provee una cierta cantidad de viviendas de interés social a un grupo limitado de ingresos medio bajos. Esa circunstancia determina su escases ya que los costos son mayores a lo que los

---

<sup>10</sup> No hay casa pa'tanta gente, Revista Semana, Sección Bogotá, Julio 6 de 2009, Pág. 44.

pobres están en condiciones de pagar. A partir de la Ley 3 de 1991 la política de Vivienda de Interés Social VIS experimentó un cambio radical. El estado pasó de ser un constructor directo de viviendas económicas a convertirse en un facilitador de esos procesos, estimulando la participación de firmas privadas de construcción a través del otorgamiento de un subsidio directo a la demanda y la regulación de las condiciones del crédito a largo plazo, a cargo de los bancos y corporaciones de ahorro y vivienda. En síntesis, la política propone articular la acción concertada del Estado . otorgando el subsidio a los compradores-, con los solicitantes . a través del ahorro programado- como condición para acceder al subsidio-, Con el sector financiero . proveyendo los recursos de crédito- y con las firmas privadas de construcción . promoviendo y construyendo los proyectos de vivienda-.<sup>11</sup> De tal manera, la salida ensayada a esas limitaciones del mercado oficial de VISq ha sido la implementación de una política de subsidios a la demanda, con el fin de hacer accesible la oferta de vivienda a los estratos de menores ingresos. A dicho subsidio tienen derecho todo grupo familiar que se ubique por debajo de cierto nivel de ingreso (dos salarios mínimos mensuales) y que, además, cumpla con otros requisitos de elegibilidad adicionales. Si embargo, ésta política de subsidios no ha ofrecido los resultados esperados. A pesar de que ha sido un estímulo a la producción de vivienda nueva, en su implementación ha evidenciado fallas tales como la escases de recursos suficientes para cubrir la demanda viabilizada en proyectos

---

<sup>11</sup> RUEDA GARCIA Nicolás ó RUEDA SINISTERRA Diego. Desarrollo Urbano y pobreza en Bogotá D.C. Bogotá, Universidad de los Andes, Departamento de Arquitectura, 2005 Pág. 56



elegibles. También se ha advertido que los recursos no se han concentrado en los grupos más pobres de la población, no se han distribuido equitativamente los subsidios por regiones y la falta de continuidad en las políticas gubernamentales, ya que cada administración de turno da una interpretación particular del subsidio, modificando su aplicación y operación. El bajo nivel de ingresos y la fuerte vinculación a trabajos informales dificultan a los hogares más pobres generar los ahorros suficientes para financiar la cuota inicial de su vivienda, acceder al crédito y atender el servicio de la deuda. En consecuencia, pareciera que para los programas de adquisición de vivienda el monto de los subsidios sigue siendo bajo para las familias con ingresos inferiores a dos salarios mínimos mensuales. Esto involucra la necesidad de incrementar el valor unitario de los subsidios, lo que a su vez implicaría reducir la cobertura para los menos pobres. Aunque el gobierno ha tenido la intención de enfocar la política de vivienda hacia los más pobres, son más los trámites que éstos deben hacer que las familias de mayor poder adquisitivo, lo que hace que el sistema de adjudicación de subsidios sea lento, se desaprovechen o, simplemente, se abandone el trámite para su obtención a la mitad del proceso.<sup>12</sup> La aplicación de ésta política de subsidio a la demanda, con pocos recursos y cada vez más bajos montos, ha terminado por producir un impacto que repercute en el logro de las metas trazadas pues convierte a la VIS (la vivienda subsidiada) en un bien escaso, cuyo mercado, por tanto, pone en competencia a la demanda y no a la

---

<sup>12</sup> GARCIA, Juan Camilo. Subsidios para vivienda: ¿realidad para los ricos, sueño para los pobres?, [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com), Abril de 2004

oferta, como se había propuesto inicialmente; por otra parte ha constituido una inyección de recursos en el sector generando aumento en sus costos y precios<sup>13</sup>. Por tales razones el crecimiento de la vivienda de interés social es mediocre, evidenciando un déficit de vivienda urbana que supera el millón de unidades. Para superar ésta falencia sería necesario habilitar 7.000 hectáreas de suelo urbanizable en todo el país, una dimensión equivalente a 30 veces el área de Ciudad Salitre en Bogotá<sup>14</sup>. Frente a ese panorama, cualquier política que busque cambiar el esquema de tenencia de vivienda y reducir el déficit habitacional debe tener en cuenta las condiciones socioeconómicas de la población, ya que su nivel de ingreso indica la capacidad de los hogares para acceder a vivienda propia.

### **1.3.3. EL UPAC Y EL U.V.R.**

Durante el gobierno del presidente MISAEL PASTRANA BORRERO, se ideó un mecanismo de financiación de programas de vivienda, el cual tenía dos propósitos fundamentales: captar ahorros y otorgar créditos hipotecarios para vivienda. Mediante el Decreto 667 de Mayo 2 de 1972 se creó el sistema de valor constante para ahorros y préstamos de vivienda que obligaba a las corporaciones de ahorro y vivienda a llevar en Unidades de Poder Adquisitivo Constante sus

---

<sup>13</sup> FIQUE PINTO, Luis Fernando. Vivienda social en Colombia, políticas públicas y habitabilidad en los años noventa, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Colección Punto Aparte, 2006, Pag. 118

<sup>14</sup> El déficit de vivienda en Colombia supera el millón de unidades, [www.elpaís.com](http://www.elpaís.com), Julio 6 de 2011

cuentas de ahorro y préstamos. Se trataba de mantener el poder adquisitivo de la moneda y ofrecer una solución a quienes necesitaran tomar un crédito hipotecario de largo plazo, para lo cual se adoptaba dicha Unidad de cuenta como referente para realizar operaciones de crédito hipotecario en el largo plazo, a través de ajustes en su valor, de acuerdo con la capacidad adquisitiva de la moneda legal. Aunque en su inicio la unidad estaba relacionada con la inflación, ~~ya~~ a partir del Decreto 663 de 1993 y la Ley 31 de 1992, ambas normas expedidas durante el gobierno de Cesar Gaviria, acorde con sus ideas en materia de política económica, incluyó dentro de su cálculo no solamente la depreciación de la moneda sino también las tasas de interés; así el deudor pagaba un número determinado de Unidades de Poder Adquisitivo Constante donde iba incluido un interés y sobre eso pagaba otro interés adicional<sup>15</sup>. Ese cobro de intereses sobre intereses hizo colapsar el sistema UPAC a finales de la década del noventa y entrar en crisis a la mayoría de los deudores de créditos de vivienda, quienes, ante la imposibilidad del pago en condiciones tan onerosas, se vieron en la obligación de entregar sus viviendas a los bancos que les habían financiado su compra, para lo cual acudían a la modalidad de dación en pago como mecanismo para saldar parte de sus deudas. Cuando los bancos se colmaron de predios recibidos como dación en pago a sus deudores, se produjo una crisis financiera acompañada de un colapso social que ya casi rayaba en un tema de orden público, por cuenta de las miles de familias que, de la noche a la mañana, se veían

---

<sup>15</sup> MUÑOZ NEIRA Orlando, urbanizaciones piratas: Su historia y su presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004, Pág. 14

despojadas de sus viviendas mediante procesos de lanzamiento. Esa crisis económica y social fue objeto de tres pronunciamientos de la Corte Constitucional, el primero contenido en la Sentencia C-383 de Mayo 27 de 1999 por la cual declaró inconstitucional la norma de la Ley 31 de 1992 que permitía la inclusión, en el cálculo de la UPAC, de los movimientos que reflejara la tasa de interés en la economía. El segundo, contenido en la Sentencia C-700 de Septiembre 16 de 1999 que declaró contrario a la constitución los artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que estructuraban el sistema. El tercero contenido en la Sentencia C-747 de Octubre 6 de 1999, por la cual tumbó otro artículo del Decreto 663 de 1993 que permitía incluir en el cálculo de la UPAC la variación de la tasa de interés, con lo que quedó claro que en los créditos de vivienda a largo plazo no podía contemplarse la capitalización de intereses, es decir, que los intereses que un crédito causaba con el tiempo, no podían luego convertirse en capital, para sobre esos intereses ahora capitalizados, volver a cobrar intereses, lo cual es una práctica que se conoce como *anatocismo*<sup>16</sup>. Con esas sentencias de control de constitucionalidad la Corte Constitucional obligó al gobierno a diseñar un nuevo sistema en reemplazo del UPAC, ésta vez en el marco de la Ley 546 de 1999 con la cual se dio vida a la UVR ó Unidad de Valor Real, en la cual se tiene en cuenta el valor adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor ó IPC, certificado por el DANE, cuyo valor se calculó de

---

<sup>16</sup> MUÑOZ NEIRA Orlando, urbanizaciones piratas: Su historia y su presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004, Pág. 15

acuerdo a la metodología adoptada por el Consejo de Política Económica y Social CONPES y gracias al cual la Unidad de Valor Real UVR arrancó el 1 de Enero del año 2000 con un valor de \$ 103.339 y su variación sería constante con base en el costo de vida. De ésta manera, el Estado colombiano durante varios años contribuyó al desposeimiento de la vivienda a muchas familias que sucumbieron a la voracidad de un sistema de financiación que no les permitía avanzar en sus créditos y que, por el contrario, los condenaba a incrementos constantes de la deuda hasta avocarlos a la devolución de los inmuebles por el simple desaliento que produce una deuda que en vez de disminuir cada día aumenta. La perversidad de ese sistema y la crisis económica, humana y social que produjo a lo largo de la década de los noventa son responsables también del auge del mercado ilegal de vivienda, ya que muchos de los despojados por lo bancos resultaron presas fáciles de la oferta del urbanizador pirata, con la cual seguían siendo propietarios, aunque en condiciones muy desfavorables y que poco tenían que ver con el derecho a la vivienda digna consagrado en el Art. 51 de la Constitución Nacional.

## **CAPITULO 2: EL TERRITORIO Y LOS ACTORES**

### **2.1. EL TERRITORIO**

Los terrenos que actualmente se conocen como las localidades de Usme y Ciudad Bolívar eran, antes de la Conquista Española, el espacio de vida de comunidades indígenas como los Suatagos, Cundais y los Usmes, bajo la regencia del cacique Sagüanmachica. Durante la época de la Colonia ese territorio pasó a conformar una gran hacienda conocida como La Fiscala, hasta 1910 en que dichos títulos coloniales fueron comprados por Gonzalo Zapata Cuenca, quien fue su dueño hasta la década de los cincuentas, en que fue parcelada entre cuatro nuevos dueños. Uno de ellos, Eliodoro Criollo, construyó hornos para la fabricación de ladrillos, permitiendo el asentamiento de algunas familias en sus predios para que, a cambio, trabajaran como obreros en su ladrillera. El trato era que por cada 1.000 ladrillos fabricados, él les daba a cambio una cantidad de ladrillos y un lote para que pudieran construir sus viviendas, generando así la aparición de los primeros barrios que ocuparon esas tierras. Al tiempo con la parcelación de la hacienda La Fiscala en los años cincuenta del siglo pasado, se inició la parcelación de otras grandes haciendas ubicadas al sur del Río Tunjuelito, como Casablanca, La María, La Marichuela, la Santa Rita, La Carbonera y El Cortijo.<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Departamento Administrativo de Planeación Distrital, Recorriendo Ciudad Bolívar, Diagnóstico físico y socioeconómico de las localidades de Bogotá. Bogotá, 2004, Pág. 2

Durante esa década de los cincuentas se produjo la primera etapa de urbanización en el sector, mediante los primeros asentamientos de lo que, posteriormente, se conocería como la localidad de Ciudad Bolívar. De ahí surgieron barrios como Meissen, San Francisco y Lucero bajo, ubicados en la parte baja y plana de localidad, formados por personas que huían de la violencia partidista en el Tolima, Cundinamarca y Boyacá. Durante los siguientes veinte años se fueron consolidando los primeros barrios, sirviendo de refugio a los desplazados de otras regiones del país como a los de la misma ciudad. Una segunda etapa de urbanización comienza en la década de los años ochentas en la parte alta de las montañas, dando origen a barrios como Naciones Unidas, Cordillera, Alpes, Juan José Rondón y Juan Pablo II, entre otros. Además, a través del programa Lotes con servicios financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo BID, se fundaron los Barrios Sierra Morena, Arborizadora Alta y Arborizadora baja<sup>18</sup>. Solo hasta el año 1983, siendo Alcalde Mayor Augusto Ramírez Ocampo, mediante el Acuerdo 7 del Concejo de Bogotá se definió el marco jurídico y administrativo que le permitiría a Ciudad Bolívar convertirse en la localidad No. 19 de la ciudad. Surgió como un ambicioso proyecto gubernamental, de los primeros encaminado a orientar el crecimiento de Bogotá hacia las zonas de menor vocación agropecuaria, que buscaba ampliar la oferta oficial de vivienda popular, a través de lotes dotados los servicios públicos. Con el transcurso del tiempo y en el marco de la política de descentralización administrativa impulsada en la

---

<sup>18</sup> Departamento Administrativo de Planeación Distrital, Recorriendo Ciudad Bolívar, Diagnostico físico y socioeconómico de las localidades de Bogotá. Bogotá, 2004, Pág. 3

Constitución de 1991, Ciudad Bolívar y las demás localidades ganaron autonomía gracias a la Ley 1421 de 1993, Estatuto Orgánico de Bogotá, en la que está contenido el Régimen de administrativo, político y fiscal por el cual se gobierna la Ciudad.

Hoy en día, luego de sesenta años de la formación de sus primeros barrios y de casi treinta de existencia legal, la Localidad de Ciudad Bolívar se presenta como la primera en extensión territorial de la ciudad con 22.920 Hectáreas de las 85.871 que posee Bogotá (27% del área total) y la primera en extensión de área rural con 19.421 Hectáreas. Cuenta con 252 del total de 2.344 barrios que conforman a Bogotá. Dispone del mayor presupuesto de inversión de las veinte localidades y representa el 10.6% del total de la ciudad. Bogotá es la cuarta localidad de Bogotá en población; 603.000 habitantes (con tendencia sostenida al crecimiento) que, en términos de población, la hace comparable con departamentos como el Quindío, que en 2003 tenía 593.000 habitantes. Del total de su población, el 53% son menores de 25 años. Cuenta con el promedio de personas por hogar (3.9) más alto entre las 20 localidades. Del total de sus predios, la mayoría se clasifica en estratos 1 (53.1%) y 2 (39.9%)<sup>19</sup>. Sin embargo, el tamaño y grandiosidad de su territorio y población no corresponden con sus precarias cifras socioeconómicas. Es la cuarta localidad en participación en el desempleo, el 9.9 de los desempleados de la ciudad residen allí, mientras que su tasa de desempleo es la

---

<sup>19</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, Localidad Ciudad Bolívar: Perfil económico y empresarial, Bogotá, 2007, Págs. 17 a 25



tercera de la ciudad (15.4%) superando a la de la ciudad (13.1%).(õ ) Los índices de condiciones de vida son inferiores a los del resto de Bogotá. Es la primera localidad en número de personas con necesidades básicas insatisfechas (16.2%, es decir, 97.447 personas) y el 58.7% de la población está clasificada en nivel 1 y 2 del SISBEN. Adicionalmente, se estima que a Ciudad Bolívar llegan anualmente 2.658 hogares desplazados de los 10.380 que entran en la ciudad, participando con el 25.6% del total de desplazados de la ciudad.<sup>20</sup>. Finalmente, resulta pertinente destacar que, en materia de seguridad, ésta localidad presentó en el año 2006 un alto número de casos de hurto a personas (299) y homicidios (162), siendo éstas las dos modalidades delincuenciales de mayor ocurrencia en Ciudad Bolívar, llevándola a ocupar el segundo lugar en Bogotá en tasas de homicidio. En efecto, según cifras del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Policía Metropolitana, que son recogidos en el estudio de la Cámara de Comercio de Bogotá en que nos apoyamos, los delitos de mayor impacto y ocurrencia en ciudad Bolívar (medidos en términos de denuncias o en conocimiento oficioso de las autoridades) son, en su orden: Hurto a personas (34%), Homicidio Común (19%), Hurto a residencias (18%), Hurto de vehículos (13%) Hurto a establecimientos (11%) y Otros (5%). En ese grupo de Otrosq con el 5% del total, suponemos se deben ubicar los delitos de que trata el presente trabajo, aquellos con bienes jurídicos colectivos o difusos como el recogido en el Art. 318 del Código Penal, lo cual demuestra el escaso impacto, en

---

<sup>20</sup> Cámara de Comercio de Bogotá, Localidad Ciudad Bolívar: Perfil económico y empresarial, Bogotá, 2007, Págs. 17 a 25

términos de denuncias y procesamiento penal, que representan los casos de urbanización pirata o ilegal en un contexto como Ciudad Bolívar, donde pululan esos mercaderes informales de la tierra urbana, a pesar de lo cual, los habitantes de ese sector y las mismas autoridades policivas no los tienen entre los delitos de mayor nivel de impacto o afectación pública.

## **2.2. LOS ACTORES**

Aunque la percepción que se tiene del urbanizador ilegal es el de un personaje motivado esencialmente por el lucro y con escasa a o nula preocupación por la vivienda popular o el urbanismo, su perfil es más complejo si consideramos los fines o propósitos que pueden animar a cada uno de los que comercian informalmente con la tierra urbana. Para elaborar una clasificación de los distintos tipos de urbanizadores ilegales tenemos que distinguir aquellos que lo hacen con un ánimo de lucro o beneficio personal, entre los que se incluye a los que actúan con fines políticos o simplemente electorales, de aquellos proceden con fines altruistas como los que organizan proyectos comunitarios de autoconstrucción. En esa clasificación rescatamos los casos de dos urbanizadores distintos: PEDRO MONROY, urbanizador del Barrio Villa Helena y SATURNINO SEPULVEDA, Urbanizador del Barrio Manuela Beltrán; el primero representante de aquellos que se limitan a desenglobar o lotear un terreno para luego venderlo en beneficio propio, sin importar si los terrenos son aptos para vivienda y, el

segundo, un exponente de un modelo participativo en la adquisición e intervención de los terrenos, donde se aprovecha la capacidad de las comunidades organizadas. Para elaborar un perfil de cada uno de ellos acudiremos a dos relatos o historias de vida distintas, construidas, en buena medida, a partir de la información suministrada por vecinos y líderes de dichos barrios, quienes se prestaron para ser entrevistados a condición que se omitiera hacer referencia a sus identidades, considerando motivos de seguridad personal.

### **2.2.1. PEDRO MONROY Ó EL SIMPLE ANIMO DE LUCRO**

Sobre la margen oriental del Rio Tunjuelito, más precisamente sobre su zona de manejo y preservación ambiental, a escasas cuadras de la Avenida Boyacá y aledaño al barrio San Francisco, se levanta el barrio Villa Helena. Esa ubicación, tan cerca del Rio, a escasos 30 metros de distancia en la manzana más próxima, es la que mantiene a ésta comunidad tan lejos del reconocimiento oficial y la legalización. Al igual que ocurre con sus barrios vecinos, como Meissen y San Benito, al encontrarse dentro de la ronda técnica del Rio, es susceptible de inundaciones por su eventual desbordamiento, además que se levantan sobre áreas de espacio público destinados, en el papel, a fines forestales. Esa localización, tan inconveniente para el uso de vivienda, no fue obstáculo para que PEDRO MONROY, un policía retirado, comprara el terreno de 20 fanegadas a finales del año 1989 y comenzara a lotearlo al año siguiente, resultando diez manzanas de 12

lotes cada una, para un total de 120 predios, vendidos a quinientos mil pesos los más alejados del cauce del Río y cuyo precio iba disminuyendo a medida que el lote se ubicaba más cerca de su borde. Las facilidades de pago eran inmejorables: aceptaba cuotas semanales de \$ 5.000 pesos y cuando alguien ya no tenía forma de seguir cancelando las cuotas por pérdida del empleo o cualquier otra causa que lo dejara insolvente, Don Pedro, como aún le llaman en el barrio, le recibía cualquier electrodoméstico en forma de pago. En último caso, si el lote aún estaba desocupado, Don Pedro no perdía la inversión y, ante el menor incumplimiento, procedía a revenderlo. Para ello, siempre ha contado con la asistencia de los presidentes de la Junta de Acción Comunal, quienes le recaudaban los dineros y le cuidaban los lotes desocupados, aún después de haber urbanizado la primera etapa del barrio, y luego de que el cauce del río fuera modificado por la Empresa de Acueducto de Bogotá, dejando áreas libres que fueron rellenadas, compactadas y luego apropiadas ilegalmente para lotearlas y venderlas. De ese último loteo aún quedan predios por vender, con un precio promedio de diez millones por cada lote de 72 Mts<sup>2</sup>, para lo cual Don Pedro aún visita el barrio los fines de semana, cuando recoge el dinero que le han recaudado los comunales y para vender los terrenos que aún le quedan. A pesar del problema que significa la falta de titulación de las viviendas, ya que el urbanizador solo les entregó a los compradores una promesa de venta que aún hoy es el documento que esgrimen cuando quieren demostrar su propiedad, la comunidad parece guardarle un sentimiento de gratitud, porque a pesar de todo, les dio a las casi quinientas familias que hoy habitan el barrio Villa

Helena, la oportunidad de ser propietarios de sus propias viviendas. Los que si son percibidos negativamente por la comunidad son todos aquellos que les recuerdan su situación de ilegalidad, como los funcionarios de la Empresa de Acueducto de Bogotá que periódicamente visitan el sector para hacer seguimiento de la ocupación de la ronda del Río y prevenir a los futuros compradores de los riesgos que implica hacerse a un lote en un sector inundable y en terrenos deleznable. Esos funcionarios, así como los de la Alcaldía Local de Ciudad Bolívar encargados del control urbanístico del sector son mal vistos por la gente, ya que los asocian con multas y órdenes de demolición, las cuales son cada vez más improbables de realizar por el impacto humano y de orden público que implicaría recuperar los márgenes del río que han sido ocupados. Como los mismos vecinos lo afirman, el ordenamiento urbano de la localidad implicaría la demolición de más de la mitad de sus barrios, levantados sobre pendientes, en zonas de alto riesgo por deslizamientos o remociones en masa, sobre áreas de espacio público y que, en todo caso, no eran aptas para la construcción de vivienda. Esa generalización de la condición de ilegalidad es la que, en últimas, les da a éstas familias la seguridad de que jamás van a ser objeto de sanciones y, entre más personas lleguen a vivir al barrio, más difícil será para el Estado adoptar medidas de choque en su contra. Solo aguardan a que, en algún momento, el Distrito Capital los termine por reconocer oficialmente mediante la legalización del barrio, ya que por lo demás, tienen las obligaciones de cualquier habitante de un barrio normal: pagan impuesto predial, les facturan servicios públicos, les invierten recursos públicos para

sacarlos de la subnormalidad, etc. Quizá parecen saber que, en nuestro medio, la planeación urbana se realiza ex post, luego de que los barrios ya están consolidados y el Distrito no le queda otra alternativa a reconocerlos. Es solo cuestión de tiempo. Saben que, en algún momento, una vez les legalicen el barrio y que les entreguen los títulos de propiedad que esperan les reconozca un Juzgado Civil donde adelantan un proceso de pertenencia, dejarán de sentirse unos ciudadanos de segunda. Mientras tanto, contra todo pronóstico y desechando las recomendaciones oficiales, PEDRO MONROY continúa vendiendo los últimos lotes. Para ello, cuenta con la complicidad de la policía del sector, la cual ha convivido con dicha situación por años sin que jamás la haya impedido y, como nadie se atreve a colocar denuncias formales en su contra, el urbanizador pirata continúa libremente, sin ninguna perturbación, su propósito de hacer dinero vendiendo terrenos inadecuados para vivienda. Incluso, ha sido evidente el patrocinio que Don Pedro le ha ofrecido a un candidato a la Junta Administradora de la localidad quien, de antemano, ya parece contar con los votos de los habitantes del barrio, montado sobre la promesa de gestionar su legalización ante la Secretaría de Planeación Distrital. En esa incursión en el campo político-electoral, nuestro personaje parece seguir la trayectoria ya trazada por otros urbanizadores que en el pasado se hicieron a cargos de elección popular, amarrando los votos a cambio de facilidades de acceso a los lotes que vendían. No en vano el mayor elector de la localidad es un Edil que ha repetido periodos con base en los votos del barrio que, en su momento, él mismo ayudó a urbanizar, de la misma forma en que

Don Pedro hizo lo propio con Villa Helena. Como esa relación de mutuo beneficio entre urbanismo ilegal y política es tan marcada en la historia reciente del país, gracias a lo cual sujetos como Rafael Forero Fetecua, Alfredo Guerrero Estrada ó Mariano Enrique Porras llegaron a instancias de representación popular como el Congreso de la República, Don Pedro confía en que su candidato, una vez elegido, le abra espacios en la administración local y ante otras oficinas públicas. Para ello, ya cuenta con la percepción positiva que tiene entre los compradores de sus lotes, quienes, antes que verlo como un delincuente lo asumen como un benefactor, en medio de la resignación propia de quien no espera mucho de la vida y que a todos ellos se les adivina en el rostro.

