



H. H. Magistrados
Corte Constitucional
E. S. D.

Atención:
H. Magistrado
Mauricio González

Referencia: Expediente D-7453. Norma demandada: Parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 388 de 1997 y artículo 40 de la ley 3 de 1991

Gustavo Gallón Giraldo, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.157.375, actuando en nombre propio y en mi calidad de director y representante legal de la Comisión Colombiana de Juristas, según consta en certificado de existencia y representación legal que anexo, con la coadyuvancia de Fátima Esparza Calderón, Coordinadora del área de Promoción y Debates de la Comisión Colombiana de Juristas identificada con la cédula de ciudadanía número 52.265.962, Astrid Orjuela Ruiz, Abogada del área de Promoción y Debates de la Comisión Colombiana de Juristas identificada con la cédula de ciudadanía número 53.108.081 y Felipe Galvis investigador en Derechos Económicos Sociales y Culturales identificado con la cédula de ciudadanía número 79.787.465, me permito ejercer intervención ciudadana en el proceso de la referencia, por medio del presente escrito.

I. COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 241 numeral 4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de los ciudadanos contra las leyes.

II. LA DEMANDA

La demanda se dirige contra el parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 388 de 1997 y contra el artículo 40 de la ley 3 de 1991:

“LEY 388 DE 1997, ARTICULO 15. NORMAS URBANÍSTICAS.

PARÁGRAFO. Las normas para la urbanización y construcción de vivienda no podrán limitar el desarrollo de programas de vivienda de interés social, de tal manera que las especificaciones entre otros de loteos, cesiones y áreas construidas deberán estar acordes con las condiciones de precio de este tipo de vivienda”.

“LEY 3 DE 1991, ARTICULO 40. El artículo 64 de la Ley 9a. de 1989, quedará así:
El Gobierno Nacional reglamentará las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social, especialmente en cuanto a espacio, servicios públicos y estabilidad de la vivienda”.

De acuerdo con los demandantes, las anteriores normas desconocen el derecho a la vivienda digna, a la igualdad y al espacio público, así como la reserva legal para la reglamentación de normas mínimas en materia de vivienda de interés social. Los principales planteamientos de la demanda son los siguientes:

1. Desconocimiento del derecho a la vivienda digna por la expresión “de precio” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997:

De acuerdo con la demanda, el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997 establece las condiciones “de precio” como único criterio relevante para las especificaciones o características de loteos y áreas construidas de urbanizaciones de interés social. Los demandantes sostienen que si bien el precio puede ser un criterio para la determinación del tamaño de los lotes no puede ser el único, porque al serlo niega otros atributos de la vivienda digna (habitabilidad, accesibilidad a servicios públicos y sociales, adecuación cultural, etc.) que deben ser tenidos en consideración.

2. Desconocimiento de los derechos a la vivienda digna, la igualdad y el espacio público por la expresión “cesiones” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997.

La demanda sostiene que la expresión “cesiones” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997 desconoce los derechos a la igualdad, la vivienda digna y al espacio público, porque somete las características de las cesiones para espacio público y equipamiento de las viviendas de interés social que deben hacer los urbanizadores a las condiciones de precio de la vivienda de interés social, lo que impide que el tamaño de dichas cesiones se fije con base en criterios más relevantes como densidad habitacional y poblacional. Así, los habitantes de las viviendas de interés social tienen acceso a un espacio público y equipamiento más reducidos que el resto de la población. De acuerdo con la demanda esta medida es innecesaria, inadecuada y desproporcionada para alcanzar el fin constitucional de garantizar una mayor oferta de viviendas de interés social.

3. Desconocimiento de los artículos 51, 150, 333 y 334 constitucionales

Finalmente, la demanda se dirige contra el artículo 40 de la ley 3 de 1991 que otorga al gobierno la competencia para reglamentar las normas mínimas de calidad de la vivienda de interés social en lo que tiene que ver con el espacio y con las intensidades de uso y aprovechamiento del suelo. La inconstitucionalidad de esta norma radica según los demandantes, en que el establecimiento de dichas normas mínimas es competencia reservada del legislativo (artículo 150 n° 10, Constitución Política). Este cargo señala subsidiariamente que, de aceptarse que se conceda esta facultad al ejecutivo, la norma acusada admite una interpretación de acuerdo con la cual las normas mínimas de calidad de viviendas de interés social son exhaustivas y no mínimas, lo que ha impedido que las autoridades municipales establezcan mejores estándares urbanísticos en perjuicio del derecho a la vivienda digna.

III. CONSIDERACIONES

La Comisión Colombiana de Juristas comparte los planteamientos de la demanda. En efecto, las normas demandadas relacionadas con la vivienda de interés social desconocen los derechos a la vivienda digna, el derecho a la igualdad y el derecho al espacio público. La Comisión considera también que el otorgamiento al Gobierno Nacional de la competencia para reglamentar las normas mínimas sobre vivienda de interés social desconoce la reserva legal establecida cuando se trata de regular los usos del suelo, restringir la actividad económica y fijar criterios básicos para la configuración de un derecho constitucional como es la vivienda digna. Sin embargo, en la presente intervención nos referiremos únicamente a los dos primeros cargos planteados en la demanda y dirigidos contra el parágrafo 1 del artículo 15 de la ley 388 de 1997.

1. Inconstitucionalidad de la sujeción de las características de la vivienda de interés social exclusivamente a las condiciones de precio de la misma

Con relación al cargo formulado por los actores en contra de la expresión “de precio” contenida en el parágrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997, se realizan a continuación las siguientes consideraciones: i) en primer lugar, se insiste en el desarrollo normativo y doctrinal que ha tenido el derecho a la vivienda digna en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo alusión al sentido de sus elementos componentes y de las obligaciones estatales que comporta, tal como han sido desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; y ii) se señala cómo la expresión “de precio” contenida en el parágrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997 desconoce varios de tales elementos y constituye un incumplimiento de precisas obligaciones estatales contraídas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- a. Contenido normativo del derecho a la vivienda digna

En primer lugar, conviene recordar que la Corte Constitucional ha reconocido el carácter complejo (o múltiple, como lo ha llamado un sector de la doctrina¹) del derecho a la vivienda digna, que se refleja en la diversidad de componentes