### **2.2.2. SATURNINO SEPULVEDA NIÑO O LA IDEOLOGIZACIÓN DE LA URBANIZACIÓN PIRATA**

Por la misma época en que el gobierno distrital creaba el Plan de Vivienda Ciudad Bolívar, en el año 1982, Ezequiel Ramírez Salazar, mejor conocido como "Emeterio" del dueto humorístico "Los Tolimenses" buscaba la forma de evitar nuevas invasiones u ocupaciones de hecho de un terreno de su propiedad, que tenía en el sector conocido como "Jerusalén". De un tiempo atrás, cada mañana constataba con impotencia la forma en que nuevas familias se asentaban en sus terrenos, mediante el levantamiento de ranchos en tela asfáltica, construcciones provisionales con materiales de desecho

que albergaban niños, mujeres y ancianos, levantados a toda prisa durante la noche anterior. De nada sirvió la vigilancia que dispuso las veinticuatro horas de sus terrenos ante la oleada de invasiones que, por aquella época, se daban en los predios vecinos que, en su mayoría, pertenecían a la familia Gaviria Restrepo en lo que hoy en día es el barrio Jerusalén parte alta y a un Señor llamado Belo Montesori, propietario de lo que hoy es la parte baja de dicho barrio, por donde hoy pasa la Avenida Villavicencio. Ante la imposibilidad controlar la llegada de nuevos ocupantes, ~~Emeterio~~ decidió ubicar a un líder comunal que, al parecer, era el único con ascendiente sobre los invasores, con el fin de ofrecerle en venta sus tierras y así evitar perderlo todo ante una inminente invasión masiva. Fue así como el ex sacerdote SATURNINO SEPULVEDA NIÑO compró por tres millones de pesos un lote de siete fanegadas de terreno, donde se conformaría el barrio que luego llamaría ~~Empresa~~ Comunitaria Integral Manuela Beltrán. Con aportes de \$ 40.000 pesos por cada una de 450 familias fundadoras del barrio, entre ellas algunas de las que ya se habían hecho a un lote por vía de invasión, el padre Saturnino reunió cerca de \$170.000.000, los cuales destinó al pago del terreno, a la compra de una volqueta, equipos de ornamentación, moldes con los que se construyó el alcantarillado de la comunidad, postes para la luz, el salón comunal e, incluso, alcanzó para prestarle recursos para la compra de terrenos a otra asociación que el Padre Saturnino tenía en Suba, llamada ~~Ciudad Hunzaq~~ De ésta manera, con el trabajo mancomunado de los mismos adjudicatarios de los lotes, quienes se hacían a los mismos por sorteo mediante papeletas en las que iba inscrito el número de la



manzana y el del lote adjudicado, se desarrollaban luego las tareas propias del oficio de cada quien en beneficio de la vecindad (el modisto, el electricista, el maestro de obra, etc., todos trabajaban para el servicio de la comunidad), hasta darle cuerpo a lo que hoy se conoce como barrio MANUELA BELTRAN. El padre Saturnino estaba detrás de toda esa organización comunitaria, a pesar de no figurar en los cuadros directivos ni en ningún papel, de hecho, no fue él quien firmó la compra del terreno sino un vecino llamado Alejandro Espinosa, todo en el propósito de que al padre no lo fueran encausar, a pesar de lo cual terminó siendo multado por un millón de pesos por la Superintendencia Bancaria que, por aquel entonces, ejercía las labores de inspección, vigilancia y control de los negocios que involucraban enajenación de viviendas. Experiencias de trabajo asociativo y gestión comunitaria similares a las de Manuela Beltrán ya las había tenido en el ejercicio de su misión pastoral. Fe así como participó activamente en la fundación de barrios a los que bautizaba con nombres de clara evocación revolucionaria, como %DOMINGO LAÍN+ y %JUAN JOSE RONDON+en Ciudad Bolívar y %LOS COMUNEROS+en Usme. No en vano, se trataba de un sacerdote perteneciente al grupo %Golconda+, imbuido de la corriente conocida en la década de los sesenta y setenta como %Teología de la liberación+, por la cual algunos religiosos predicaban la palabra de Dios desde una perspectiva socialista. Aunque fue esa marcada orientación política la que lo motivó en el trabajo por las comunidades más pobres, también esa misma ideologización de su accionar lo llevó a incurrir en excesos, como la de aspirar a que, en cada barrio por él fundado, se formara una suerte de

comuna autosuficiente, que poco o nada tuviera que deberle a las instancias estatales en la solución de sus problemas. Este radicalismo, que tenía mucho de romanticismo, ocasionó que en el caso de Manuela Beltrán la escrituración y titularización de los lotes, así como la misma legalización del barrio se demorarán más de lo normal, ante el desinterés de sus líderes comunales por ampararse en figuras como la propiedad privada y, en general, cualquier forma de reconocimiento del Estado burgués. A diferencia del urbanizador pirata tradicional que se limita a subdividir o lotear los terrenos sin establecer zonas públicas o comunales de recreación, vías sin las dimensiones mínimas reglamentarias y sin la infraestructura para los servicios públicos domiciliarios, el caso del Padre SATURNINO SEPULVEDA es emblemático de los logros de organización comunitaria, por cuanto, además del loteo y adjudicación de los lotes por sorteo entre los aportantes, también hacía el acompañamiento de la comunidad hasta la construcción de los predios, las obras de urbanismo, la acometida de los servicios públicos y la legalización de los barrios ante las dependencias distritales. Antes que un vendedor de lotes, se trataba de un gestor comunitario que, influenciado por las corrientes socialistas de la época, hizo de su apostolado una experiencia de trabajo y gestión comunal, quizás porque tenía claro aquello que ya antes había anunciado Monseñor Arnulfo Romero en su trabajo pastoral en El Salvador: «La misión de la Iglesia es identificarse con los pobres, así la Iglesia encontrará su propia salvación.»

## **CAPITULO 3: LAS RESPUESTAS JURIDICAS**

### **3.1. MARCO LEGAL**

#### **3.1.1 EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN LA CONSTITUCIÓN, PACTOS INTERNACIONALES Y SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

El Derecho a la vivienda digna tiene rango constitucional a partir de la Carta Política de 1991, en cuyo Art. 51 se consagró de la siguiente manera:

*“Todos los colombianos tiene derecho a la vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo éste derecho y promoverá planes de vivienda interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de éstos programas de vivienda.”*

En los debates de la Asamblea Constituyente que llevaron a la consagración de éste Derecho se advierte que los fines principales de ésta disposición y las preocupaciones de los constituyentes eran:

“Como estimular constitucionalmente mecanismos que permitan superar por una parte el déficit de vivienda y en segundo lugar como evitar el fenómeno de los urbanizadores piratas y también cómo lograr superar situaciones muy graves y dramáticas que se expresan en los tugurios, hacinamientos, rancherías en las ciudades y los campos; igualmente, cómo logramos que los planes de vivienda que hacen las entidades tanto del sector oficial como del sector privado tengan una

responsabilidad, por una parte con la calidad de la vivienda pero también buscando que la calidad esté relacionada con los precios equitativos<sup>21</sup>

De ésta manera, se evidencia que era una preocupación del constituyente de 1991 la manera de hacer efectivo el derecho a la vivienda digna, para que fuera más allá de su simple reconocimiento, debiéndose incorporar mecanismos para su aplicación integral, con el fin de atender los problemas habitacionales propios de la realidad colombiana. En este sentido, se mostró especial interés en que ( ) fuera protegido el Derecho a la vivienda digna, en cuanto a la seguridad jurídica de la tenencia (al referirse a las urbanizaciones piratas), a la calidad de las viviendas (exigiendo al respecto, responsabilidad de las entidades públicas y privadas que ejecutan los programas de vivienda) y la accesibilidad económica (preocupándose por el déficit habitacional y por los precios equitativos). Este último aspecto, las condiciones económicas para el acceso a la vivienda, sin duda fue una de las preocupaciones centrales del Constituyente.<sup>22</sup>

Hoy en día, veinte años después de promulgada la Constitución, en Colombia se continúa viviendo un drama en cuanto a la vivienda se refiere. En la problemática de la vivienda se encuentra la situación de aquel que simplemente nunca la ha poseído, otros que habiéndola

---

<sup>21</sup> Asamblea Nacional Constituyente, Comisión 5, sesión del día 15 de Mayo de 1991

<sup>22</sup> GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro. El derecho a una vivienda digna y adecuada en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009, Pág. 43.

tenido la perdieron por efecto del desplazamiento forzado o por devolución o entrega a los bancos vía dación en pago o remate judicial y otros que las poseen pero en condiciones indignas, por su escasa habitabilidad, por mala calidad o por la carencia de infraestructura básica. Esa problemática se extiende a aquellos que aspiran a hacerse a una vivienda propia, y no pueden hacerlos por los altos costos o los onerosos intereses de financiamiento. Como ya lo vimos, la política de vivienda está diseñada para la franja de población que puede pagar altas cuotas de amortización (estratos 4, 5 ó 6) y no para las familias colombianas que ganan menos de dos salarios mínimos y que, pese a la política de subsidios, no pueden acceder a esas soluciones formales de vivienda. De ahí que, pese a tratarse de un derecho constitucional, la última alternativa para las clases más desfavorecidas sea el acudir a la oferta del urbanizador pirata, ocupando terrenos en empinadas y agrestes faldas urbanas y otras zonas de alto riesgo, alimentando así la alta densidad y hacinamiento poblacional en los denominados cinturones de miseria que rodean las ciudades colombianas.

La Corte Constitucional ha sido clara y reiterativa en cuanto a catalogarlo como derecho de segunda generación, junto con otros de carácter económico, los cuales no tendrían la protección inmediata que le brinda la acción de tutela a los derechos fundamentales, ( ) pues en su condición de derecho asistencial, le corresponde al Estado la obligación de desarrollar planes de vivienda, ya sea directamente o por medio de contratos con particulares, todo de acuerdo con la Ley. Por tal motivo, las condiciones jurídicas, económicas y materiales son las

que determinaran la efectiva materialización de tal derecho.<sup>23</sup> En el mismo sentido, la Corte Constitucional ya había sentado jurisprudencia cuando advirtió: «Así, los derechos Constitucionales de desarrollo progresivo, como es el caso del derecho a la vivienda, solo producen efectos una vez se cumplan ciertas condiciones jurídicas materiales que los hacen posibles, por lo que en principio dichos derechos no son susceptibles de protección inmediata por vía de acción de tutela. Sin embargo, una vez dadas las condiciones antes señaladas, el Derecho toma fuerza vinculante y sobre su contenido se extenderá la protección constitucional, a través de las acciones establecidas para tal fin. Así entonces, el derecho a la vivienda digna es más un derecho de carácter asistencial que debe ser desarrollado por el legislador y promovido por la administración, de conformidad con la ley para ser prestado directamente por ésta o a través de entes asociativos creados para tal fin, previa regulación legal»<sup>24</sup>. El carácter prestacional del Derecho aquí tratado obliga al Estado a desarrollar los mecanismos para garantizar su protección, aunque su cumplimiento dependerá de la disponibilidad de recursos para tal fin. Sin embargo, con el paso del tiempo y en jurisprudencias posteriores, la Corte ha venido ampliando el contenido del derecho a la vivienda digna sin reducirse a lo prescrito en el Art. 51, mediante una interpretación sistemática de las normas constitucionales, tratando de conferir unidad de sentido al conjunto de la carta política.

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-573 de Julio 15 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-251 de Junio 5 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

En efecto, el tribunal constitucional colombiano paulatinamente ha ido construyendo el derecho a la vivienda con referencia a diferentes disposiciones de la carta superior, aludiendo a la cláusula del Estado Social de Derecho, a principios como los de la dignidad humana, igualdad y solidaridad (Art. 1 y 13), advirtiendo la relación de interdependencia que guarda la vivienda con los derechos a la vida, la salud, a la educación, al trabajo y al medio ambiente sano. En el mismo sentido, la Corte ha vinculado el reconocimiento del derecho a la vivienda con varias normas constitucionales, como las relativas a la función social y ecológica de la propiedad (Art. 58) y a la promoción del acceso progresivo a la propiedad de la tierra, a los servicios de educación, salud, vivienda y seguridad social para los trabajadores agrarios (Art. 64).<sup>25</sup> Ejemplos de tal desarrollo jurisprudencial son las sentencias T-958 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C- 936 de 2003 M.P. en las que se interpreta como fundamental el Derecho a la vivienda digna por vía de conexidad y amparable mediante acción de tutela. Del texto del Art. 51 éstas jurisprudencias derivan deberes de respeto y protección a cargo del Estado de aplicación inmediata, a la vez que advierte otras obligaciones de desarrollo progresivo, tales como la promoción de planes para atender a la población más pobre, diseño de sistemas de financiación adecuados y promoción de formas asociativas de ejecución de planes de vivienda.

---

<sup>25</sup> GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro. El derecho a una vivienda digna y adecuada en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009, Pág. 44

Volviendo al concepto de **dignidad** al que nos remite el Art. 51 de la Constitución, se considera digna una vivienda que cumpla con las condiciones mínimas acorde con el grado de la humanidad y la sociedad que permitan comodidad, seguridad, durabilidad, satisfacción de las necesidades esenciales y una mejor calidad de vida en general. La dignidad comprende varias dimensiones de la vida del hombre. Básicamente ella implica un conjunto de condiciones materiales y espirituales de existencia, que permita vivir con cierta calidad de vida. Una vivienda digna presupone unas circunstancias que permitan a la persona acceder a un hábitat que se encuentre acorde con su condición de ser humano, esto es, una vivienda con la calidad necesaria para proteger la dignidad de las personas que la habitan. Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y la Convención Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966, la vivienda entró a ser considerada un bien vital para el desarrollo de las personas y, además, le impuso nuevas responsabilidades a los Estados. Es precisamente la adopción de esos pactos y convenciones internacionales sobre la materia, la que le ha permitido a la Corte Constitucional construir un concepto múltiple del derecho a la vivienda, al punto que, a partir de la Sentencia T-958 de 2001 la Corte ha empezado a hacer una lectura del Derecho a la vivienda en clave de Derecho Internacional. Con todo, también ha de admitirse que, conforme a la interpretación oficial internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obligatoria en virtud de lo dispuesto en el Art. 93 de la Constitución, tales Derechos contienen



elementos que son de inmediata exigibilidad, como ocurre respecto de las obligaciones estatales de respeto y protección que se derivan de los derechos en cuestión.<sup>26</sup>

El Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, preceptúa que toda persona tiene Derecho a un rango de vida adecuado, que le asegure a si misma, como a su familia, entre otros bienes, la vivienda. En el mismo sentido, también podemos invocar lo que al respecto de la vivienda nos dice el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966., adoptado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968 y que entró en vigor en 1976. Este pacto en su artículo 11 prácticamente reitera lo expuesto en la Declaración antes comentada. Estas disposiciones son aplicables en el orden interno colombiano como norma constitucional, en virtud del llamado Bloque de Constitucionalidad que es el resultado de la interpretación que la corte ha hecho del Art. 93 de la Carta Política. Conforme a ello, las normas expresamente consignadas en el texto de la constitución no son las únicas normas de rango constitucional, ya que también forman parte de ese bloque los tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos que hayan sido ratificados por Colombia.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

## 3.2. INSTANCIAS DE CONTROL URBANISTICO

### 3.2.1 ANTECEDENTES

Si bien podemos señalar que la génesis del control urbanístico coincide con el proceso de urbanización del país a mediados de la década del siglo XX, la legislación que regula las posibilidades de uso y desarrollo del suelo urbano tiene antecedentes que se remontan hasta el Código Civil redactado por Andrés Bello y adoptado para nuestro país por la Ley 57 de 1887. En efecto, en sus Arts. 679 y siguientes ya se estipula la imposibilidad de construir los bienes de uso público y aquellos pertenecientes al Estado, llamados bienes fiscales:

*Art. 679. Nadie podrá construir, sino con permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales, y demás lugares de propiedad de la unión.<sup>27</sup>*

Aunque el derecho a la propiedad no fue menoscabado para entonces, en tanto todavía se consideraba, para entonces, que uno de los atributos del propietario era el *jus abutendi* o hacer con su bien lo que le pareciera, con ésta norma se sienta una distinción entre las posibilidades de aprovechamiento de los bienes públicos y los privados, restringiendo para los primeros cualquier tipo de intervención,

---

<sup>27</sup> Código Civil, Libro Segundo, Título III, Art. 679. Ed. Legis , Bogotá, 2010.

a menos que cuenten con un permiso especial, a pesar de lo cual se limitaba expresamente los alcances de dichos permisos:

*Art. 682. Sobre las obras que con permiso de autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tienen los particulares que han obtenido ese permiso, sino el uso y goce de ellas y no la propiedad del suelo. Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se ha concedido el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la Ley, al uso y goce privativo de la Unión ó al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión.<sup>28</sup>*

A partir de allí y de la consagración en la Constitución de 1886 de la prevalencia del interés público sobre el interés particular, la evolución del derecho a la propiedad estaría marcado por la progresiva limitación de la posibilidad de hacer lo que nos plazca con nuestros bienes, hasta cuando en la reforma constitucional de 1936 se insertó el concepto de la función social de la propiedad y las obligaciones que ella implica, con lo cual se acabó la idea de que la propiedad confería derechos absolutos.

Once años después, con la *Ley 88 de 1947*, se comenzó por regular

---

<sup>28</sup> Código Civil, Libro Segundo, Título III, Art. 682. Ed. Legis , Bogotá, 2010

aspectos netamente urbanísticos, tales como la planeación y desarrollo urbano. Inició definiendo el área urbana de los municipios como «la extensión comprendida dentro de la nomenclatura legal correspondiente a la determinada por los concejos municipales por medio de acuerdos.» Como no en todas las ciudades y municipios la delimitación existía, se ordenó a los concejos que el área urbana de los municipios fuera delimitada y la nomenclatura organizada a partir del sistema de calles y carreras. Mediante ésta Ley también se dispuso que en los municipios con poblaciones urbanas iguales o superiores a 10 habitantes, se exigiría la presentación o aprobación previa de planos de las edificaciones que, en lo sucesivo, fueran autorizadas. Pero tal vez el mejor legado que ésta norma nos dejó fue la orden que dio a los municipios que para aquel entonces tuvieran un presupuesto no inferior a 200 mil pesos, de levantar un plano regulador que indicara la manera como habría de continuarse la urbanización futura de la ciudad. Este plano debía comprender (o) una proyección de los nuevos barrios y de los sitios donde debieran ubicarse los edificios públicos, sitios de recreo y deporte, templos, plazas, áreas verdes, escuelas y demás edificaciones necesarias para la población.<sup>29</sup>

El desarrollo normativo continuó con la expedición del *Decreto Ley 14 de 1955*, vigente durante nueve años y por el cual el Gobierno del General Gustavo Rojas Pinilla introdujo controles específicos a la

---

<sup>29</sup> MUÑOZ NEIRA Orlando, urbanizaciones piratas: Su historia y su presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004, Pág. 214

actividad urbanizadora ilegal, entre otras conductas propias de sujetos que por sus antecedentes, actividades, hábitos o forma de vivir representaran algún nivel de riesgo o ~~de~~ peligrosidad social+. Así, con una clara influencia de la escuela positivista del derecho penal, ésta norma en su Art. 7, numerales 29 y 30, consideraba como personas de especial peligrosidad a:

*%Quien dos o más veces negocie solares pertenecientes a parcelaciones o urbanizaciones, a sabiendas de que no es el dueño de ellos, o comisionado o mandatario legalmente autorizado.+*

*%El urbanizador que reciba dinero por cuenta de lotes o solares de determinada urbanización, o los prometa en venta, o los venda, o los permute, si: a) Los planos de la urbanización respectiva no han sido aprobados por autoridad competente; b) O la urbanización carece de cualquier servicio o mejora que haya sido anunciada ( ò ) o a cuya realización se hubiere comprometido el urbanizado en documento público o privado; c) O habiendo transcurrido más de 30 días, contados a partir de la fecha en que el promitente comprador satisfizo las obligaciones contraídas en la respetiva promesa de venta, no hubiese otorgado la escritura pública respectiva.+*

Aquellos a los que incurrieran en esas conductas el Decreto Ley 14 de 1955 les señalaba una ~~medida de seguridad~~ ~~q~~ ~~%~~ ~~N~~ótese que no hablaba de pena sino de un concepto distinto ( ò ). En el caso del urbanizador

ilegal esta medida consistía en relegación a una colonia agrícola de 2 a 4 años si el urbanizador tenía antecedentes; de no tenerlos la medida era relegación de 1 a 3 años o internación en casa de trabajo por igual término. En éste Decreto, el significado del término *antecedentes* no es el que tenemos hoy: ahora una persona solo tiene antecedentes cuando sobre él pesa una sentencia condenatoria en firme, agotando todas las instancias. En cambio, para dicha norma si a un sujeto lo habían absuelto tres o más veces por delitos intencionales, aún tratándose de absoluciones, ya por ese hecho implicaba un antecedente.<sup>30</sup>

### **3.2.2. LEY 66 DE 1968, PIONERA DEL CONTROL PENAL URBANISTICO.**

El control urbanístico comienza, en rigor, con la expedición de la Ley 66 de Diciembre 26 de 1968, por la cual se persiguió la enajenación de inmuebles destinados a vivienda si no se contaba con un registro urbanístico y si no se llevaba la contabilidad exigida a los comerciantes al por mayor (permiso de ventas). El Art. 11 de esa norma, modificado por el Art. 6 del Decreto Nacional 2610 de 1979, y que aún hoy en día se encuentra vigente, prescribe:

*Incurren en prisión de dos (2) a seis (6) años quienes sin hallarse registrados ante el superintendente bancario anuncien o desarrollen las*

---

<sup>30</sup> MUÑOZ NEIRA Orlando, urbanizaciones piratas: Su historia y su presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004, Pág. 223

*actividades de (enajenación de inmuebles para vivienda) que trata la Ley 66 de 1968 y el presente Decreto, además de las sanciones que les corresponda por la comisión de otros delitos contemplados en el Código Penal. La sanción será de uno (1) a cuatro (4) años cuando existiendo el correspondiente registro se desarrollen las actividades de (enajenación) que trata la Ley 66 de 1968 y el presente Decreto sin el permiso (de ventas) prescrito en el Art. 4 de éste Decreto.+*

Además de señalar el primer antecedente en nuestro medio de la penalización de una conducta propia del urbanizador ilegal, como lo es la de enajenar inmuebles destinados a vivienda sin el lleno de los requisitos legales; la Ley 66 de 1968 sentó las bases para el control administrativo de la venta de vivienda. Si bien antes de su entrada en vigencia ya se habían expedido normas al respecto, éstas eran, apenas, intentos esporádicos y dispersos de control urbanístico, en tanto que con ésta norma se adoptan una serie de herramientas en un esfuerzo integral por controlar el desorden en el crecimiento urbano. Es así como, en el marco de una creciente tendencia a regular ciertas actividades económicas con eventuales impactos negativos en el orden social, se dispuso en ésta Ley que el Gobierno Nacional, a través del Superintendente Bancario, ejercería inspección y vigilancia de las actividades de enajenación de inmuebles para vivienda, siempre que las unidades habitacionales proyectadas sean cinco (5) o más. Con ello, de paso, se diferenció entre el constructor ocasional, que, al amparo de una licencia de construcción puede subdividir hasta en cuatro partes un inmueble para unidades de vivienda, del urbanizador

de oficio cuyo negocio está en subdividir predios y vender la mayor cantidad de lotes posible, quien además de la licencia de urbanismo, tiene la obligación de registrarse ante la autoridad competente y acreditar un permiso de venta, que se expide luego de acreditar capacidad financiera, entre otras exigencias.

Tal fue el esfuerzo por regular la actividad urbanizadora de ésta Ley que, explícitamente, atribuyó al enajenador o vendedor de vivienda la obligación de ejecutar las obras de urbanismo y la dotación de servicios públicos (Art. 10). Igualmente, extendió el concepto de enajenación hasta comprender en él la celebración de promesas de compraventa, el recibo de anticipos de dinero o cualquier otro sistema que implique recepción de los mismos con la finalidad de transferir el dominio de inmuebles destinados a vivienda (Art. 2), cubriendo así las modalidades predilectas de los urbanizadores ilegales, quienes no suelen expedir escrituras a sus compradores, sino solo les entregan promesas de compraventa firmadas ante una notaria. También, en su Artículo 12, ésta Ley facultó al Superintendente Bancario (hoy pasó a la Superintendencia de Sociedades y las administraciones locales o municipales ó a la Subsecretaria de Control de Vivienda, en el caso de Bogotá) para intervenir y tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de las personas jurídicas o naturales que se dediquen a la enajenación de inmuebles para vivienda, o también disponer su liquidación en el evento que suspenda el pago de sus obligaciones, rehúse presentar sus cuentas a los entes de control, no lleve la



contabilidad de su negocio o cuando su patrimonio sufra grave quebranto con lo cual ponga en peligro la atención de sus obligaciones.

A través de ésta norma el Estado ofreció una primera respuesta legal, coherente aunque no completa, al fenómeno creciente de la urbanización pirata, evidenciando el interés que le debe asistir por intervenir y regular campos de la economía como el del mercado de la tierra urbana, en beneficio de los sectores más vulnerables, que son, precisamente los clientes usuales de ésta oferta informal.

### **3.2.3. CONTROL URBANISTICO ADMINISTRATIVO**

#### **3.2.3.1. LEY 9ª DE 1989 Ó DE REFORMA URBANA**

Durante el gobierno de Virgilio Barco Vargas se presentó ante el congreso un proyecto de Ley, por el cual se dictaban normas sobre planes integrales de desarrollo municipal, la adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación, la legalización de tierras para viviendas de interés social, sanciones para los urbanizadores, la creación del banco de tierras y la extinción del derecho de dominio sobre inmuebles urbanos. Ese proyectó, a la postre, se convertiría en la Ley 9ª de 1989. Se trataba del instrumento legal más decantado, hasta entonces, para afrontar y solucionar los complejos problemas planteados por la urbanización del país.

Para la muestra, basta con remitirse al texto del Artículo 51:

A partir del 1º de Enero de 1990, redúzcase a cinco (5) años el tiempo necesario a la prescripción adquisitiva extraordinaria de las viviendas de interés social. A partir del 1º de Enero de 1990, redúzcase a tres (3) años el tiempo necesario a la prescripción adquisitiva ordinaria de las viviendas de interés social. Valdrá la posesión acumulada a la fecha establecida en los incisos anteriores.+

Con ésta medida, el Estado atendió las circunstancias de debilidad y vulnerabilidad en que se encontraban miles de familias que poseían inmuebles gracias a compraventas que no les transfería el dominio del bien de manera efectiva y que tan solo le otorgaba el respaldo de una promesa de venta que, en si misma, no contiene derechos de propiedad, pero que la gente humilde, en su ignorancia, asimila a un título. Gracias a esto, se hizo más breve el término legal para acceder a la titularidad del bien, por vía de usucapión, resolviendo así el limbo legal en que se encontraban los poseedores de muchas viviendas de interés social.

Por otro lado, ésta ley, también llamada de Reforma Urbana, adoptó en su Artículo 5º una definición de Espacio Público bastante completa y omnicomprensiva que, con el tiempo, sirvió para que el Consejo de Justicia de Bogotá, segunda instancia de los trámites policivos de la ciudad, asimilara como zonas con afectación a espacio público áreas

privadas de los inmuebles, como lo son los antejardines, gracias a lo cual se pueden restituir en cualquier momento, si su construcción fue posterior a la entrada en vigencia de dicha Ley:

Entiéndese 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 trasciende, por lo tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.+

La ley 9ª de 1989 también consagró los mecanismos y procedimientos que los entes públicos debían seguir para adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación, comenzando, en esos casos, por la declaratoria de de utilidad pública de la zona a expropiar. Instituyó la posibilidad de que los municipios y áreas metropolitanas crearan los llamados Bancos de Tierras como un mecanismo legal para proveer la tierra necesaria para los proyectos de vivienda de interés social, constituir zonas de reserva para el futuro desarrollo de las ciudades o para la protección del medio ambiente, la provisión de espacios públicos y la reubicación de los ocupantes de zonas de alto riesgo. Por otro lado, estableció la obligación para los municipios de elaborar sus Planes de desarrollo. Más aún, ésta Ley les otorgó a los alcaldes la facultad de imponer sanciones urbanísticas que consisten en multas sucesivas para quienes parcelen, urbanicen o construyan sin licencia o en contravención a lo preceptuado en la misma. También les

dio atribuciones para sancionar a los que ocupen, construyan o encierren zonas verdes y bienes de uso público, dotándolos de instrumentos como la posibilidad de ordenar la demolición de lo construido en contravención a las normas urbanísticas. Por último, la Ley de Reforma Urbana les dio vía libre a las asociaciones populares de vivienda, permitiendo que asumieran la forma de cooperativas, sindicatos, empresas comunitarias, juntas de acción comunal, etc., bajos las cuales se formaron muchos barrios que hoy son modelo de autogestión comunitaria antes que de urbanización informal.

#### **3.2.3.2. LEYES 388 DE 1997 Y 810 DE 2003**

La expedición de la Constitución de 1991 marcó importantes cambios en la vida institucional, social, económica, política y ambiental del país. La cuestión urbana no fue ajena a los temas abordados por los constituyentes y de ahí el interés por poner a tono con sus mandatos y principios el contenido de la Ley de Reforma Urbana que había sido expedida en 1989, tres años atrás. En razón de ello, el legislador expidió la Ley 388 de 1997, modificatoria de la Ley 9ª de 1989. El propósito central de ésta Ley era el dotar a las administraciones locales de una base normativa que complementara la Ley de Reforma Urbana, con una serie de herramientas de planificación y gestión dirigidas a lograr una más eficiente organización del territorio municipal, en armonía con el desarrollo regional y nacional.

Entre sus aportes está el haber desarrollado lo estipulado en el Decreto 2150 de 1995, Art. 49 a 61 respecto de la figura del Curador Urbano (Artículo 101) que es un particular encargado del estudio, trámite y expedición de las licencias de construcción y urbanismo, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación. Esas atribuciones implican el ejercicio de una función pública y se concretan en decidir si una solicitud de licencia para construir o urbanizar es procedente o no de acuerdo a lo estipulado en las normas urbanísticas. Sin embargo, el aporte más importante fue el haber consagrado los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) que tienen como característica el contener los usos del suelo permitidos, a la vez que señala los criterios para el futuro crecimiento y expansión de la ciudad. Se trata del instrumento básico para la planificación de la ciudad, en tanto, define hacia donde se puede crecer, qué zonas de la ciudad deben ser protegidas, como deben ser las relaciones con los municipios vecinos, los usos del suelo permitidos y sus condicionamientos y donde y como deben ubicarse las obras dotacionales, tales como vías, parques, colegios, servicios públicos, etc.

En cuanto a las sanciones urbanísticas que había creado la Ley 9ª de 1989 en su Artículo 66 y que consistían, además de la posibilidad de ordenar la demolición de las obras ilegales, en la imposición de multas que oscilaban entre medio y doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes; la modificación introducida por la Ley 388 de 1997 en su Artículo 104 disparó el monto de dichas multas al pasarlas

a oscilar entre diez (10) y veinte (20) salarios m.l.m.v. por cada metro cuadrado de obra o de intervención sobre el suelo realizada sin licencia. Así, a mayor cantidad de metros cuadrados construidos o urbanizados sin licencia o en contravención a lo autorizado en ella, mayor sería la multa a cancelar. Con ese endurecimiento de las sanciones monetarias a quienes construían o urbanizaban terrenos sin licencia el legislador pretendió desestimular dicha actividad, al hacerlos acreedores de multas que no solían ser inferiores a veinte millones de la época. La imposición de multas exorbitantes a una población sin recursos económicos, rápidamente tornó a la Ley 388 de 1997, en su capítulo de sanciones urbanísticas, en una norma de difícil cumplimiento, en tanto las multas impuestas superaban, en ocasiones, el valor comercial de los inmuebles construidos, ésta norma se constituía, en la práctica, en una medida de tipo confiscatorio. Por lo tanto, no tardó el congreso de la republica en presentar un proyecto de ley que buscaba corregir los valores establecidos para las sanciones urbanísticas, en especial para las faltas leves, los cuales resultaban inaplicables, en especial para los sectores de menores ingresos. Ese proyecto resultó en la Ley 810 de 2003, por la cual se introdujeron algunas modificaciones a la Ley 388 de 1997, en particular, en lo relacionado con el monto de las multas impuestas a manera de sanción urbanística. Efectivamente, a partir de ésta Ley vigente hasta hoy, las multas aplicables a quienes construyan o urbanicen sin licencia en terrenos aptos para éstas actuaciones será de entre diez (10) y veinte (20) salarios mínimos legales diarios vigentes por cada metros cuadrado de intervención sobre el suelo o de construcción, sin que en

ningún caso la multa supere los trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Por su parte, aquellos que construyan o urbanicen un terreno contando con licencia para ese efecto pero sin respetar las especificaciones allí contenidas serán acreedores a multas que van desde los ocho (8) hasta los quince (15) salarios mínimos legales diarios vigentes por cada metro cuadrado de intervención sobre el suelo o de construcción, sin que en ningún caso la multa supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Artículo 2º, numerales 3 y 4, Ley 810 de 2003). Con esa morigeración del monto de las multas impuestas las sanciones urbanísticas, dejarían de ser letra muerta y tendrían mayores posibilidades de efectiva aplicación.

### **3.2.3.3 FRACASO DEI CONTROL URBANISTICO ADMINISTRATIVO**

A pesar del desarrollo legislativo a que hemos hecho referencia con anterioridad, el control urbanístico administrativo ha sido un fracaso, si consideramos que  $\%6$  ) durante el periodo comprendido entre 1997 a 2005, las Curadurías Urbanas habían expedido 45.000 licencias de construcción, que comparados con el total de 450.000 nuevos predios residenciales construidos en ese mismo periodo en todos los estratos de Bogotá, según Catastro Distrital, arrojan un 90 % de incumplimiento de las exigencias urbanísticas.<sup>31</sup> El bajo nivel de construcciones e

---

<sup>31</sup> [www.sire.gov.co](http://www.sire.gov.co) Generación de riesgo en la actividad de la construcción. Fondo de Prevención y Atención de Emergencias FOPAE, Bogotá, 2007.

intervenciones sobre el suelo que se ejecutan bajo el amparo de una licencia o permiso de una Curaduría Urbana, es indicativo de la escasa eficacia del control administrativo a la actividad constructora y urbanizadora. Las atribuciones de control al desarrollo urbanístico le corresponden a los alcaldes municipales y, en el caso de Bogotá, a los Alcaldes Locales por mandato del Decreto Ley 1421 de 1993, Art. 86. Las Alcaldías Locales, dependencias adscritas a la Secretaría de Gobierno de Bogotá no cuentan con el personal suficiente e idóneo para atender tamaña competencia. A lo sumo, se dispone en promedio y por localidad de dos funcionarios para el ejercicio de dicho control, el Asesor de Obras y su secretario, que no alcanzan a dar buena cuenta de los numerosos casos de edificaciones y urbanizaciones que se inician y desarrollan sin permiso alguno. Incluso, en algunas localidades de gran extensión como Kennedy, Suba, Usaquén o Ciudad Bolívar le corresponde funcionalmente a solo dos o tres personas el ejercicio de ese control, sobre territorios que superan en tamaño a cualquier ciudad intermedia o mediana del país, tales como Ibagué, Armenia, Cucuta o Manizales. A esa insuficiencia de personal se suma la falta de apoyo logístico y operativo que le permita a esas administraciones locales hacer frente a los llamados infractores Urbanísticos los cuales, en ocasiones, adquieren connotaciones mafiosas. En efecto, el poder de un constructor que se ve enfrentado a funcionarios de rango medio de una Administración Local, por una obra sin licencia o ejecutada en contravención a la misma, suele dejar en el papel cualquier esfuerzo de control dadas las influencias políticas y económicas que acostumbran a ostentar los primeros, quienes si no



logran poner la ley de su lado con dinero lo hacen a partir de las relaciones públicas. Otro tanto ocurre con el poder económico o de simple intimidación que puede ejercer un urbanizador pirata sobre los funcionarios de una localidad encargados de controlarlos, quienes les hacen frente con las multas y ordenes de demolición de que los dota la legislación urbanística sancionatoria, pero que no resultan efectivas por el escaso alcance o impacto urbanístico que producen una o varias ordenes de demolición ejecutadas en un contexto de ilegalidad y por los vericuetos legales en que se puede amparar un sancionado para que no se logre hacer efectiva la sanción en su contra. Así las cosas, ni la escasa disponibilidad de recursos humanos ó logísticos, ni el insuficiente apoyo institucional que se les brinda a las Administraciones Locales de Bogotá para enfrentar éste tipo de problemáticas (que rebasan el contexto de la ciudad y trascienden al orden nacional), permiten garantizar un desarrollo urbano ordenado y planificado. Gracias a la insularidad y desarticulación de ese control, sobre uno o dos funcionarios de bajo nivel termina recayendo la responsabilidad de contener, por vía de sanciones administrativas, el anárquico desarrollo urbano de sectores que crecen aceleradamente, al mismo ritmo del desplazamiento forzado y del crecimiento de la pobreza, sin que a nivel distrital ni nacional se hagan mayores esfuerzos, desde sus ámbitos de competencia, por colaborar en la solución de las causas que alimentan el fenómeno urbanizador. Aunado a lo anterior, la dispersión de competencias en materia urbanística entre distintas oficinas y entidades públicas tampoco facilitan el control de los constructores y urbanizadores ilegales, en tanto, el Concejo Distrital emite a través de

acuerdos las normas urbanísticas, la Secretaria de Planeación reglamenta y desarrolla tales normas, las Curadurías Urbanas aprueban o deniegan los permisos o licencias en los casos específicos y las Alcaldías Locales controlan que en sus jurisdicciones se construya con el lleno de los requisitos legales y sanciona a los que los incumpla. Si algún eslabón de esa prolija cadena de competencias llega a fallar (como cuando un Curador expide una licencia que no era viable o una Alcaldía Local no inspecciona o vigila una obra o urbanización) fracasa toda la política de control urbanístico desde el ámbito administrativo. Sin embargo, ese mal de la dispersión y desarticulación parece aquejar también a otras legislaciones más avanzadas en materia urbanística que la colombiana, tal y como retrata ésta tratadista Española: «En primer lugar, se critica tanto la complejidad de la normatividad administrativa urbanística como su excesivo tecnicismo, puesto que la mayor dificultad a la hora de determinar si estamos o no ante una actividad ilícita urbanística disminuye las posibilidades de persecución y sanción de éste tipo de infracciones. Esto es consecuencia, por un lado, de que el urbanismo sea competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, con lo que habrá de acudir a cada normativa urbanística para determinar que alcance le otorga, por ejemplo, al concepto de suelo urbanizable o de especial protección o a los aspectos concretos de las conductas que considera constitutivas de infracción urbanística. Por otro lado, nos encontramos con que dependerá de la Administración autonómica y local el concreto planteamiento urbanístico y las posibilidades de recalificación del suelo, así como la modificación de sus usos y destino.

Todo ello complica aún más la determinación de si estamos ante una actividad ilícita urbanística y, por lo tanto, la posibilidad de perseguirla y sancionarla. En segundo lugar, se ha señalado así mismo que el actual Derecho Urbanístico no cuenta con suficientes recursos, tanto preventivos como represivos, para contener el alto número de atentados contra la ordenación del territorio.<sup>32</sup> Si a lo anterior le sumamos el divorcio ente la realidad social de los territorios en los que se ejerce el control urbanístico (la mayoría ubicados en los extramuros de la ciudad, en sectores vulnerables y olvidados por donde se va expandiendo, casi imperceptiblemente, la frontera urbana) y la norma aplicada que trasplantamos inconsulta e improvisadamente de la legislación española, una de las pioneras del desarrollo legislativo en ésta materia, advertimos las causas del fracaso de las medidas administrativas a éste respecto. Esa falta de correspondencia entre la Ley y el contexto social en que se aplica, lleva a que la norma no haya discriminado el monto de las multas por estratos socioeconómicos, obligando al operador administrativo a sancionar con el mismo rasero al que construye o urbaniza un lote en estrato 1 que aquel que lo hace en uno de estrato 6.

#### **3.2.4. CONTROL URBANISTICO PENAL**

Mediante la Ley 308 de 1996, Art. 2º, se amplió el catalogo de conductas constitutivas de infracción penal que traía la Ley 66 de 1968

---

<sup>32</sup> DOPICO GOMEZ-ALLER, Jacobo. Derecho penal de la construcción; aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo. Granada, Ed. Comares, 2006, Pág. 17

en su Artículo 11, modificado por el Art. 6 del decreto 2610 de 1979 y que ya tuvimos la ocasión de analizar con anterioridad. En efecto, a la simple enajenación de inmuebles destinados a vivienda sin el lleno de requisitos legales, se le agregaron otras conductas propias del urbanizador ilegal o pirata, ampliando así el espectro de actividades por las cuales se puede procesar penalmente a éstos sujetos.

Gracias a ésta norma se insertó en el Código Penal el Art. 367 A (Hoy 318) que trata explícitamente del Urbanizador ilegal en los siguientes términos:

***%Art. 318. Urbanización ilegal.*** *El que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, facilite, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley incurrirá, por ésta sola conducta, en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*Cuando se trate de personas jurídicas incurrirán en las sanciones previstas en los incisos anteriores sus representantes legales y los miembros de la junta directiva cuando hayan participado en la decisión descrita.*

*La pena privativa de la libertad señalada anteriormente se aumentará hasta en la mitad cuando la parcelación, urbanización, o construcción de viviendas se efectúen en terrenos o zonas de preservación ambiental y ecológica, de reserva para la construcción de obras*

*públicas, en zonas de contaminación ambiental, de alto riesgo o zonas rurales.*

**Parágrafo.** *El servidor público que dentro del territorio de su jurisdicción y en razón de su competencia, con acción u omisión diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en los incisos 1º y 2º del presente artículo, incurrirá en inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5), sin perjuicio de las demás sanciones penales a que hubiere lugar por el desarrollo de su conducta.+*

Se coloca, entonces, al urbanizador ilegal en la mira del sistema penal, al identificarlo como el principal responsable de la proliferación de barrios subnormales y de los %inturones de miseria+ que bordean nuestras ciudades. Todo ello, en el entendido que al penalizar todas y cada una de las actividad por él desarrolladas se ha de prevenir el surgimiento espontáneo de nuevas barriadas, sin las condiciones mínimas de habitabilidad, cuya existencia contradice a diario la idea de planeación urbana. En ese criterio se apoya las políticas de control urbanístico, cuando confía en que la disuasión que las sanciones penales ó administrativas pueden producir en el conglomerado social, basten por si solas para obligar a los llamados %herrerros+ a abandonar su actividad urbanizadora, ó tan siquiera, para impedir que más personas se dediquen a éste negocio.

### **3.2.4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY**

Los redactores del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) reprodujeron el Art. 2º. de la Ley 308 de 1996 en el actual Art. 318 del estatuto. Con ello, se recogió en la legislación penal vigente lo que en su momento se adoptó, de manera novedosa, en la Ley 308 de 1996 como una alternativa de tratamiento a la actividad del urbanizador pirata. Se trata de una Ley bastante discutida en el congreso, cuyo trámite se inició en el año de 1994 y apenas fue aprobada definitivamente en 1996, con la cual se respondía a la preocupación del legislador por la abundancia de proyectos de urbanización ilegal desplegados por sujetos inescrupulosos que abusaban de una de las necesidades y aspiraciones más sentidas de una inmensa masa de población colombiana, como lo es el de la vivienda digna, para trocarlas por egoístas beneficios económicos o políticos de sus promotores. Se buscaba atacar a esos sujetos que suelen evadir los controles legales para establecer viviendas en condiciones de inseguridad o que burlan las exigencias o planes estatales para racionalizar y distribuir equitativamente el uso de los servicios públicos y que, en últimas, acostumbran a defraudar dramáticamente las esperanzas de incautos aspirantes a vivienda propia, poniendo en peligro sus vidas y las de sus familias al conducirlos a zonas de alto riesgo.

Esa inquietud por la problemática planteada se hizo evidente cuando en la ponencia para primer debate del proyecto de Ley en la Cámara de Representantes se afirmó por los ponentes: ~~¶~~ Bien es sabido que la

conducta del urbanizador ilegal no solo afecta el patrimonio de tantos ingenuos e lusos ciudadanos , sino que con las urbanizaciones fuera de la Ley se hacen nugatorios todos los planes y proyectos de las autoridades de planeación, creándose y manteniéndose un verdadero caos urbanístico y de servicios públicos.(õ ) El estado existe con el cometido de crear, proteger y mantener un adecuado nivel de vida para los ciudadanos. En nombre de éste objetivo, detenta la capacidad para identificar las conductas dañinas que ataquen una sociedad y sus dignas condiciones de vida. En el caso que ésta exposición de motivos contempla, pocas son las conductas nocivas de tan amplia resonancia en niveles colectivos y particulares. La acción del urbanizador pirata, que aprovechándose de una demanda constante por vivienda, construye en contravía de las mínimas normas de planeación y de la capacidad de las redes de servicios públicos, atenta en primera instancia contra el ciudadano desprotegido que se convierte en su cliente. Pero el daño es mucho más profundo: impide que la administración racionalice el crecimiento de la ciudad y multiplica los costos de cobertura de redes de servicios públicos, sin contar con el impacto en las condiciones medio-ambientales+<sup>33</sup>

Para el entonces Senador JUAN MARTIN CAICEDO FERRER, quien fuera ponente del proyecto de Ley No. 151 de 1994, eran claras las motivaciones que obligaban a la creación de la norma en estudio. Para él %a acción del urbanizador pirata, que aprovechándose de una demanda creciente por vivienda construye en contravía las mínimas

---

<sup>33</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 405 Nov.16/95

normas de planeación y de la capacidad de las redes de servicios públicos, atenta en primera instancia contra el ciudadano desprotegido que se convierte en su cliente. Pero el daño es mucho más profundo: impide que la administración racionalice el crecimiento de la ciudad y multiplica los costos de la cobertura de redes de servicios públicos, sin contar el impacto en las condiciones medio ambientales.<sup>34</sup>

Algunos autores en nuestro medio han estudiado la justificación del tratamiento penal a ésta conducta, así como su inserción en el Título X del Código Penal, relativo a los Delitos contra el orden económico social+en los siguientes términos: %En Colombia, respecto del delito de urbanización ilegal, desde la ponencia que para primer debate presentaron los senadores Parmenio Cuéllar y Germán Vargas Lleras en el Congreso de la República, se dijo que el bien jurídico que con la consagración de éste delito se protegía era el orden económico social. Este orden es, repito, un valor para la colectividad y, por ende, para el mismo Estado que lo protege con el instrumento de la sanción penal. Dentro de éste orden económico y social se encuentra el ordenamiento territorial, una de cuyas finalidades es la protección y mejora de la calidad de vida de todos los habitantes. (õ ) Entonces, la protección de un ideal de planificación urbanística previamente establecida tiene un fin mayor por el cual esa planificación viene a ser un instrumento; ese fin mayor son las condiciones de vida digna del hombre a partir de un uso racional del suelo, que sin dejar de ser eficiente, respete al medio ambiente. Ahí está incluida, sin lugar a dudas, el tema de la vivienda

---

<sup>34</sup> REPUBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 405 Nov.16/95



digna que enlaza a éste tipo penal con un postulado constitucional.<sup>35</sup>. De ahí que el propósito principal en el curso de las discusiones parlamentarias fue la regulación integral del delito de %urbanizador ilegal+ o de la %urbanización ilegal+, como lo dice de manera más técnica el Art. 318 del Código Penal vigente, aunque solo en cuanto a mandatos y prohibiciones penales y no en todos los aspectos administrativos que sirven a la integración de la conducta o los colaterales al fenómeno de la urbanización ilegal, que continúan regidos en las normas matrices de la Ley 66 de 1968 y el Decreto 2610 de 1979.

#### **3.2.4.2 ESTRUCTURA TIPICA DEL ART. 318 DEL CODIGO PENAL**

El Art. 318 del Código Penal, Ley 599 de 2000, tiene como sujeto activo ó aquel que puede ejecutar la conducta a cualquier persona, es decir, éste tipo penal no demanda una cualificación especial en el agente, como lo sería un determinado status profesional, social, etc. Por lo tanto, no encontramos frente a un sujeto activo indeterminado. De ahí que, cualquier persona que realice una de las actividades del amplio catalogo de conductas señaladas en la norma, sin el lleno de los requisitos legales, puede ser catalogada como %urbanizador ilegalq. En ese sentido, la norma no discrimina entre la conducta de quien ocasionalmente parcela, urbaniza o construye sin licencia un predio (por pequeño que sea) de la de aquel empresario o negociante que,

---

<sup>35</sup> MUÑOZ NEIRA Orlando, urbanizaciones piratas: Su historia y su presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2004, Pág. 358

sistemáticamente, incumple la exigencia de urbanizar con licencia, con dotación de servicios públicos domiciliarios y la infraestructura necesaria para que la vivienda sea digna como si lo diferencia y delimita la legislación española y que, en el apartado siguiente, se expondrá con más detalle. Sin embargo, el párrafo de la norma en estudio se refiere a la conducta del servidor público que, por acción u omisión, diere lugar a la ejecución de los hechos señalados en los incisos 1º y 2º de la misma, por lo que, ahí si se trata de un sujeto activo calificado al que la norma exige una condición especial: tratarse de un servidor público.

En cuanto al sujeto pasivo, el titular del interés o bien jurídico tutelado es el Estado, por ser la persona moral de Derecho público en quien reside, de manera privilegiada, la titularidad del bien jurídico denominado "Orden económico social". Lo anterior, en razón al mandato constitucional que atribuye al Estado la dirección general de la Economía y la custodia del orden político económico, según lo prescrito en los Artículos 333 y 334 de la Constitución. A éste respecto, es preciso aclarar que, una vez entrada en vigencia la Ley 308 de 1996, se insertó el nuevo delito en el capítulo séptimo del título decimocuarto del libro segundo del Código Penal de 1980, dedicado a los Delitos contra el patrimonio económico, por lo que se trataba de un delito querellable. Esa catalogación que inicialmente hizo el legislador se mantuvo hasta el año 2001 en que entró en vigencia la Ley 599 de 2000, por la que se adoptó el Código penal que aún hoy en día nos rige y que reubico éste tipo penal en el Título X de los Delitos contra el

orden económico social, perdiendo esa característica de querellable. La Corte Constitucional tuvo ocasión de revisar la constitucionalidad de la catalogación inicial de querellable que se hizo del delito creado por la Ley 308 de 1996, determinando que ~~es~~ absolutamente claro que la intención del legislador al consagrar la conducta a que se refiere el Art. 367 A del Código Penal, fue la de proteger, simultáneamente, los intereses particulares de las personas afectadas por los urbanizadores ilegales y el innegable interés público, radicado en cabeza de las autoridades municipales, de ejercer una adecuada planeación, vigilancia y control del uso del suelo municipal, en aras del bien común. De ésta manera la ubicación del tipo penal dentro de los delitos contra el patrimonio económico, ordenada justamente por las expresiones demandadas en ésta causa, obedece simplemente a razones técnico-legislativas y no permite concluir que no se tutele, aparte del patrimonio de los particulares, el interés público concretado en la adecuada planeación urbana.<sup>36</sup> Con base en esa argumentación se declaró la constitucionalidad de la norma que, en su momento lo clasificó como delito querellable, pero luego, con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, dejó de serlo para pasar a ser investigable de oficio.

En cuanto a la conducta, el núcleo rector que determina el punible tipificado por el Artículo 318 del C.P. está constituido por un compuesto de actividades representadas en los verbos *adelantar, desarrollar, promover, patrocinar, inducir, financiar, facilitar, tolerar, colaborar o*

---

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-658 de Diciembre 3 de 1997, M.P. VLADIMIRO NARANJO M.

*permitir la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción, sin el lleno de los requisitos de ley.* Se trata, entonces, de diez verbos rectores, algunos de gestión activa tales como *adelantar, desarrollar y promover* que son propios del sujeto que lidera la urbanización; otros verbos que, como en el caso de *patrocinar, financiar, inducir y colaborar,* son atribuibles a la conducta de quien ayuda o contribuye a la ocurrencia del hecho y, finalmente, otros verbos que son de omisión contributiva tales como *facilitar, tolerar y permitir,* propios de quien tiene como misión el control de las urbanizaciones, como los servidores públicos con esas funciones. Al margen de lo anterior, es conveniente precisar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de Mayo 2 de 2001, precisó los alcances de la Ley 66 de 1968, Art. 11, y su Decreto modificatorio 2610 de 1979 frente a lo regulado por la Ley 308 de 1996, ya que en la demanda de casación se alegaba que con la entrada en vigencia de ésta última norma, lo dispuesto en el Art. 11 de la Ley 66 de 1968 carecía de existencia jurídica al quedar tácitamente derogado. Para resolver ese cargo la Corte entró a dilucidar si el tipo penal creado en la Ley 308 de 1996 e insertado en el Art. 318 del Código Penal excluyó del ordenamiento el establecido en el Art. 11 de la Ley 66 de 1968, para lo cual comparó los dos tipos penales para concluir que no se pueden confundir sus verbos rectores o las conductas de los dos tipos penales: Por eso mismo, no puede haber lugar a hesitación que la Ley 66 de 1968 y su decreto modificatorio, regulan aspectos diferentes de una misma actividad o de un mismo problema a los regidos por la Ley 308 de 1996, como que por aquellos se legisla sobre

la actividad de enajenación de inmuebles, mientras que por ésta, aunque referida en términos generales al problema de vivienda, se refiere a otro momento del mismo, no a la enajenación, sino a la división, parcelación, urbanización de inmuebles o su construcción. Siendo ello así, precisado que en efecto ambas normas regulan aspectos diversos de la misma actividad o problemática, la conclusión no puede ser otra que la extractada por la Delegada: «estamos frente a dos tipos penales complementarios pero distintos», por manera que no es posible afirmarse incompatibilidad entre dichas normas o que la anterior contraria a la nueva (õ )<sup>37</sup>.

En cuanto al objeto o bien jurídico amparado por el legislador en este tipo penal es el orden económico social, en tanto que, el objeto material protegido está constituido por la planeación urbana, el medio ambiente y la vivienda digna. En cuanto a los ingredientes especiales del tipo, el ingrediente normativo jurídico es la carencia de licencia de construcción o de urbanismo, en otros términos, el incumplimiento de los requisitos de ley para la ejecución de construcciones y urbanizaciones y, en lo que respecta a los ingredientes subjetivos, las conductas incriminadas en éste tipo penal solo son atribuibles a título de dolo, luego está excluida la posibilidad de comisión bajo la modalidad culposa. También es pertinente señalar que el tipo penal nos remite a unos requisitos legales que, por lo demás, no precisa y que debe ser completado con otras normas, permitiendo calificarlo

---

<sup>37</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Mayo 2 de 2001, M.P. Carlos Arturo Gálvez Argote

como un ejemplo de tipo penal en blanco. En efecto, el tipo penal del urbanizador ilegal es un tipo penal en blanco, en tanto, hay que salirse del Código Penal para consultar las leyes donde están consignados los requisitos para urbanizar o construir legalmente. Ese requisito legal al que se refiere el tipo penal es el contar con la respectiva licencia de construcción o de urbanismo expedido por autoridad competente, vale decir, el Curador Urbano, según está consignado en las leyes 9ª de 1989, modificada por la Ley 388 de 1997 y, a su vez, modificado por la Ley 810 de 2003, a las cuales ya hicimos mención en apartado anterior.

Por último, se destaca la revisión de constitucionalidad que hiciera la Corte Constitucional mediante Sentencia C-157 de 1997, por la cual se concluyó que la Ley 308 de 1996 no quebrantan principio ni precepto alguno de la Constitución, en tanto esa norma debe encuadrarse dentro de la finalidad que hace parte de la política criminal del Estado de dar respuesta a problemas muy extendidos en campos y ciudades colombianos: la invasión de tierras y edificaciones y la denominada urbanización pirata, es decir, la que se lleva a cabo sin cumplir los requisitos legales y sin la efectiva responsabilidad del urbanizador ante el Estado ni ante los compradores de finca raíz. Habida cuenta del daño causado por las señaladas conductas, el legislador decidió sancionarlas penalmente, lo cual no es sino el ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales. Al contrario de lo que dice el demandante, con las disposiciones contenidas en los preceptos objeto de proceso se preservan derechos consagrados en la Constitución, no

menos que la buena fe de quienes buscan adquirir el Derecho de dominio y se resguarda el Derecho de toda persona a una vivienda digna y de acceso paulatino a la propiedad de la tierra, siempre que tales opciones respeten el orden jurídico vigente.<sup>38</sup>

### **3.2.4.3 DERECHO COMPARADO: EXPERIENCIA ESPAÑOLA**

En el Título XVI del libro segundo del Código Penal Español, que trata de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente<sup>39</sup>, aparece el Capítulo Primero dedicado a los Delitos sobre la ordenación del territorio, en cuyo artículo 319 se estipula lo siguiente:

*1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos que hayan sido considerados de especial protección.*

---

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-157 de Marzo 19 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández

*2. Se impondrá pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.*

*3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.+*

La ubicación de éste tipo penal en capítulo dedicado a la ~~Or~~ordenación del territorio+ atiende al interés general de dar un uso adecuado a los recursos, posibilitando el desarrollo y la calidad de vida de los ciudadanos. En ese sentido, la ~~Or~~Ordenación del territorio+ encuentra su ubicación sistemática correcta entre los delitos contra el medio ambiente en un sentido amplio, a diferencia de la legislación penal colombiana que ubica estos delitos entre los que atentan el contra el orden socioeconómico, simplemente por las implicaciones especulativas que los mismos comportan. Una segunda diferencia que salta a la vista luego de contrastar la norma rectora penal de la legislación española en materia de control urbanístico frente al tipo penal contenido en el Art. 318 del Código Penal es la delimitación del sujeto activo a los promotores, constructores o técnicos directores y no a un sujeto indeterminado, en el que puede caber cualquier persona. En efecto, con la amplitud de las conductas contenidas en nuestra norma, sumado a la indeterminación comentada, cualquier persona que llegare a construir o urbanizar sin licencia podrá ser rotulado como



delincuente y más precisamente como urbanizador ilegal. En ese sentido, las ventajas de una redacción concreta y precisa como la española saltan a la vista, restringiendo la acción penal solo a responsables de la actividad urbanizadora propiamente dicha, aquellos sujetos que, precisamente, por el hecho de dedicarse profesionalmente a la construcción cuentan con una infraestructura y un potencial económico que implican mayores posibilidades de causar daño al bien jurídico protegido. Aunque, en honor a la verdad, en España la problemática del urbanizador pirata no reviste las dimensiones y complejidades que en nuestro medio representa, por lo que legislador colombiano, en el afán de ser lo más comprensivo posible, dejó tan ancho el tipo penal que cualquiera, en un momento determinado, podemos caber en él, comenzando por los funcionarios públicos que no puedan garantizar el ordenamiento urbano de las jurisdicciones a su cargo. A pesar de ello, forzoso es reconocer que en esa vinculación penal del servidor público que *facilite, tolere o permita* la acción del urbanizador pirata ambas legislaciones coinciden, aunque en la Colombiana la pena aplicable sea la interdicción de derechos y funciones por espacio de tres a cinco años, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, a diferencia del tipo Español que está contenido en el Art. 320 en los siguientes términos:

*% La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, será*

*castigado con la pena establecida en el Art. 404 de éste Código y, además, con la prisión de seis meses a dos años.*

*2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.+*

Resulta acertada tanto la concreta tipificación de los sujetos activos de los delitos contra la Ordenación del territorio como la elección del objeto protegido en éste tipo de infracciones: los suelos que merecen especial protección, ya que de éste modo se da cumplimiento al principio de intervención mínima del derecho penal, limitando éste tipo de sanciones a los ataques más graves contra la ordenación del territorio. A pesar de ello, los tratadistas Españoles no dudan en señalar la ineficacia implícita en éstos delitos urbanísticos: %Nuevamente nos encontramos con que la Ley, al introducir en el Código Penal los delitos que atentan contra la ordenación racional del territorio no ha incorporado los medios materiales y humanos necesarios para proteger adecuadamente éste bien jurídico. (õ ) las inspecciones de oficio de la legalidad urbanística, que serían las necesarias para perseguir de oficio las grandes infracciones, son absolutamente insuficientes, en gran medida por falta de personal, pero también de interés en la persecución; ésta suele ponerse en marcha a partir de las denuncias de los particulares, que, lógicamente, promueven la persecución de las infracciones que afectan a su intereses y que, por lo general, no son de gran envergadura . por

ejemplo, que el edificio contiguo construya más alturas de las permitidas de forma que afecte a las luces del edificio preexistente.<sup>39</sup> A pesar de esa falta de recursos, la prensa Española avisaba en años pasados de la creación de una Guardia Civil dedicada a la persecución del delito urbanístico con lo que da buena cuenta de la relevancia que éste tema tiene allí: «La Guardia Civil tiene a punto su plan para crear equipos especializados en la lucha contra la corrupción urbanística. El proyecto prevé la formación de un grupo de delitos urbanísticos, compuesto por una treintena de agentes encuadrados en la Unidad Central Operativa (UCO), el grupo élite del instituto armado contra la delincuencia organizada. Este núcleo central se completará con la creación de en sus 54 comandancias de Equipos Especializados en Delitos Urbanísticos, con 170 agentes en conjunto. La previsión es que los primeros equipos empiecen a funcionar a primeros de año de forma escalonada y que el primer escalón se establezca en tres provincias sacudidas por casos llamativos: Madrid, Murcia y Málaga. (õ ) Lo que era solo una idea ya está en proyecto y diseñado sobre el papel, aunque aún puede haber cambios. El objetivo es la detección y represión de los delitos urbanísticos, así como la investigación de las tramas relacionadas con cualquier delito que afecte a la ordenación del territorio.»<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> DOPICO GOMEZ.-ALLER, Jacobo. Derecho penal de la construcción; aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo. Granada, Ed. Comares, 2006, Pág. 29

<sup>40</sup> RODRIGUEZ, Jorge. La Guardia Civil combatirá el delito urbanístico y empezará en Madrid, Málaga y Murcia. [www.ELPAÍS.com](http://www.ELPAÍS.com), Madrid, Octubre 16 de 2006.

## **Capítulo 4. CRITICA Y ALTERNATIVAS**

### **4.1. FRACASO DEL CONTROL URBANISTICO PENAL.**

#### **4.1.1. Incumplimiento de los fines de la pena en el marco del estado Social de Derecho**

Ya hemos esbozado en éste trabajo la insuficiencia de las actuales herramientas legales, desde el Derecho Administrativo, para el ejercicio efectivo del control urbanístico. Frente a esa limitación se impone la pregunta por el papel que puede cumplir el Derecho penal en ese mismo ámbito. En el propósito de dilucidar el nivel de eficacia del tratamiento penal a la conducta del urbanizador pirata, debemos comenzar dando una mirada a los fines que se le han encomendado a la pena, en el contexto de un Estado Social de Derecho como el nuestro, según lo proclama el Artículo 1º de la Constitución Nacional. Para ese efecto, encontramos que nuestra codificación penal establece en su Artículo 4º las funciones que la pena deberá cumplir, entre ellas, la prevención (general y particular), retribución justa, reinserción social y protección al condenado.

Para determinar cual es la función más relevante que, hoy en día, se le encarga a la pena, hubo necesidad de recorrer un camino que, en principio, nos remitió a la simple expiación como fin del castigo impuesto. Esta idea, propia de los Estados absolutistas en donde existía plena identidad entre Dios, el Soberano y el Estado, se reduce a la fórmula de ojo por ojo, diente por diente. Luego vino la retribución que fue asumida como la función preponderante de la pena desde los

albores del capitalismo hasta tiempos recientes, reforzado por la acogida que dicha postura tuvo entre autores tales como Kant, Hegel, Carrara, Welzel, etc. Esta idea retribucionista devino hacia la prevención general, es decir, que la pena no se ha de agotar en sí misma como la simple irrogación de un mal, sino que, adquiere una finalidad externa como es el de persuadir al colectivo de abstenerse de cometer delitos. El fin preventivo de la pena se dividió desde un principio entre la mencionada prevención general y la prevención especial, siendo ésta última finalidad la que apunta, en concreto, al individuo objeto de la sanción penal, donde lo que se busca no es ya prevenir a la generalidad de la población, sino concretamente al individuo a fin de que no tenga futuras recaídas en el delito. Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido: %El fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; el fin retributivo se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y el fin resocializador orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas<sup>41</sup>.

La jurisprudencia que ha sentado la Corte Constitucional en este tema, ha apuntado a redimensionar los fines de la pena, sacándola del estrecho margen de la función puramente retributiva para confiarle un papel eminentemente preventivo pero, además, resocializador. Tal ha sido el énfasis que se ha dado a este último fin, que hoy en día se

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

asume como contraria a los derechos humanos una pena que no tienda a la resocialización del condenado, esto es, a su reincorporación a la sociedad.

En efecto, la ejecución de la pena en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, debe tener esencialmente una función resocializadora. Concebida ésta como garantía y centrada en la órbita de la autonomía del individuo, no consiste en la imposición estatal de un sistema prefijado de valores sino en la creación de las bases de un autodesarrollo libre y, en todo caso, como disposición de los medios y de las condiciones que impidan que la persona vea empeorado, a consecuencia de la intervención penal, su estado general y sus opciones reales de socialización. De esta manera, como garantía material del individuo, la función resocializadora de la pena encuentra su límite en la autonomía de la persona. Esta función no puede operar a costa de ella. La idea de resocialización se opone, ante todo, a penas y condiciones de cumplimiento que sean en esencia, por su duración o por sus consecuencias desocializadoras. Así es como en el marco del Estado Social de Derecho la dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad son los referentes para la interpretación de todas las medidas con vocación resocializadora. Ha dicho al respecto la Corte Constitucional:

En la actualidad se considera que las teorías tradicionales que buscaban justificar de manera absoluta las penas y el sistema penal están en crisis. Así, ni la teoría kantiana de la retribución, ni las

doctrinas utilitarias de la prevención frente a conductas consideradas socialmente dañosas permiten explicar, comprender y justificar plenamente la función que puede cumplir el sistema penal en una sociedad democrática fundada en los derechos humanos. Por ello la doctrina penal más avanzada considera que tal función sólo puede encontrar explicación en principios diferentes, que actúan en momentos diversos del ejercicio de la acción punitiva por el Estado. Así, en el primer momento, se considera que el Legislador define los delitos orientado esencialmente por consideraciones de prevención general, y secundariamente por principios retributivos. Conforme a tal criterio, la tipificación legal de hechos punibles pretende desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase). De otro lado, en la fase de imposición judicial de la pena a un determinado sujeto, en general se considera que el sistema penal debe operar con un criterio esencialmente retributivo, a fin de que, por razones de justicia, exista una proporcionalidad entre la dañosidad de la conducta, el grado de culpabilidad del agente y la intensidad de la pena. Finalmente, se considera como propio del Estado social de derecho que la ejecución de la sanción penal esté orientada por finalidades de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su

autonomía y dignidad puesto que, como se verá más adelante, es necesario armonizar estos valores.<sup>42</sup>.

Se refuerza ésta postura de la Corte Constitucional en otra de sus sentencias sobre el mismo tema, cuando advierte: «En un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (C.P. Art. 1º), la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad. (...) El objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. En ese orden de ideas sólo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual, además se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia.»<sup>43</sup>

Una vez se tuvo clara la preponderancia de la resocialización como función de la pena en el modelo de Estado adoptado por la Constitución del año 1991, en la sentencia T-153 de 1998 la Corte Constitucional se encargó de aterrizar ese postulado a la realidad Colombiana mediante un diagnóstico del incumplimiento del fin

---

<sup>42</sup> Corte Constitucional Sentencia C-592 de 1998, Salvamento de voto Magistrado Alejandro Martínez

<sup>43</sup> Corte Constitucional Sentencia C-144 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero



resocializador de la pena en nuestro medio, partiendo de un reconocimiento de esa situación y de sus orígenes, los cuales están dados por factores que van mas allá del problema de hacinamiento carcelario. Sin embargo, se señala a la sobrepoblación de los centros carcelarios del país como una vulneración grave de la obligación del Estado de brindar condiciones dignas de vida a los internos. A ese respecto la Corte reconoce que los presos duermen sobre el suelo, que los lugares destinados a actividades comunes y los propios baños se convierten en dormitorios, etc. También admite que el hacinamiento genera corrupción, extorsión y violencia, con lo cual se comprometen también los derechos a la vida e integridad personal de los internos. Es así como, en un lugar donde la demanda por una habitación es mucho más alta que la oferta y donde la guardia no está en capacidad de imponer el respeto a las normas establecidas, solo cabe esperar que se imponga la ley del más fuerte. Lo mismo aplica para los puestos de trabajo, recreación y capacitación, que, al ser escasos, se convierten en objeto de disputas, donde predomina la voluntad del más fuerte. En ese sentido, la Corte advierte la violación sistemática de los derechos de los reclusos, en los siguientes términos: %Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus Derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a

decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por el contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción<sup>44</sup>. Con dicho estado de cosas, abiertamente inconstitucional, la Corte ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia y al INPEC que adoptarán las medidas necesarias para que se cumpliera con el fin resocializador de las penas en las cárceles colombianas, sin hacer explícito cual era el plan de acción que se debía seguir. En las sentencias SU-559 de 1997 y T-068 de 1998 esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de Derechos fundamentales que tengan un carácter general, en tanto que afectan a multitud de personas y cuyas causas sean de naturaleza estructural, es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

( ò ) Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente al estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios

---

<sup>44</sup> Sentencia T-153 de 1998, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

colombianos (õ )+<sup>45</sup> En ese contexto, la eficacia de la criminalización de una determinada conducta estará dada, en principio, por el nivel de cumplimiento de los fines de la pena y, si no se cumple el de la resocialización, que se pregona como la principal función de la pena en un Estado Social de Derecho, de entrada resulta ineficaz cualquier política criminal orientada hacia la expansión del derecho penal. Entonces, ante el evidente incumplimiento de los propósitos que el legislador le atribuye a la penalización de conductas (hasta el punto que la Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas en la sentencia T-153 de 1998), y la desatención de la función primordialmente resocializadora que se le atribuye a las penas en el marco de un Estado social de derecho, ¿que tipo de finalidades espera el Estado que se cumplan con la sanción penal de conductas como la del Urbanizador pirata?. Para dilucidar ese interrogante debemos plantear, a su vez, la pregunta por la eficacia de la sanción penal en éstos casos y las funciones que terminan cumpliendo las normas que se dictan para quedarse escritas en el papel, lo cual abordaremos a continuación.

#### **4.1.2. La función simbólica de la sanción penal en éste tipo de conductas.**

El reto que le plantea al Estado el crecimiento anárquico de las ciudades, a partir de fenómenos como el de la falta de oportunidades

---

<sup>45</sup> Sentencia T-153 de 1998, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

laborales, la violencia imperante en las zonas rurales y el consecuente desplazamiento forzado, ha buscado resolverse a partir del efecto que produce en el conglomerado social la aplicación de penas privativas de la libertad. Mediante esa salida fácil, efectista y mediática, los órganos del poder público producen la impresión de estar solucionando el problema, cuyas causas son mucho más complejas y de las que no alcanza a dar buena cuenta el abordaje puramente criminal. De ahí que, la criminalización de conductas como la urbanización ilegal de terrenos, al pasar por alto el trasfondo económico, social y cultural que la sustentan, suele traducirse en una mayor desprotección de los intereses y bienes jurídicos que se buscan amparar. Por lo tanto, resulta pertinente la demostración de tales equívocos que permiten asimilar términos como %proteger+ con %penalizar+ en el marco de un enfoque criminológico, así como la formulación de alternativas al tratamiento punitivo de problemáticas como la aquí abordada.

La tendencia a la criminalización de conductas que atentan contra bienes jurídicos colectivos o intereses difusos, así como de aquellas con una lesividad irrelevante, representan la apuesta por una instrumentalización política del Derecho Penal, gracias a lo cual no se persigue, necesariamente, la eficacia de la norma, sino la apariencia de eficaz, generando la percepción de acción estatal frente a problemáticas complejas de origen económico, cultural o social. El inmediato y fácil efecto de apaciguamiento social que produce dicho mecanismo, se logra a costa del descrédito de la justicia, la banalización del Derecho y la impunidad propia de la consagración de

normas destinadas a no cumplirse. En un medio como el colombiano y respecto de un tema como el control al desarrollo urbanístico, el modelo expansivo del Derecho Penal no está llamado a resolver éste tipo de problemáticas, máxime cuando dicho ordenamiento no alcanza a dar buena cuenta de la protección de los bienes jurídicos personales, tales como la vida, la libertad o la integridad física. La tendencia a ocupar la atención del sistema penal en hechos o conductas indicadoras de problemáticas socioeconómicas no resueltas, es la expresión de una política estatal encaminada a soslayar las causas objetivas de la crisis social que, de llegar a resolverse a fondo, significaría grandes demandas presupuestales. En ese sentido, la tipificación penal del urbanismo informal no sería más que la manifestación de la instrumentalización de las leyes penales, en tanto, formalmente fue creada para atender una problemática social que impacta el orden económico y social, pero, en la práctica sus alcances son puramente simbólicos, más políticos que jurídicos, en el sentido de crear entre la población la percepción de que el Estado actúa contra esa clase de fenómenos y que protege a sus potenciales víctimas. Se trata, en últimas, de un Derecho Penal que no persigue la eficacia sino la apariencia de eficaz, con la finalidad de alcanzar una ficticia paz social<sup>46</sup>.

Sin embargo, el hecho que las leyes, especialmente las penales, estén vinculadas de una u otra forma a efectos simbólicos, no es en principio ningún reproche sino una obviedad, ya que, incluso las normas

---

<sup>46</sup> HASSEMER, Winfried. <Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos>., en Pena y Estado, Santiago, Editorial jurídica Conosur, 1995, páginas 23 a 36.

dictadas para ser eficaces también persiguen efectos simbólicos. Según la doctrina es algo obvio que al derecho penal y al ordenamiento jurídico en su conjunto se le ha reconocido cierta función simbólica, especialmente en cuanto a se refiere a la pretensión de motivar, de algún modo, a través de la ejemplaridad de la sanción. Pero lo que es propiamente el discurso de la legislación penal simbólica, la doctrina lo sitúa en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando se relacionan conminación penal y la necesidad de prevenir la futura comisión de delitos. Este *simbolismo* desarrolla su contenido a partir de investigaciones que . a partir del siglo XIX- analizan como la conminación legal tiene incidencia en factores de socialización como la moral o los convencionalismos. Se llega así a planteamientos que asocian a la legislación penal una tarea de promoción de valores ético-sociales, planteamiento al que contribuyeron especialmente las tesis de WELZEL.<sup>47</sup> En ese sentido, bien cabe una distinción entre dos tipos de funciones cumplidas por el Derecho Penal: las funciones manifiestas y las funciones latentes: las primeras equivaldrían a la función de protección del bien jurídico y son las que la norma alcanza con su formulación, mientras que las segundas serían aquellas que pretenden satisfacer la necesidad de apaciguar a la sociedad con el mensaje de que el estado <está actuando>. El problema, entonces, surgiría en el momento en que las funciones latentes predominen sobre las manifiestas, produciéndose la apariencia de eficacia. Y aquí introduce Hassemer un elemento muy clarificador, que es el del

---

<sup>47</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. El medio ambiente en la crisis del estado social: Su protección penal simbólica. Ed. Comares, Granada, 2006, Pág. 95.

<engaño>: Lo reprochable reside en que aquellas normas que el legislador crea con el fin exclusivo de pacificar a la sociedad, pese a saber que no van a satisfacer, o no lo harán suficientemente, las necesidades manifiestas del derecho penal.<sup>48</sup> %Simbólico+ será, entonces, el derecho penal en el que las funciones latentes o aparentes predominan sobre las manifiestas o reales. %Con ello se entiende por funciones manifiestasq llanamente las condiciones objetivas de realización de la norma, las que la propia norma alcanza en su formulación: una regulación del conjunto global de casos singulares que caen en el ámbito de aplicación de la norma, esto es, la protección del bien jurídico previsto en la norma. Las funciones Latentesq a diferencia, son múltiples, se sobreponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una <necesidad de actuar> a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte. La previsibilidad de la aplicación de la norma se mide en la cantidad y calidad de las condiciones objetivas, las que están a disposición de la realización objetiva instrumental de la norma. Una predominancia de las funciones latentes fundamenta lo que aquí denomino ~~engaño~~ ~~aparencia~~ los fines descritos en la regulación de la norma son comparativamente distintos a los que se esperaban de hecho.<sup>49</sup> En ese orden de ideas, ese ~~engaño~~ sería manifiesto en aquellos casos en que el legislador, de forma consciente, crea una norma de imposible aplicación con el

---

<sup>48</sup> DOPICO GOMEZ ALLER, JACOBO. Derecho Penal de la Construcción, aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo. Edit. Comares, Granada, 2006, Pág. 10.

<sup>49</sup> HASSEMER, Winfried. <Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos>., en Pena y Estado, Santiago, Editorial jurídica Conosur, 1995, páginas 23 a 36.

único objetivo de comunicar a la sociedad la sensación de que se está actuando, pero sin solucionar de fondo las causas del problema para el que se creó dicha norma. También podemos hablar de ~~engaño~~ en aquellos casos en que se crea una norma técnicamente aplicable pero a la que deliberadamente no se acompaña de los mecanismos necesarios para hacer efectivo su cumplimiento. En la medida en que toda labor legislativa debe ir acompañada de los medios materiales y humanos para hacerla efectiva nos encontraríamos con una norma que carece de los instrumentos necesarios para hacer efectiva su vigencia cuando se transgrede, con lo que sería una norma inútil: en este sentido nos hallaríamos ante un fraude y, por tanto, ante un derecho penal simbólico.

En un contexto como el Colombiano, donde los desafíos de la criminalidad son cada vez mayores como sofisticados son los medios para evadir la acción de la justicia, resulta particularmente peligroso que la respuesta estatal sea, simplemente, la de cultivar una sensación de peligro en el ciudadano, para que prevalezca el valor de la seguridad sobre el de la libertad. Se busca, en último término, una confianza en el sistema penal, reconociendo en la simple existencia de la norma penal o en su incremento punitivo una función de alivio, una falsa sensación de que el Estado, al emplear los instrumentos más contundentes con los que cuenta, ya está actuando en la protección de los bienes jurídicos. Lo anterior se pone de manifiesto, particularmente, en la obsesión del gobierno de Alvaro Uribe por volver a penalizar el porte y consumo de la dosis personal de estupefacientes, retrocediendo los avances que, al respecto, había hecho la Sentencia



C-221 de Mayo 5 de 1994, por la cual la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria, despenalizó el porte y consumo de la dosis personal (20 gramos de marihuana, 1 de cocaína y 5 gramos de hachis) con base en el principio del libre desarrollo de la personalidad. Para no ir tan lejos, también es representativa de la propensión a extender e intensificar los alcances del Derecho penal la Ley 1453 de Junio 24 de 2011, mejor conocida como Ley de Seguridad Ciudadana, gracias a la cual se introdujeron reformas al Código penal con el fin de sancionar con mayor rigor algunos crímenes ya existentes, se crearon nuevos delitos y se redefinieron otros. Por ejemplo, se crea el delito de disparo sin necesidad, la enajenación ilegal de medicamentos, la violación de derechos sindicales, la obstaculización de vías y la obstrucción y daño del transporte público, entre otros. Sin embargo, el aspecto de ésta reforma legislativa que más ha llamado la atención tiene que ver con la pena máxima de noventa años de prisión que se puede llegar a imponer a quien cometa el delito de tráfico de menores, en una de sus modalidades agravadas, con lo cual se contradice lo estipulado en el Art. 37 del Código Penal que desde 2004 fijaba en cincuenta años el límite máximo posible de la privación de la libertad. Con lo anterior se evidencia que ~~el~~ gobierno está convencido de la efectividad de uno de los mecanismos más antiguos, simples e ineficaces de política criminal: el de prolongar el tiempo de encarcelamiento. Si el anuncio de castigos más altos disuadiera a los potenciales infractores, la criminalidad debería haber disminuido de manera ostensible en Colombia durante los últimos cuarenta años, en los que la duración de las penas restrictivas de la libertad se han

sextuplicado; como las cifras indican todo lo contrario, alguien podría pensar que se recapacitaría sobre ésta forma de combatir a los maleantes; pero no, el gobierno piensa que el error está en no haber elevado lo suficiente las sanciones y por eso las ha llevado al límite de noventa años por un tiempo, mientras logra la aprobación de la cadena perpetua. (õ ) El actual gobierno tiene todavía la obligación de explicar cómo encajan reclusiones de noventa años y de cadena perpetua con su promocionada finalidad de resocialización<sup>50</sup>. Otro tanto podemos decir de la también reciente aprobación legislativa del proyecto de ley que castiga con penas de entre 1 a 3 años la discriminación por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o religiosa, sexo u orientación sexual y que, a la fecha de redacción de estas líneas, está pendiente de la sanción presidencial. Con ese proyecto de ley, en particular, se confirma el populismo legislativo que ha hecho carrera, gracias al cual se ofrecen leyes punitivas en reemplazo de políticas públicas completas en contra de la discriminación, las cuales son más exigentes y costosas para el Estado. Con éste tipo de fórmulas, tan en boga en nuestro medio, se desconoce que cuando el problema se origina en prejuicios sociales o creencias atávicas, como en el caso de la discriminación, la cárcel debe ser el último recurso después de ensayar formulas más afines con la naturaleza cultural de éste problema, incluyendo medidas administrativas y resarcitorias. Es así como, en vez de un compromiso decidido con una política pública integral sobre discriminación, el congreso de la república nos ofrece simple populismo punitivo. Sin

---

<sup>50</sup> REYES ALVARADO, Yesid. ¡Noventa años de prisión!, [www.elspectador.com](http://www.elspectador.com), Julio 7 de 2011.

embargo, los hechos son tozudos en demostrarnos el fracaso rotundo de ese fácil mecanismo de apaciguamiento social: así como el consumo de drogas no disminuye por la amenaza penal, tampoco la discriminación desaparecerá de la mente de los racistas y menos aún la oferta ilegal de lotes urbanos por parte de los urbanizadores piratas disminuirá mientras subsista el déficit de oferta legal de vivienda popular y las condiciones estructurales de pobreza y desplazamiento persistan, por más que se penalicen nuevas conductas o se incrementen las penas ya existentes. La razón para ello es que las problemáticas expuestas no encuentran solución en la persecución penal de sus protagonistas sino en la atención de las condiciones socio económicas y culturales que las auspician y les sirve de caldo de cultivo. De ahí que, mientras no se solucionen las razones objetivas de tales situaciones, mediante políticas públicas integrales y con recursos suficientes, persistirán las conductas penalmente reprochadas. Sin embargo, la lógica aplicada es la del menor esfuerzo y la del facilismo legislativo: expedir más leyes penales que se refieran, cada vez más, a un mayor número de situaciones sociales problemáticas, con lo que se ahorran recursos en la atención real de sus causas y se logra, de paso, un efecto mediático por el cual se satisface a la opinión pública ávida de soluciones a los problemas contemporáneos. Lo anterior nos lleva a pensar que, ante la demanda social de una intervención estatal contundente frente a problemáticas como las aquí planteadas, el acudir a la intervención penal simbólica es lo más rentable desde el punto de vista político. Se obtiene, entonces, una eficacia más política que jurídica, acorde con la insuficiencia de voluntad por solucionar de fondo

los problemas socio-económicos así tratados. El problema de éste empleo simbólico del Derecho penal no es tanto el de la atribución de éste tipo de funciones como su absolutización. Es decir, que el derecho penal se limite a esa función simbólico-política. Este miedo es perfectamente comprensible en el caso de conjuntos normativos con altísimo respaldo social y consiguiente rentabilidad política, como es el caso del derecho penal ambiental, que, paradójicamente, en la práctica resultan inaplicados y, por tanto, no vienen a tener más efectos que los simbólico-políticos. En las últimas décadas ésta forma de proceder ha supuesto un desplazamiento del centro de gravedad del derecho penal hasta el punto de amenazar con desnaturalizar la función esencial . aunque no exclusiva- de protección de bienes jurídicos y relegarla a una función exclusivamente simbólica de promoción social de valores.<sup>51</sup> La preocupación por el no funcionamiento de las sanciones penales referidas a conductas de mediano impacto social, como las que atañen al urbanismo y, en general, las que protegen bienes jurídicos colectivos, no es propiamente el hecho de que no funcionen sino que la existencia de esos tipos penales le sirven de excusa al Estado para despreocuparse en la búsqueda de medidas realmente eficaces y protectoras de dichos bienes jurídicos.

#### **4.1.3. La ineficacia de la criminalización de la conducta del urbanizador pirata como expresión de legislación simbólica**

---

<sup>51</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. El medio ambiente en la crisis del estado social: Su protección penal simbólica. Ed. Comares, Granada, 2006, Pág.97

La pregunta que se impone es la siguiente: ¿las características y perfiles de una utilización simbólica del Derecho resultan predicables del control urbanístico penal? La respuesta es sí. Para sustentar esa respuesta es necesario verificar la aplicación o efectividad del tipo penal contenido en el Art. 318 del C.P. Hoy nos encontramos en una situación en que las infracciones urbanísticas no se judicializan, a pesar que son miles los casos en que, a diario, se construye o urbaniza sin el lleno de los requisitos legales. De hecho, del total de 143.346 personas internas en los establecimientos carcelarios del país a Agosto 31 de 2011, solo cuatro de ellos se encuentran presos por el delito de urbanización ilegal, dos en calidad de sindicados y dos en calidad de condenados. Incluso, desde la entrada en vigencia de la Ley 308 de 1996, que amplió el catalogo de conductas asociadas al urbanismo ilegal como constitutivas de delito, hasta Diciembre de 2009 solo existían en las cárceles del país tres sindicados y cuatro condenados por ese delito, mientras que, un año después, a Diciembre de 2010 la cifra se había reducido a un sindicado y dos condenados.<sup>52</sup> Por otro lado, del total actual de reclusos del país, 39.990 se encuentran en calidad de sindicados y 103.356 ya están condenados. Los delitos por los que más personas se encuentran privadas de su libertad, hoy en día, son en su orden: Hurto (27.785), Homicidio (25.669), Fabricación, tráfico o porte de armas de fuego o municiones (20.712), Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (18.409), Concierto para delinquir (8.078), Extorsión (4.076), Actos sexuales con menor de 14

---

<sup>52</sup> Población interna en las cárceles del país por delito, Oficina Asesora de Planeación, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Oficio No. 7120-OFPLA-0758 de Sept. 12 de 2011

años (3.903), Fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (3.302) y Acceso carnal abusivo con menor de 14 años (3.051). Al mismo tiempo, los delitos que atentan contra el orden económico social, tales como el contrabando (1 recluso), usura (1 recluso), pánico económico (1 recluso), Ilícita explotación comercial (8 reclusos), exportación o importación ficticia (2 reclusos), destinación ilegal de combustibles (2 reclusos); y los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente tales como el Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables (2 reclusos), daños en los recursos naturales (2 reclusos), Contaminación ambiental (11 reclusos) son los de más baja efectividad en la protección penal, en términos de encarcelamiento de infractores. Lo anterior sin considerar que delitos de alta incidencia en nuestro medio tales como el Acaparamiento (Art. 297 C.P.) Especulación (Art. 298 C.P.), Uso ilegítimo de patentes, Violación de reserva industrial o comercial (Art. 308 C.P.), Explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales (Art. 338 C.P.) ni siquiera cuentan con un solo presidiario, a pesar de la frecuencia de su ocurrencia y que, desde hace años, constituyen conductas punibles.<sup>53</sup> De lo anterior se concluye que los bienes jurídicos más efectivamente protegidos son los que involucran intereses personales o individuales tales como el patrimonio económico, la vida, la libertad, integridad y formación sexuales, mientras que la seguridad y la salud pública son los bienes jurídicos colectivos que más eficazmente se amparan desde el ámbito penal. No ocurre lo mismo con los delitos contra el orden

---

<sup>53</sup> Población interna en las cárceles del país por delito, Oficina Asesora de Planeación, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, Oficio No. 7120-OFPLA-0758 de Sept. 12 de 2011

económico social y los que atentan contra los recursos naturales y el medio ambiente, los cuales arrojan cifras muy bajas de efectividad, en tanto, por esas conductas son muy pocos los reclusos que existen, en calidad de sindicados o condenados, en las cárceles del país. De ahí que, la escasa efectividad de ciertos tipos penales con bienes jurídicos supra individuales o difusos, como es el caso del Art. 318 del C.P., está determinada no solo por la reducida o nula aplicación de esas normas, a pesar de su frecuente ocurrencia y del impacto que esas conductas tienen en la afectación de los bienes jurídicos que se buscan proteger penalmente, sino también por el incumplimiento del fin resocializador de las penas. En virtud de ello, son muy pocos los procesados por esa clase de delitos y los que están en las cárceles por esas conductas no tienen garantizada la prevención especial y el efecto resocializador que, teóricamente, se espera cumpla la imposición de penas en un Estado Social de Derecho. En ese sentido, la criminalización de esas conductas y, en particular, la del urbanizador ilegal o pirata, resultan ineficaces por su inaplicación.

Las razones que explican dicha ineficacia comienzan por las deficiencias en la técnica legislativa que resultó en la redacción del tipo penal contenido en el Art. 318 C.P.: es tan ancho en cuanto a la selección de las conductas susceptibles de penalización que, cualquier sujeto puede incurrir en ellas y en la práctica, de tanto abarcar conductas el aparato judicial no termina procesando ninguna. A diferencia de la redacción de la norma equivalente en legislaciones como la Española, donde las conductas típicas en ésta clase de delitos solo las pueden realizar sujetos cualificados o profesionales de la

construcción, en nuestro país el tipo penal lo puede realizar cualquier sujeto que adelante, desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, tolere, colabore o permita la división, parcelación, urbanización de inmuebles sin el lleno de los requisitos de ley. La amplia cobertura de conductas recogidas en la norma, así como la indeterminación del sujeto activo de la misma condicionan, en buena parte, el fracaso de la política criminal referida a la protección de los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y, en particular, respecto al urbanizador ilegal, en tanto que, no particulariza ni la conducta ni el destinatario de la sanción penal, por lo cual, todos podemos ser potenciales infractores y, a la postre, ninguno o muy pocos habrán de ser los procesados o efectivamente sancionados, dada la cobertura universal a la que aspira el tipo penal y que no corresponde con la disponibilidad de recursos para la atención de dichos casos. En ese sentido, la jurisprudencia y la doctrina han insistido en la necesidad de que el Derecho penal sólo castigue las conductas más graves contra los intereses o bienes jurídicos más relevantes, lo que significa, en éste ámbito, que el círculo de sujetos activos debe limitarse a aquellos que, precisamente por su condición de constructores o urbanizadores de oficio o profesión, pueden llegar a causar mayores daños al ordenamiento urbano, excluyendo a otros sujetos que no representan ninguna amenaza al bien jurídico como, por ejemplo, los albañiles o maestros de una obra pequeña o mediana o aquel que los contrata. Al no estar determinado o precisado el sujeto activo de la conducta típica, no se excluyen como posibles autores de ésta infracción penal a los particulares que, por si solos, construyen una casa o encargan su construcción, sin el lleno de



los requisitos legales que prevé para el efecto el derecho administrativo-urbanístico. De esa manera se desconoce el principio de intervención mínima del derecho penal, en tanto, se persigue indiscriminadamente las conductas de todos aquellos sujetos que realizan cualquier tipo de construcción o intervención sobre el suelo urbano sin las respectivas licencias o permisos y no específicamente las de aquellas personas que, precisamente, por el hecho de dedicarse profesional o habitualmente a la construcción o a la urbanización, cuentan con una infraestructura y potencial económico que implica mayores posibilidades de causar perjuicios a la ordenación racional del territorio y, de contera, al orden económico y social que es el bien jurídico que se busca proteger.

Por lo demás, ésta clase de tipos penales con bienes jurídicos colectivos o difusos, dada su configuración técnico-legislativa, resultan problemáticos de cara a los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad. En efecto, la excesiva amplitud y vaguedad en la definición de las conductas delictivas y las remisiones extrapenales no suficientemente expresas son incompatibles con el principio de legalidad; mientras que la satisfacción de los principios de lesividad y culpabilidad no resulta completa por la dificultad de proceder a realizar una adecuada valoración y graduación de lo injusto, por lo que tampoco resulta sencillo aplicar una pena adecuada a la lesión del bien jurídico y al grado de culpabilidad del sujeto. Esas deficiencias en la formulación legal de estos tipos penales, evidencian la disfuncionalidad de un instrumento normativo que se adecua escasamente, de la forma en que se ha manifestado en los textos legales, al propósito de corregir

(a partir de sanciones penales) el desorden en el crecimiento y expansión urbana de nuestros municipios y ciudades. Basta con advertir uno de los principales problemas que existen en torno al tipo penal descrito en el Art. 318 del Código penal, como lo es el eventual cambio de la normativa urbanística. Si una edificación no autorizable es aquella que no puede obtener una autorización, ¿qué sucede cuando la normativa urbanística cambia y lo ilegal pasa a ser legal o, cuando menos, legalizable?. En éste punto, habría que entender que una modificación de la normativa urbanística en un momento posterior al de la comisión del delito urbanístico hace que la conducta que inicialmente era típica se convierta en una conducta atípica. En la medida en que la norma urbanística no es una norma penal sino administrativa, que influye en aquella en la medida en que condiciona la concurrencia de un elemento del tipo, la adecuación de una construcción o urbanización con la legalidad, cualquier cambio en esa normativa urbanística posterior a la realización de la conducta típica permite la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable.

#### **4.1.4. La antinomia entre el principio de intervención mínima y el modelo expansivo del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos colectivos.**

La ineficacia de la intervención del Derecho penal en el ámbito del control urbanístico, entendiendo por ineficacia la ausencia de virtud o

facultad para lograr un efecto+, está determinada por el desconocimiento del carácter fragmentario, subsidiario y de última ratio que, según la doctrina, se le atribuye a la intervención penal. En virtud de ello, el derecho penal no debería intervenir en la tarea de control urbanístico en tanto sea posible realizar ese control por otros medios, que resulten de menor lesividad social que las medidas penales. Lo mismo puede predicarse para los recientes objetos de protección penal, de características abiertamente opuestas a los bienes clásicos como la vida humana, la integridad personal o la propiedad. Se trata de bienes jurídicos que se describen como universales, difusos, macrosociales, colectivos y/o supraindividuales y como tales protegen, entre otros, valores como el orden económico-social, el medio ambiente, la protección de datos personales, la salubridad pública, el sistema contributivo, etc. Mientras los individuales son bienes jurídicos de los cuales es titular cada persona, los colectivos son asignados al conjunto de todos los individuos, por lo que solo respecto de los primeros tiene el individuo una libertad de disposición. La incorporación de esos nuevos valores a proteger penalmente, que solo de forma mediata tiene que ver con el individuo, plantean la tendencia hacia un Derecho penal que atiende cualquier valor con respaldo constitucional, dejando de ser la última ratio o un mínimo ético para pasar a ser considerado como un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales contemporáneos. Fundamentalmente, los llamados bienes jurídicos universales o difusos se han convertido en un tema crítico de la política criminal; éste desarrollo amenaza el concepto de bien jurídico y cambia el derecho penal preventivamente orientado

en una forma específica. Estos bienes jurídicos están formulados de una forma especialmente vaga y son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer. Se trata de la criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico: de la protección de la vida y la salud de las personas se pasa a proteger el bienestar de los hombres en un sentido puramente somático.<sup>54</sup>

Ya es casi un lugar común el afirmar que el derecho penal se ha caracterizado en las décadas recientes por su excesiva vocación expansiva, es decir, por intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal o por ampliar los supuestos típicos en ámbitos donde el Derecho penal ya intervenía con anterioridad. Se critica a éste modelo expansivo que con él se abandona el núcleo del Derecho penal mínimo, esto es, el dirigido a la protección exclusiva de los bienes altamente personales como la vida, integridad personal, etc. para pasar a un modelo cuyo objetivo sería el de ampliar la cobertura penal a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, más amplios e indeterminados. De ésta manera se produciría una ruptura con principios básicos del Derecho penal como los de intervención mínima y de última ratio. Esta corriente que aboga por un Derecho penal de intervención mínima no desconoce que, hoy en día, nos encontramos ante una sociedad más compleja con un creciente protagonismo de la criminalidad organizada, sobre todo de naturaleza económica y que es necesario dar una respuesta a éste problema, pero niegan que sea el Derecho penal quien deba aportarla, no solo porque existen para ello

---

<sup>54</sup> HASSEMER, Winfried. <Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos>., en Pena y Estado, Santiago, Editorial jurídica Conosur, 1995, páginas 23 a 36.

otros instrumentos jurídicos más apropiados, que resolverían de forma suficiente y satisfactoria éste problema, sino porque se estaría simplemente respondiendo a una demanda de seguridad de la sociedad, a menudo creada e incrementada por los medios de comunicación. En últimas, propugnan por un derecho penal que solo intervenga cuando sea estrictamente necesario, evitando la utilización de las normas penales como instrumentos para conseguir efectos políticos inmediatos, restringiendo su aplicación mediante un carácter fragmentario (protección exclusiva de los bienes jurídicos más importantes y solo ante los ataques más graves) y de subsidiaridad o de última ratio (intervención penal sólo cuando el resto de los instrumentos jurídicos resulten insuficientes). A éste respecto, bajo el principio de última ratio, cabe preguntarse: si el ordenamiento jurídico ya interviene administrativamente la actividad urbanizadora, ¿Por qué recurrir al Derecho penal? Una primera respuesta podría alegar que la experiencia previa a la intervención del derecho penal muestra la insuficiencia del control administrativo. Sin embargo, ésta salida obviaría que el problema de la ineficacia del control urbanístico persiste aún con la intervención penal, por lo que, igualmente, podría afirmarse que la intervención penal no es eficaz y, por lo tanto, no está justificada. Frente a éste planteamiento, centrado en la noción de eficacia, algunos autores han afirmado que el principio de última ratio ha de entenderse en términos de eficiencia y no de eficacia: ~~Esto~~ Esto quiere decir que el derecho penal estará legitimado para actuar en aquellos casos en los que sea previsible que su intervención, tras considerar los costos y los beneficios, arroje un saldo positivo, sin que

sea necesario que solucione un problema y sin que solucionarlo justifique su uso. En el caso de la intervención en el ámbito que nos ocupa y a falta de información empírica fiable, corresponde determinar cuales son los efectos previsibles de la intervención penal y ver si superan dicho cedazo. Existe una elevada probabilidad de que la disuasión lograda por otro tipo de medidas sea insuficiente y de que el Derecho penal, bien construido, pueda ofrecer un relevante efecto preventivo adicional (lo que los criminólogos denominan «disuasión marginal»). Ello es así por las siguientes razones: Toda intervención en la conducta de los sujetos basada en la imposición de consecuencias negativas debe considerar que el poder disuasorio de las sanciones no depende únicamente de su gravedad, sino también (y según muchísima evidencia, de modo predominante) de la probabilidad de que sean impuestas.<sup>55</sup>

#### **4.1.4. El manejo de la política criminal**

Sólo una cierta experimentación social muestra si la criminalización es idónea para garantizar la protección de un determinado bien jurídico, pues, en muchos casos esas estrategias punitivas son totalmente contraproducentes. Es necesario, entonces, conferir un margen de maniobra a los órganos políticos para que cumplan su deber de proteger determinados bienes y derechos constitucionales con distintas

---

<sup>55</sup> DOPICO GOMEZ ALLER, JACOBO. Derecho Penal de la Construcción, aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo. Edit. Comares, Granada, 2006, Pág.325.

estrategias, entre las cuales pueden incluir, en determinados casos y dentro de ciertos límites, la penalización de conductas. Por ello, considerar que se debe penalizar todo atentado a esos bienes jurídicos, introduce una rigidez perjudicial en la elaboración de la política criminal del Estado Colombiano. Ya que no existe un modelo único en materia criminal y los delitos no son realidades naturales sino creaciones sociales y jurídicas, en determinados momentos se puede pensar que la criminalización del contrabando, por ejemplo, es una política adecuada, pero en otras coyunturas, por el contrario, se puede concluir que esa estrategia es negativa porque no alcanza resultados adecuados y es muy costosa, en términos de corrupción y de los recursos destinados para su persecución. Igualmente, en ciertos momentos, la sociedad puede considerar que el aumento de la pena de homicidio es indispensable, pero en otros momentos puede considerar que es una mejor política disminuir la punibilidad a esa conducta a fin de favorecer la resocialización de los delincuentes. Por ende, no existiendo un modelo único en política criminal, la definición de los delitos y las penas corresponde al órgano de representación popular por excelencia, esto es, al Congreso, donde se supone que el debate democrático permite depurar y mejorar estas políticas criminales. Esa es precisamente una de las razones esenciales de la democracia: que la discusión pública entre diferentes perspectivas y diversas opiniones produce mejores políticas que los diseños efectuados por expertos a puerta cerrada. De esa manera, las políticas criminales resultan más legítimas, pues cuentan con un verdadero consenso social y democrático, ya que son fruto, no de la

voluntad discrecional del Gobierno o de la labor interpretativa de los jueces, sino del debate público y del acuerdo mayoritario de las fuerzas sociales y políticas representadas en el congreso. Esa legitimidad confiere, a su vez, mayores probabilidades de que esas políticas sean eficaces y produzcan resultados adecuados, puesto que cuentan con una aprobación ciudadana mayoritaria.

Sin embargo, ese debate público en el escenario democrático por excelencia, como lo es el congreso, no es suficiente para la producción de una política criminal que ofrezca salidas eficaces a las problemáticas sociales que se someten a la tutela del Derecho penal. Reducir la intervención del Derecho penal como última ratio al mínimo indispensable para el control social es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador colombiano, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Lamentablemente, la tendencia reciente apunta a la promulgación de leyes de características meramente simbólicas, cuya eficacia es nula. La actividad delictiva supone un peligro para los intereses de la ciudadanía y por ello, requiere soluciones reales, no simplemente simbólicas, toda vez que no resulta suficiente la emisión formal de leyes para solucionar lo que ocurre en los hechos. En las propuestas formuladas legislativamente a los problemas sociales contemporáneos, recogidos en la legislación



penal como delitos con bienes jurídicos difusos o colectivos, se encuentra, como común denominador, un tipo de soluciones que no van más allá de un efecto simbólico, como mecanismo para tranquilizar a la población aunque, de antemano, se sabe que no van a generar los efectos deseados y programados a nivel abstracto en virtud a una ineficacia debida, entre otras razones, a la carencia de recursos materiales necesarios para poner en marcha las disposiciones contenidas en la misma Ley. En otros términos, puede ocurrir que la ley contenga una regulación dirigida a la obtención de tal o cual resultado, pese a que las ciencias sociales demuestren la incapacidad del instrumento legal para alcanzar, justamente, ese resultado esperado.

## **4.2. POSIBLES SALIDAS**

### **4.2.1 Respecto al tratamiento penal a ésta conducta**

Si se comparan las actividades constitutivas de infracción urbanística administrativa y penal, resultan ser las mismas: parcelar, urbanizar o construir inmuebles sin licencia. Por la especial lesividad social de los instrumentos jurídico-penales y la coexistencia de los mismos con mecanismos menos lesivos como los administrativos, la intervención penal se debería dar solo frente a algunas modalidades de la misma conducta y las reservadas a ella deberían ser, necesariamente, más graves que las que se reservan al orden administrativo. Por lo tanto, nuestra propuesta se enmarca dentro de un modelo de intervención mínima del derecho penal, que excluya la sanción penal de éste tipo de

conductas o, al menos, que la reserve a las conductas de aquellos sujetos que están en posibilidad de afectar en mayor medida el bien jurídico que se pretende amparar, tal y como es el caso de los grandes constructores y urbanizadores.

El debate propuesto respecto de la utilidad o eficacia de una determinada norma, en éste caso la penal cuando aborda nuevos ámbitos, encuentra una salida al determinar el grado de satisfacción de las finalidades que se esperaba cumpliera la tipificación de la conducta, como medida de la legitimación de la intervención penal. En ese sentido, la respuesta al problema de ineficacia de la intervención penal en éste tipo de conductas reside en una ponderación entre los beneficios que proporciona la pena y el costo que la misma comporta. Así las cosas, por beneficio ha de entenderse el mantenimiento de la norma que protege al bien jurídico, mientras el costo será la mayor o menor sanción que se impone a quien atenta contra el bien jurídico. En el supuesto de que el Derecho penal intervenga en una nueva materia o de que lo haga en una mayor intensidad en un ámbito ya regulado penalmente con anterioridad, habrá de valorarse, por un lado, tanto el costo de la persecución de la infracción como el costo de que se estén restringiendo más derechos del infractor al incluir un procedimiento y una infracción penales y, por otro, el beneficio que se pretende obtener al penalizar determinados comportamientos. Lo que se busca con esto es obtener un equilibrio entre ambos parámetros: el beneficio de la aplicación eficaz de la norma y el costo que implica toda intervención penal. Respecto de lo primero, hemos probado ya la ineficacia de éste tipo de normas por su inaplicación, de lo que se concluye que la simple

existencia de tales tipos penales no reporta ningún beneficio al orden socio económico que se busca proteger, en tanto que, respecto de lo segundo, el costo de la eventual aplicación efectiva de la norma penal resulta demasiado alto para quien resulta sancionado por ésta clase de conductas, ya que el tránsito, así sea pasajero, por las cárceles colombianas, antes que producir un efecto resocializador termina ocasionando un efecto contrario, dada la condición de escuelas del crimen que ostentan la mayoría de ellas.

La clave, entonces, reside en qué ha de entenderse por eficacia. Y para abordar ésta cuestión es necesario deslindar ese concepto del mero simbolismo tranquilizador de conciencia o de una maniobra populista y, a partir de ahí, circunscribir su análisis a la concreta propuesta legislativa, a la concreta normativa, pues solo de éste modo podremos saber qué efectos pueden o no ser alcanzados y que se está sacrificando con ello. En el ámbito del control urbanístico que nos ocupa, dicha evaluación supondrá un análisis tanto de los problemas con los que se encuentra el derecho administrativo para hacer frente a las infracciones urbanísticas, como de las posibles soluciones que se pueden plantear sin abandonar ésta rama del ordenamiento legal.

Si lo hasta aquí expuesto arroja como resultado de que el actual control urbanístico administrativo no es suficiente para hacer frente a las masivas infracciones urbanísticas, la solución no es acudir, de modo sustitutivo o complementario, a la intervención penal. Si optamos por mantenernos dentro del Derecho administrativo sancionador, la manera de ejercer el control al desarrollo urbanístico pasaría por el diseño de una respuesta satisfactoria al problema planteado, que implique una

mayor certeza en la imposición y ejecución de la sanción administrativa. Es necesario que, ante cada infracción urbanística se imponga con certeza la sanción y, una vez impuesta, se ejecute sin excepción. Hemos visto que los recursos existentes en la actualidad no son suficientes, lo que impone una dotación suficiente de medios materiales y humanos, lo que significa proporcionar una mayor y mejor infraestructura a nivel municipal y de las localidades en Bogotá, tanto para dar cauce a las nuevas quejas o denuncias que se producen, como para el impulso procesal de los casos ya abiertos, afinando el ejercicio oficioso de las diligencias de inspección y vigilancia de las construcciones y urbanizaciones, además del efectivo cumplimiento de las ordenes de demolición de las obras que infringen la legalidad urbanística.

Por otro lado, se debe diseñar un bien jurídico que no contribuya al simbolismo de la intervención penal. Si bien el sencillo proceso de legislar penalmente en materia urbanística, como en los demás que involucran bienes jurídicos colectivos, es políticamente muy rentable, en tanto se entiende como un supremo esfuerzo del Estado al emplear el instrumento más contundente con el que cuenta; resulta peligroso porque, a la postre, termina excusando la adopción de medidas más eficaces pero, quizás, más impopulares y costosas que éstas. Se acusa al Derecho penal urbanístico de haber sobredimensionado las funciones simbólicas del derecho penal, prestándolo para el cumplimiento de unos propósitos más políticos que jurídicos. Para superar ésta situación es necesario subrayar que, aunque el Derecho penal proteja bienes fundamentales para la convivencia social, ello no

implica, ni mucho menos, que deba proteger todos los bienes fundamentales de la sociedad y, menos aún, que la intervención penal sea necesaria para reconocer la fundamentalidad a un interés o valor. El ordenamiento urbano y, en general, el orden económico social no pierde relevancia porque no se intervenga penalmente en su protección, en cambio si la pierde cuando su protección es más simbólica que real. El concepto de bien jurídico aporta bastante más a una delimitación negativa de la intervención penal -en el sentido de informar sobre lo que no puede ser objeto de protección jurídico-penal-, que a la delimitación positiva de la misma. En cada sociedad los bienes jurídicos protegidos penalmente han sido entendidos por la doctrina como los valores más representativos de la misma. El problema es que en las últimas décadas parece haberse llegado a un punto en que todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social puede considerarse un bien jurídico. Como consecuencia de ello, en un sistema intervencionista como el del Estado Social de Derecho, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es prácticamente nula. Se atribuye al derecho penal una supuesta capacidad de promocionar valores sociales entrando en una peligrosa dinámica. Se ha querido conseguir a través de éste criterio una legitimación incuestionable de la intervención penal en determinados ámbitos, pero no por la específica necesidad de protección que debía satisfacerse sino por la necesidad de reconocer, a través de la protección penal, la fundamentalidad de un valor concreto y el lugar que ocupa en la escala de valores sociales, permitiendo un abuso de las funciones simbólicas

del derecho penal.<sup>56</sup> Parecer haberse perdido de vista que el bien jurídico no es un concepto exclusivamente jurídico-penal. Al afirmar que el Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos, no puede traducirse en que solo el Derecho penal protege tales bienes. La duda respecto de valores tales como el ordenamiento urbanístico y el orden económico social no es si ha de intervenir jurídicamente en su protección o no, sino que instrumentos jurídicos son los más adecuados para ese efecto.

#### **4.2.1.1. Descriminalización y Desjudicialización.**

Se propone, entonces, mantener el control urbanístico dentro del marco del Derecho Administrativo, aunque rediseñando sus mecanismos, tal y como se señaló con anterioridad. Para ello se debe adoptar la descriminalización de las conductas respecto de las cuales la protección del bien jurídico pueda ser asumido o reforzado desde ámbitos no penales, tal y como es el caso de la urbanización pirata o ilegal. La descriminalización de dichas conductas es un objetivo inmediato y debe enmarcarse dentro de los postulados de las vertientes minimalistas que se inscriben en la corriente conocida como *criminología crítica*. En efecto, se debe partir del retiro inmediato de la intervención del sistema penal de muchos comportamientos que hoy se manifiestan en la sociedad, para que dicho sistema se mantenga solo

---

<sup>56</sup> ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. El medio ambiente en la crisis del estado social: Su protección penal simbólica. Ed. Comares, Granada, 2006, Pág. 381.

como respuesta a un reducido número de conductas, cuya dañosidad sea socialmente trascendente, con lo cual el sistema penal ganaría en efectividad lo que perdería en cobertura, al poder dedicar su tiempo y escasos recursos a la protección de bienes jurídicos trascendentes o relevantes, siendo éstos aquellos que solo pueden protegerse mediante la amenaza penal. En este sentido se pronuncia Zaffaroni al decir que ~~Es~~ es obvio que la reducción de la intervención penal por la vía de la descriminalización, (...) es uno de los caminos que posibilitan la disminución de la violencia del sistema penal, pero que siempre que la renuncia a la intervención del sistema no sea un recurso formal para restar materia a la agencia judicial y aumentar el poder de las otras agencias. Debe tratarse de la renuncia a la intervención punitiva en la forma de real renuncia al modelo punitivo ónticamente considerado. La táctica de la progresiva disminución de la intervención penal, sólo debe ser admitida en la medida en que los conflictos se sustraigan a la programación descrita por el modelo penal, para proporcionarles otra solución por la vía de un modelo diferente de solución de conflictos (reparación, conciliación, etc.) o para dejarlo librado a instancias informales, pero jamás en el caso en que únicamente se suprimiera la intervención de la agencia judicial o las garantías del derecho y procesos penales y en la realidad se siga aplicando un modelo primitivo con una pena en sentido óntico<sup>57</sup>.

Se trata de reducir parcialmente las figuras delictivas o de efectuar cambios que reduzcan cualitativa y cuantitativamente la violencia

---

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico penal. Ed. Temis, Bogotá, 1990, Capítulo IV, Pág. 142

punitiva. Lo anterior es resumido por Alessandro Baratta cuando afirma: «La estrategia de descriminalización significa así mismo, la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes y todavía más, el comienzo de otros procesos de socialización del control, de la desviación y de privatización de los conflictos, en la hipótesis de que ello sea posible y oportuno. Más la estrategia de la descriminalización significa, sobre todo, la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación.»<sup>58</sup>

En ese mismo sentido, Oscar Sarrulle señala «Las responsabilidades actuales del sistema de justicia penal son tan variadas y extensas que resulta imposible cumplirlas todas en forma satisfactoria, por eso parece conveniente eliminar las menos importantes concentrando la atención en los problemas vitales. De allí la necesidad de plantear dudas tanto acerca de si es razonable la reacción penal frente a conductas que no representen peligros tangibles para los valores sociales, como respecto de si es conveniente restringir la libertad individual en casos en los que no sea de absoluta necesidad.»<sup>59</sup>

Bajo la perspectiva de autores que abogan por la reducción al mínimo de la intervención penal, el delito no es una cualidad ontológica de determinados comportamientos y de ciertos individuos sino que se revela como un status asignado a ciertas personas por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente y de los comportamientos ofensivos a estos bienes

---

<sup>58</sup> BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y Crítica del derecho penal. Introducción a la Sociología jurídico penal. Ed. Siglo XXI, Ciudad de México, 1986, capítulo XV, Pág. 215.

<sup>59</sup> SARRULLE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal. Abolicionismo o justificación. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, Capítulo III, Pág. 63.



configurados en los tipos penales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen infracciones a las normas sancionadas penalmente. De ahí que la criminalidad sea un bien negativo distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses fijada en el sistema socioeconómico y según la desigualdad social entre los individuos. Así las cosas, la definición de delito, se elabora con base en una conducta humana preexistente, que en principio no es ni buena ni mala y que solo hasta cuando la norma penal la tipifica adquiere un valor negativo o de ilícito penal. Por lo anterior, se puede afirmar que el delito no tiene una existencia *per se* sino que es el resultado de un ejercicio de definición por el sistema. El delito no tiene un carácter ontológico, pues sólo existen conflictos arbitrariamente seleccionados. Según lo anterior un comportamiento humano solo es delictivo a partir del momento en que es calificado como tal por el sistema. No hay nada en la naturaleza intrínseca de los hechos que permita, de antemano, reconocer en ellos un carácter positivo o negativo, legal o delictivo. Así las cosas, estos conceptos acuñados por el sistema penal son decididamente arbitrarios, pues están regulados según la clase de bien o interés protegido y estos, a su vez, lo han sido según los intereses o la ideología de quienes ostentan el poder de definición. Así lo pone de presente Emiro Sandoval Huertas, cuando advierte el profundo desequilibrio existente en el respaldo penal dado por el legislador a ciertos intereses o bienes jurídicos, especialmente el de la propiedad. Desequilibrio en el sentido que, de una parte, no hay ninguna protección penal cuando está de por medio la fuerza de trabajo como propiedad vendible a cambio de un

salario pese a que para bastos sectores de la población es la única propiedad que poseen; (...) pero, de otra parte, la tutela está exagerada respecto de muchos de los demás objetos susceptibles de ser considerados como propiedad privada.<sup>60</sup>

Lo anterior nos remite a la idea de que las penas se forman y aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existentes y que incluso ejercen también una función activa de reproducción de las relaciones de desigualdad. En primer lugar, la aplicación selectiva de las acciones penales estigmatizantes, especialmente la cárcel, es un mecanismo supraestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad, influyendo negativamente para que los individuos pertenecientes a los estratos más bajos reduzcan su posibilidad de ascenso social. En segundo lugar, y esta es una de las funciones simbólicas de la pena, el hecho de castigar solo ciertos comportamientos ilegales sirve para encubrir un número más amplio de actividades ilícitas que permanecen inmunes al proceso de criminalización y que sirven de base para la llamada *%cifra negra u oculta de la criminalidad+*. Para explicarla, Sandoval Huertas se refiere a *%aquellos comportamientos que supuestamente han afectado bienes jurídicos tutelados penalmente pero que, no han sido registrados como hechos punibles y, por lo tanto, tampoco han sido judicialmente declarados como tales.+*<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Sistema penal y criminología crítica: El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica. Ed, Temis, Bogotá, 1985, Pág. 33

<sup>61</sup> SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Sistema penal y criminología crítica: El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica. Ed, Temis, Bogotá, 1985, Pág.69

Es necesario, entonces, desmontar el modelo expansionista del Derecho penal, ya que, por esa vía terminamos arribando a una situación de hipertrofia legislativa caracterizada por la excesiva jurisdiccionalización de los conflictos, con lo cual se desconoce el carácter de *ultima ratio* que debe guiar al derecho penal. En efecto, el derecho penal es la última de las instancias a la que se debe acudir para la solución de los conflictos sociales, sin embargo, en nuestro medio, está comprobado que la criminalización es uno de los mecanismos más recurrentemente utilizado por el Estado para la solución de los problemas sociales, que en la mayoría de casos se origina en su falta de intervención, pero en términos de asistencia e inversión social. Esa excesiva jurisdiccionalización de los conflictos tiene su expresión más pura en la vana pretensión de regular todos los aspectos y posibilidades del *mundo de la vida* de las personas mediante leyes y normas. Gracias a ello nuestros legisladores pasan por el tamiz del sistema penal una conducta como la del urbanizador pirata que perfectamente podría ser controlada desde el ámbito administrativo o civil, si se refinaran los mecanismos para ello.

#### **4.2.1.2. Derecho alternativo y uso alternativo del derecho.**

Otra de las alternativas a ensayar para hacerle frente a éste tipo de conductas de bajo y mediano impacto social, luego de que se excluya de ellas la intervención penal, es el acudir al uso alternativo del Derecho, del cual una buena parte de los autores inscritos en la

corriente de la Criminología crítica coinciden en catalogar como un instrumento jurídico y metajurídico, recuperador de espacios sociales de decisión al interior de la comunidad, con los que se pretende proyectar y realizar una cultura y una práctica judicial diversa a la cultura tradicional del derecho penal como instrumento de dominación, sin romper la legalidad establecida. En efecto, Luis Fernando Vélez Gutiérrez plantea que ésta herramienta <sup>62</sup> representa una actitud orientada a la extensión de las posibilidades democráticas previstas en el ordenamiento jurídico, extensión que no puede ser sino a través de la vía interpretativa, con el funcionario judicial como principal protagonista.<sup>62</sup> Por su parte, el Derecho alternativo tiene la pretensión de construir un nuevo modelo explicativo de la juridicidad que altere el actual y sirva para el futuro. Tiene como punto de partida la <sup>63</sup> constatación de una crisis en los paradigmas jurídicos actuales, motivada básicamente por su ineficacia e insuficiencia en las actuales sociedades capitalistas, especialmente en las periféricas. Por ello, plantea el agotamiento y la superación de los paradigmas científicos y dogmáticos de base liberal sobre los que se han erigido el positivismo y el formalismo jurídico.<sup>63</sup>

La postura ideológica del movimiento alternativista parte de un referente teórico principal: El pluralismo jurídico. Esa categoría es definida por Maria de Lourdes Souza como <sup>63</sup> la multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio

---

<sup>62</sup> VELEZ GUTIERREZ, Luis Fernando. Derecho Penal, uso alternativo del derecho y postmodernidad. Ed. Forum Pacis, Ibagué, 1996, Cap. IV, Pág. 33

<sup>63</sup> SOUZA, María de Lourdes. El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil. Ed. Universidad Nacional de Colombia Fac. de Derecho-ILSA, 2001, Capítulo III, Pág. 283

sociopolítico, interactuadas por conflictos y/o consensos, pudiendo ser oficiales o no, y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales<sup>64</sup>. La idea sobre la cual se funda el Pluralismo Jurídico, inspirador de las posturas que pregonan el uso alternativo del derecho, según la cual no existe una única fuente de producción normativa sino múltiples, plantea la necesidad de reconocer la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos (o formas alternativas de normatividad) no siempre armónicos o compatibles.

Sin embargo, lo hasta aquí expuesto no puede ser interpretado como la apuesta por una desaparición total del sistema penal, toda vez que somos concientes que, en un medio como el Colombiano, la conminación penal es la única forma de hacer frente a la amenaza de valores esenciales como el de la vida, la libertad, la seguridad y salud públicas, entre otros. Lo propuesto aquí apunta a la progresiva disminución del campo de acción del Derecho penal, comenzando por aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos colectivos y difusos, como el orden económico social que se busca amparar con medidas como la criminalización del urbanizador ilegal. En ese mismo sentido se manifiestan autores como Oscar Sarrulle, para quien la supresión lisa y llana del sistema jurídico penal traería mayores problemas que la operación de un sistema definido por una característica esencial, cual es que el ejercicio del poder punitivo del Estado se halle, por así decirlo, encorsetado por un plexo de garantías

---

<sup>64</sup> SOUZA, María de Lourdes. El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil. Ed. Universidad Nacional de Colombia Fac. de Derecho-ILSA, 2001, Capítulo III, Pág. 288

que aseguren el ejercicio de la libertad, limitando el ejercicio del poder. De desaparecer el sistema jurídico penal en éste estadio de la civilización, se correría el severo riesgo de consagrar la fórmula que marca la serie agresión-venganza-agresión, o bien que, para prevenirla, se transforme a la sociedad en un gran panóptico. No creemos posible la devolución del conflicto a la víctima; por el contrario, pensamos que, en general, el delito connota algo público.<sup>65</sup>

En un sentido similar se pronuncia Luís Fernando Vélez, cuando objeta la aplicación de dichas posturas abolicionistas en el medio Colombiano: %En Colombia hoy existen herramientas jurídicas que permiten la práctica alternativa, obviamente no del contexto histórico en que tuvo su origen, sino como un método de interpretación decantado, más pulido, pluralista, integracionista y no excluyente. Es necesario que se continúe con los mecanismos diversos, que se utilice el dialogo como alternativa máxima del derecho ( ò ). En Colombia es imposible hacer un uso alternativo extremo del derecho penal, como algunos lo quieren plantear, ya que sería una utopía, pues existe la necesidad de utilizar el sistema penal, en contra de algunas fuerzas generadoras de violencia que desafían las instituciones y al derecho mismo<sup>66</sup>.

## **4.2.2. Respecto del fenómeno socioeconómico**

### **4.2.2.1. Metrovivienda y Banco de tierras**

---

<sup>65</sup> SARRULLE, Oscar Emilio. La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal. Abolicionismo o justificación. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, Capitulo III, Pág.62

<sup>66</sup>VELEZ GUTIERREZ, Luis Fernando. Derecho Penal, uso alternativo del derecho y postmodernidad. Ed. Forum Pacis, Ibagué, 1996, Cap. IV, Pág.4

La salida al fenómeno socio económico que alimenta la ocurrencia de las conductas del tipo penal contenidas en el artículo 318 del código penal, necesariamente pasa por la toma y control del mercado de la tierra urbana por parte del Estado, mediante el aumento de la oferta oficial de Vivienda de Interés Social, acompañada de una fuerte regulación administrativa de la oferta privada. A ese dominio del mercado por parte de la oferta pública u oficial de VIS no se ha de llegar por vía de la persecución penal de la competencia informal sino a partir de un mejoramiento cuantitativo y cualitativo de la oferta Estatal. En ese propósito, se deben fortalecer programas públicos como el del Banco de tierras, que no es otra cosa que una estrategia pública que busca generar suelos hábiles destinados a la construcción de vivienda para estratos bajos. Bajo éste modelo, la entidad estatal correspondiente compra grandes extensiones de tierra urbana, con el propósito de controlar los precios del suelo, para luego habilitarlos urbanísticamente mediante vías, servicios públicos, etc. para efectos de su posterior urbanización. Luego de su habilitación para el desarrollo urbanístico, los lotes se ponen en venta para que los constructores privados o las organizaciones de vivienda popular los compren y realicen allí sus proyectos inmobiliarios. De lo que se trata es de controlar el precio de la tierra urbana, mediante un modelo de cooperación entre el sector público y el privado, por el cual los municipios compran y habilitan los terrenos, planteando la filosofía general para el desarrollo y crecimiento de la ciudad, para que luego los urbanizadores y constructores privados ejecuten los proyectos de vivienda popular. Aunque el instrumento ya estaba consignado en la

Ley 9 de 1989, el proyecto solo se concreto, en el caso de Bogotá, mediante el Acuerdo No. 15 del 28 de Diciembre de 1998, por el cual se creó Metrovivienda, una empresa industrial y comercial del Distrito, que se encarga de ofrecer tierra urbanizada para la construcción de vivienda de interés social. Dicho acuerdo delimitó y definió el modelo de operación de la entidad, señalando las funciones y facultades a ella atribuidas para el cumplimiento de su objeto social, el cual se resume en estimular y facilitar la construcción legal de vivienda popular. Mediante éste tipo de proyectos se fortalece la oferta legal de vivienda barata para contrarrestar el déficit que se ha encargado de suplir históricamente el urbanizador pirata. A través de Metrovivienda la administración distrital ha decidido enfrentar el creciente déficit de vivienda social que presenta la ciudad, adoptando un modelo de gestión orientado a alcanzar eficiencia en el manejo del suelo urbano y de los recursos financieros y, al mismo tiempo, garantizar altos niveles de calidad en la organización de los espacios comunales y arquitectónicos de los conjuntos de vivienda. De acuerdo con el modelo, el diseño urbano se encarga a reconocidos profesionales, seleccionados a través de concursos convocados con éste propósito y el diseño y construcción de las viviendas ha estado a cargo de firmas constructoras privadas.<sup>67</sup>.

Metrovivienda tiene como objeto misional a) Promover la oferta masiva de suelo urbano para facilitar la ejecución de proyectos integrales de vivienda de interés social. 2) Desarrollar las funciones propias de los

---

<sup>67</sup> RUEDA GARCIA, Nicolás ó RUEDA SINISTERRA, Diego. Desarrollo urbano y pobreza en Bogotá D.C.. Ed. Universidad de los Andes. Dpto. de Arquitectura, 2005, Pág. 60



bancos de tierras o bancos inmobiliarios, respecto de inmuebles destinados, en particular, a la ejecución de proyectos urbanísticos que contemplen la provisión de vivienda de interés social prioritaria. 3) promover la organización comunitaria de familias de bajos ingresos para facilitar su acceso al suelo destinado a la vivienda de interés social prioritaria.<sup>68</sup> Para el desarrollo de ese objeto la entidad adelanta la gestión del suelo con los instrumentos contenidos en la Ley 388 de 1997 (como la declaratoria de interés social de los predios), para conformar globos de terreno con áreas que oscilan entre 70 y 160 hectáreas y así contratar los diseños urbanísticos integrales y, posteriormente, los estudios, diseños y construcción de las redes de servicios públicos y la malla vial. Los lotes resultantes de esa intervención estatal se venden a constructores privados, ONG's y empresas comunitarias, quienes se encargan de la construcción y venta de las viviendas a las familias interesadas, siguiendo los parámetros señalados por Metrovivienda. Esas viviendas resultan con un costo aproximado a los 70 salarios mínimos legales mensuales y están destinadas a familias de bajos ingresos que, por sus condiciones de inestabilidad laboral y económica, no clasifican para los programas de subsidio que entrega el gobierno nacional ni para el otorgamiento de créditos por parte del sistema financiero. Sin embargo, la vivienda popular, en cuanto está destinada al beneficio de los más pobres de la población, requiere de soporte financiero y para suplirlo el gobierno debe promover nuevas modalidades de crédito para vivienda que se gobiernen a través de una tasa regulada indexada a la inflación, con

---

<sup>68</sup> Concejo de Bogotá, D.C. Acuerdo 15 de 1998.

plazos mayores de treinta años y cuyas cuotas no afecten más allá del 20% del ingreso neto de las familias. Lo anterior sin perjuicio de impulsar modalidades de crédito agregado para el grupo familiar e incentivos para la vinculación de capitales propios.

Bajo el modelo representado en Metrovivienda se implementan proyectos urbanísticos al derecho y no al revés, como suele ser la costumbre entre los urbanizadores piratas, quienes primero venden un terreno para que el comprador lo construya y gestione, en compañía de sus vecinos, el largo proceso de dotarlo de servicios públicos, acueductos, pavimentos y demás obras de urbanismo, así como el reconocimiento oficial o la legalización del barrio. Por su lado, el modelo de Metrovivienda comporta primero la realización de las obras de urbanismo, la construcción de las unidades de vivienda, la legalización o aprobación oficial y, luego sí, la venta a las familias más pobres, que son las destinatarias de éstos proyectos. De ésta manera, bajo un esquema mixto donde intervienen por igual la gestión y los recursos públicos y privados, se logra el propósito de hacer confluir, en un mismo propósito, a todos los actores de la problemática, incluidos los hogares humildes, que han de pagar, en condiciones muy favorables, por unas viviendas dignas. El anterior sería un mecanismo idóneo y eficaz para enfrentar el déficit de vivienda popular, el cual ya identificamos como uno de las causas de la proliferación del urbanismo ilegal. La intervención punitiva del estado debe ser reemplazada, en éste caso, por una intervención constructiva que armonice al conjunto de los actores públicos, privados y comunitarios, en el propósito de regular el mercado del suelo, acompañado de la producción de

materiales de construcción, del financiamiento y de la asistencia técnica. Se trata de hacer competitiva la oferta pública de vivienda de tal manera que, sea el mismo mercado quien se encargue progresivamente de desechar y relegar las ofertas piratas o ilegales. A pesar de lo anterior, el modelo de Metrovivienda puede ser objeto de revisiones y ajustes en cuanto al diseño arquitectónico de sus unidades de vivienda y al diseño urbanístico de los proyectos. Llama la atención el hecho de que en la primera agrupación construida, un número significativo de las viviendas haya sido sometido a reformas y ampliaciones por iniciativa de sus propietarios, tan solo algunos meses después de ser ocupadas. De ésta manera, la distribución original de los espacios de vivienda es modificada con el propósito de adaptarlos a las funciones de habitación y actividades productivas propias de éstos grupos familiares. Además, si consideramos el objetivo del modelo de gestión, de competir con los barrios ilegales y, por ende, desestimular su crecimiento, también llama la atención el manejo dado por las constructoras a las dimensiones de los lotes unifamiliares, lo que raramente demuestra una correspondencia con los tipos de viviendas requeridos por las familias demandantes.<sup>69</sup>

Así como se propone el fortalecimiento de una herramienta legal ya existente como lo es el banco de tierras y de una entidad reguladora del mercado del suelo como Metrovivienda, se debe crear un banco de materiales para la racionalización de la oferta y la óptima distribución

---

<sup>69</sup> RUEDA GARCIA, Nicolás ó RUEDA SINISTERRA, Diego. Desarrollo urbano y pobreza en Bogotá D.C.. Ed. Universidad de los Andes. Dpto. de Arquitectura, 2005, Pág. 61

de los insumos que demandan los proyectos de vivienda popular. De ésta manera, interviniendo incluso el mercado de los materiales para construcción, se regulará el mercado de vivienda, se perseguirá la especulación en los precios y se abaratarán los costos. Para ello, es necesario la intervención Estatal, en términos de políticas públicas de vivienda popular consistentes, que promuevan la legalidad y la igualdad de oportunidades para todos e intervenga en el mercado, de forma que las personas de escasos recursos puedan acceder a un suelo barato e idóneo con el cual realizar el derecho constitucional a una vivienda digna. En ese propósito, el Estado debe aplicar un criterio de discriminación positiva a favor de los más necesitados, supliendo los vacíos legales y actualizando las normas ya existentes para controlar la concentración y especulación del suelo urbano, impulsando la aplicación de sanciones a la dilación de los trámites de VIS, el monopolio de los insumos para construcción y el financiamiento con tasas de usura. Solo a través del control a la oferta del suelo y de los otros factores que intervienen en la formación del precio, como el crédito y los materiales de construcción, se podrá aplicar y hacer efectiva la función social de la vivienda. Sin embargo, lo anterior no se lograra si no está acompañado de una simplificación de la normatividad y de los trámites, tanto para la consecución de permisos y licencias de construcción y urbanismo, como para la dotación de servicios públicos. La gestión de las entidades y autoridades del sector debe estar orientada a reducir sustancialmente las demoras para la aprobación de los planes parciales, que es una de las causas que no solo encarece el costo final de la vivienda sino que dificulta el que se puedan adelantar

proyectos de VIS. La acción del estado, para que sea eficaz en la provisión de Vivienda de Interés Social, ha de ser transparente y coherente en la aplicación de las normas, reduciendo incertidumbres y excesos de discrecionalidad en los funcionarios, actuando en coordinación interinstitucional.

#### **4.2.2.2. Autogestión mediante Organización Comunal.**

El Estado debe empoderar a las mismas comunidades afectadas con la problemática en estudio en la solución de misma, a través de formas asociativas tales como Organizaciones Populares de Vivienda, a fin de transformarlos de simples víctimas a actores cruciales de la oferta oficial de VIS, recuperando de paso un modelo exitoso y tradicional de urbanización, gracias al cual se han consolidado proyectos originados en la base social, entre la gente de más escasos recursos que decide organizarse para mejorar sus condiciones de vida. Se trata de agrupaciones que buscan desarrollar programas de construcción de vivienda a favor de sus afiliados, en el marco de una economía solidaria, de autogestión y de fortalecimiento a la participación comunitaria. Para ello, los asociados participan directamente, mediante aportes en dinero y trabajo comunitario o en las dos formas. Estas organizaciones pueden ser constituidas por sindicatos, cooperativas, asociaciones, fundaciones, corporaciones, Juntas de Acción Comunal, fondos de empleados, empresas comunitarias, mutuales y las demás que puedan asimilarse a las anteriores en los términos previstos en la

Ley 9 de 1989, siempre y cuando se encuentren previamente reconocidas como entidades sin animo de lucro.

Este mecanismo de autogestión se ha convertido en una salida de las comunidades más pobres a la falta de vivienda, en razón a que permite la construcción de acuerdo con sus necesidades y capacidades económicas, ajustándolo a los periodos de desempleo de los componentes de la familia. La autoconstrucción se inicia con la compra del lote de terreno, comprometiendo a toda la familia en un proceso donde se unen los ahorros y esfuerzos del núcleo familiar a través de largos periodos de tiempo cuya duración dependerá de la disponibilidad económica de sus gestores. El costo social para las familias que participan de éstos proyectos puede ser alto porque deben afrontar por su cuenta no solo la construcción del terreno sino las labores de urbanismo, para mejorar las condiciones físicas del medio. Es aquí donde la participación comunitaria juega un papel determinante a través de su representación jurídica: la junta de acción comunal, cuyas tareas prioritarias se enfocan, desde un principio, a la consecución de servicios públicos, redes de alcantarillado y acueductos, pavimentación de vías y legalización del barrio. A nivel de infraestructura el urbanizador o vendedor ilegal sólo se limita al trazado de las vías para diferenciar los lotes y las manzanas, dicho trazado se constituye en la red vial inicial de la urbanización. Lo anterior implica que su negocio se reduce a vender tierra y a recuperar la inversión que ha hecho en ésta (si la hizo mediante la compra del terreno y no por vía de invasión, lo cual sería materia un tipo penal diferente, contenido en

el Art. 263 C.P.), más las ganancias que obtiene del negocio. Los costos de las obras de urbanismo finalmente los termina asumiendo la misma comunidad, lo que quiere decir que se terminan trasladando tanto a los pobladores como a las entidades del Distrito Capital, que luego tienen que intervenir en la legalización del barrio. De ahí que el modelo de autogestión deba contar con el acompañamiento gubernamental, mediante políticas y acciones públicas encaminadas al mejoramiento de los barrios. En ese sentido se deben destinar recursos públicos para la consolidación urbana de los asentamientos periféricos no planificados de origen ilegal, la dotación de redes de servicios públicos, la construcción de vías y espacio público peatonal, así como la construcción de equipamientos de educación, salud y recreación, en el entendido que solo con inversión social se sacan éstos barrios de la ilegalidad o subnormalidad, como eufemísticamente se les denomina. A ello también apuntaban los programas de desmarginalización y mejoramiento integral de barrios que se implementaron en los años comprendidos entre 1998 y 2004, para la normalización de las condiciones urbanas de los barrios marginales mediante financiamiento de su infraestructura, la promoción de proyectos que estimulen el aprovechamiento de la ciudad construida y el adelanto de la reubicación de familias asentadas en zonas de alto riesgo. Con esos programas se logró beneficiar los habitantes de 12 localidades de la ciudad, gracias al trabajo conjunto de diferentes entidades distritales, al mismo tiempo que se fortalecía la descentralización y la participación social y comunitaria.

La propuesta de trabajo autogestionario en vivienda popular es la de fortalecer las comunidades, los grupos humanos, a través de un proceso comunitario que resuelva, por un lado, un problema social básico como lo es la vivienda y, al mismo tiempo, promueva un crecimiento político-social de los individuos y las comunidades. Para su éxito éste proceso tiene que ser integral y completo, comenzando por la elección del terreno, pasando por la discusión del proyecto urbanístico y arquitectónico, la construcción de las unidades habitacionales y equipamiento comunitarios por ayuda mutua y continuando por la organización para la convivencia de las familias y las propuestas permanentes para mejorar la calidad de vida y la condición social de las personas. En una organización comunal de vivienda se piensa juntos, se discute juntos y, fundamentalmente, se trabaja juntos para conseguir un objetivo común para el grupo y para cada una de las familias. En ese proceso, las personas se van descubriendo así mismas, entendiendo la lógica del poder, conociendo a las autoridades públicas, transformando su comportamiento, comprendiendo su situación social, creciendo políticamente dentro de una experiencia difícil, sacrificada, pero muy rica y esclarecedora de las potencialidades de la comunidad organizada. Junto a esas comunidades organizadas también deberán estar equipos de asesoramiento técnico, integrados por profesionales de diferentes áreas (arquitectos, ingenieros, abogados, trabajadores sociales) que presten una asesoría técnica integral a esas comunidades, a partir de una relación de confianza que resulta fundamental para un trabajo conjunto como el que implica éste modelo. Las contribuciones de esos equipos de asistencia técnica



ayudan a construir una propuesta más sólida, más elaborada y más técnica para ser presentada a las entidades públicas encargadas de viabilizar dichos proyectos comunales de construcción y urbanismo.

Como ya señalamos, en éstos proyectos comunales de autoconstrucción, las Juntas de Acción Comunal juegan un papel determinante, en tanto, son el primer espacio asociativo de las comunidades, a través del cual gestionan el mejoramiento progresivo de sus condiciones de vida. En el cumplimiento de esa misión es usual que las JAC terminen haciendo lo que le correspondería al urbanizador, esto es, desde la gestión para la acometida de servicios públicos hasta los trámites para la legalización del barrio, sin que ello signifique una obligación de su parte, sino el cumplimiento de un servicio social propio de su objeto misional. En ese sentido la normativa existente al respecto, desde la promulgación de la Ley 19 de 1958, que por vez primera habló de las JAC, hasta la definición que da el Decreto 1330 de 1979 nos señalan sus alcances y objetivo: *“La Junta de Acción Comunal es una corporación cívica sin ánimo de lucro compuesta por los vecinos de un lugar, que aúnan esfuerzos y recursos para procurar la solución de las necesidades más sentidas de la comunidad”*. Es justamente ese carácter cívico, asociativo y de fuerte raigambre territorial, la que permite distinguir a las JAC de otras formas asociativas como las ONGs, y la que permite que ellas existan en cualquier tipo de barrio o comunidad, aunque proliferen más en los sectores populares, donde la acción del Estado sería prácticamente nula de no existir esa forma de organización comunal.

## **CONCLUSIONES**

- La pobreza y el urbanismo ilegal mantienen una relación de causa y efecto, ya que en el fondo de la piratería urbana está la exclusión de la tierra de la que amplios sectores de la población colombiana han sido víctimas. Por lo tanto, a mayores niveles de pobreza de la población, menores serán sus posibilidades de acceso a la oferta de vivienda y, si se logra, será en condiciones tan desfavorables que no satisfacen el Derecho a la vivienda digna. En ese contexto, la piratería urbanística es la respuesta a un mercado de vivienda que no atiende satisfactoriamente las necesidades de la demanda. El mercado ilegal de la tierra urbana surgió y se consolidó en medio de la carencia de la oferta legal de vivienda popular, insuficiente para atender el flujo migratorio proveniente de las zonas rurales del país, convirtiéndose en la única opción de las familias pobres para acceder a vivienda propia..

- Las motivaciones del urbanizador pirata suelen atender el simple ánimo de lucro, sin embargo, ésta actividad también puede obedecer, en algunos casos, a fines ideológicos, como los de aquellos que adelantan trabajo comunitario desde una perspectiva política o religiosa

- A pesar de un largo desarrollo normativo que devino en las actuales herramientas legales de control urbanístico administrativo, no se han dado los mecanismos y las condiciones necesarios para hacerlas efectivas y aplicables. La debilidad de las oficinas encargadas de dicho control, a nivel municipal y del Distrito Capital, no les permite garantizar el crecimiento ordenado y planificado de las jurisdicciones a su cargo. Los factores que explican el fracaso de ese control administrativo son, entre otras, la debilidad institucional de dichas

dependencias publicas frente al poder económico y de intimidación de los grandes constructores y urbanizadores que son, precisamente, los que mayores posibilidades tienen de afectar el orden económico-social y el medio ambiente. Otros factores que determinan ese fracaso es la extensión de los territorios bajo la jurisdicción de algunas Alcaldías Locales que, por su tamaño y complejidad, exceden las capacidades de los pocos funcionarios encargados de esa labor, como también el divorcio entre la realidad social de los territorios en los que se ejerce el control urbanístico (la mayoría ubicados en los extramuros de la ciudad, en sectores vulnerables y olvidados por donde se va expandiendo, casi imperceptiblemente, la frontera urbana) y la norma aplicada, que fue trasplantada inconsulta e improvisadamente de legislaciones foráneas. Esa falta de correspondencia entre la Ley y el contexto social en que se aplica, lleva a que las normas de control administrativo no se hagan efectivas en los sectores más vulnerables de la ciudad, por donde, precisamente, se expande la frontera urbana.

- La tendencia a la criminalización de conductas de bajo y mediano impacto social, que atentan contra bienes jurídicos colectivos o intereses difusos, así como de aquellas con una lesividad irrelevante, representan la apuesta por una instrumentalización política del Derecho Penal, gracias a lo cual no se persigue, necesariamente, la eficacia de la norma, sino la apariencia de eficaz, generando la percepción de acción estatal frente a problemáticas complejas de origen económico, cultural o social, propias de la contemporaneidad. El inmediato y fácil efecto de apaciguamiento social que produce dicho mecanismo, se logra a costa del descrédito de la justicia, la

banalización del Derecho y la impunidad propia de la consagración de normas destinadas a no cumplirse. En un medio como el colombiano y respecto de un tema como el control al desarrollo urbanístico, el modelo expansivo del Derecho Penal no está llamado a resolver éste tipo de problemáticas, máxime cuando dicho ordenamiento no alcanza a dar buena cuenta de la protección de los bienes jurídicos personales, tales como la vida, la libertad o la integridad física. La tendencia a ocupar la atención del sistema penal en hechos o conductas indicadoras de problemáticas socioeconómicas no resueltas, es la expresión de una política estatal encaminada a soslayar las causas objetivas de la crisis socioeconómica que, de llegar a resolverse a fondo, significaría grandes demandas presupuestales. Esas características y perfiles de una utilización simbólica del Derecho penal resultan predicables de su aplicación en materia de control urbanístico, en tanto, se busca que la simple tipificación o el incremento punitivo produzca una función de alivio, una falsa sensación de que el Estado, al emplear los instrumentos más contundentes con los que cuenta, actúa en la protección de los bienes jurídicos colectivos que pretende amparar frente a los problemas propios de la contemporaneidad.

-La ineficacia de la criminalización de éste tipo de conductas, está dada no sólo por el incumplimiento del fin resocializador de la pena, sino por la marcada inaplicación de la norma penal que las consagra como delitos, hasta el punto que, hoy en día, en las cárceles del país solo cuatro personas se encuentran privadas de la libertad por el tipo penal contenido en el Art. 318 del C.P. (dos sindicadas y dos condenadas), a pesar de la frecuencia y notoriedad pública de la ocurrencia de éstos

hechos. De tal manera que, la norma penal no se suele aplicar y, en las pocas ocasiones en que ocurre, a los sancionados no se les garantiza que las penas impuestas los vayan a resocializar.

- La falta de solución a las condiciones socioeconómicas que auspician la proliferación de mercados informales de vivienda popular, son las determinantes del fracaso de la política criminal del Estado, referida a la actividad de los urbanizadores piratas. La urbanización ilegal no encuentra solución en la persecución penal de sus protagonistas sino en la atención de las condiciones objetivas que le sirven de caldo de cultivo. De ahí que, mientras no se solucionen las causas del problema mediante políticas públicas integrales y con recursos suficientes, persistirán las conductas penalmente reprochadas. Sin embargo, la lógica aplicada es la del menor esfuerzo y la del facilismo legislativo: expedir más leyes penales que se refieran, cada vez más, a un mayor número de situaciones sociales problemáticas, con lo que se ahorran recursos en la atención real de sus causas y se logra, de paso, un efecto mediático de satisfacción al reclamo público de solución a los problemas contemporáneos que atentan contra los bienes jurídicos colectivos. De ahí que, la intervención penal simbólica sea la opción más rentable desde un punto de vista político y la más económica desde una perspectiva presupuestal, aunque sea también la más ineficiente a largo plazo.

- La opción frente al fracaso del control penal urbanístico es la de descriminalizar y desjudicializar éste tipo de conductas, fortaleciendo el control administrativo y potenciando, incluso, salidas de derecho alternativo. Una manera eficaz de ejercer el control al desarrollo

urbanístico pasa por el rediseño de una respuesta que implique mayor certeza en la imposición y ejecución de la sanción administrativa, a partir de una dotación suficiente de medios materiales y humanos de las oficinas públicas encargadas de ese control. Se debe afinar el ejercicio oficioso de las diligencias de inspección y vigilancia de las construcciones y urbanizaciones, además del efectivo cumplimiento de las órdenes de demolición de las obras que infringen la legalidad urbanística.

- A la par del refinamiento de los mecanismos de control administrativo, el control urbanístico debe ir acompañado de políticas públicas que ofrezcan una alternativa al mercado informal de vivienda, para lo cual se debe fortalecer el modelo de intervención contenido en programas estatales como el de Metrovivienda y el Banco de tierras, a la vez que se apoyen programas de autogestión comunitarias, mediante organizaciones populares de vivienda. Se trata de que el Estado recupere el control del mercado de la tierra urbana, pero no por vía del encarcelamiento de la competencia informal, sino del mejoramiento y ampliación de su propia oferta de vivienda. De ésta forma, la intervención punitiva del estado se reemplazaría por una intervención constructiva que armonice al conjunto de los actores públicos, privados y comunitarios en el propósito de regular el mercado del suelo, acompañado de la producción de materiales de construcción, del financiamiento y de la asistencia técnica. Se trata de hacer competitiva la oferta pública de vivienda de tal manera que, sea el mismo mercado quien se encargue progresivamente de desechar y relegar las ofertas piratas o ilegales.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**, Comisión 5ª, Acta de la sesión del día 15 de Mayo de 1991.

**BARATTA, Alessandro**. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal-Introducción a la sociología jurídico penal, México, Ed. Siglo XXI, 1986.

**BUSTOS RAMÍREZ, Juan**. Control Social y Sistema Penal. Bogotá, Ed. Temis, 1987.

**CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, Localidad Ciudad Bolívar: Perfil económico y empresarial, Bogotá, 2007.

**CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.** Acuerdo No. 15 de 1998.

**DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN DISTRITAL**, Recorriendo Ciudad Bolívar: Diagnostico físico y socioeconómico de las Localidades de Bogotá, D.C. Bogotá, 2004.

**DOPICO GOMEZ ALLER, Jacobo**, Derecho penal de la construcción: Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, Granada, Ed. Comares, 2006.

**ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire**. El medio ambiente en la crisis del Estado Social: Su protección penal simbólica. Ed. Comares, Granada, 2006.

**FIQUE PINTO, Luis Fernando**, Vivienda Social en Colombia, políticas públicas y habitabilidad en los años noventa, Universidad Nacional de Colombia, Colección Punto Aparte, Bogotá, 2006.

**FONDO DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE EMERGENCIAS FOPAE**, Generación de riesgo en la actividad de la construcción, [www.sire.gov.co](http://www.sire.gov.co), Bogotá, 2007.

**GALVIS CASTRO, Felipe Alejandro**, El Derecho a una vivienda digna y adecuada en la constitución, la jurisprudencia y los instrumentos Internacionales de derechos humanos. Defensoría del pueblo, Bogotá, 2009.

**GARCIA, Juan Camilo**, Subsidios para vivienda: ¿realidad para los ricos, sueño para los pobres?, [www.gestiopolis.com](http://www.gestiopolis.com) , Bogotá, Abril de 2004.

**GNISSET, Aprile**, La ciudad Colombiana, Bogotá, Ed. Banco Popular, 1992.

**HASSEMER, Winfred**, Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos, en *Penal y Estado*q Santiago, Ed. Jurídica Conosur, 1995.

**HULSMAN, Louk Æ BERNAT DE CELIS, Jackeline**. Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa. Barcelona, Ed. Ariel, 1984

**INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC**, Oficina Asesora de Planeación, Población Interna en las cárceles del país por delito, oficio No. 7120-OFPLA-0758 de Sept. 12 de 2011.

**MUÑOZ NEIRA, Orlando**. Urbanizaciones Piratas: Su Historia y Su Presente. Bogotá, Ed. Doctrina y Ley Ltda, 2004.

**MURAD RIVERA, Rocío**, Estudio sobre la distribución espacial en Colombia, Santiago de Chile, Naciones Unidas . CEPAL, 2003.

**REYES ALVARADO, Yesid**, ¡Noventa años de prisión! [www.elespectador.com](http://www.elespectador.com) Columna de opinión de Julio 7 de 2011.

**PALACIOS Marco - SAFFORD Frank**, Colombia: país fragmentado, sociedad dividida. Su Historia. Bogotá, Ed. Norma, 2002

**REPUBLICA DE COLOMBIA**, Código Civil, Bogotá, Ed. Legis, 2010.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Congreso de la República, Gaceta del Congreso No. 405, Bogotá, Jueves 16 de Nov. de 1995.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia C-430 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 1998. Salvamento de Voto M. Alejandro Martínez Caballero.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia C-144 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia C-658 de Diciembre 3 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia C-157 de Marzo 19 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia T-573 de Julio 15 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia T-251 de Junio 5 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Constitucional, Sentencia T-958 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Mayo 2 de 2001, M.P. Carlos Arturo Gálvez Argote

**REVISTA SEMANA**, No hay techo para tanta gente, Agosto 8 de 2011, Pág. 94.

**RODRIGUEZ Jorge**, La guardia civil combatirá el delito urbanístico y empezarán en Madrid, Málaga y Murcia. [www.elpaís.com](http://www.elpaís.com) Madrid, Oct. 16 de 2006

**RONDEROS, María Teresa**, ¿Porqué Colombia no sale del Club de los pobres? Revista Semana, Sección Nación, Bogotá, Marzo 13 de 2010.

**RUEDA GARCIA Nicolás - RUEDA SINISTERRA Diego**, Desarrollo urbano y pobreza en Bogotá D.C., Bogotá, Universidad de Los Andes, Departamento de Arquitectura, 2005.

**LEMUS CHOIS Víctor David**, Planificación y control urbanístico en Bogotá: Desarrollo histórico y jurídico. Bogotá, Edit. Universidad del Rosario, 2006.

**SANDOVAL HUERTAS, Emiro**. Sistema Penal y Criminología Crítica: El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica. Bogotá, Ed. Temis, 1985.

**SARRULLE, Oscar Emilio.** La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal . abolicionismo o justificación. Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998.

**SOUZA, Maria de Lourdes.** El uso alternativo del derecho: génesis y evolución en Italia, España y Brasil. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-ILSA, 2001.

**VÉLEZ GUTIÉRREZ, Luís Fernando.** Derecho Penal, uso alternativo del Derecho y posmodernidad. Ibagué, Ediciones Forum Pacis, 1996.

[www.elpais.com](http://www.elpais.com), El déficit de vivienda en Colombia supera el millón de unidades, Calí, Julio 6 de 2011.

**ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** En busca de las Penas Perdidas: Deslegitimación y Dogmática jurídico penal, Bogotá, Ed. Temis, 1990.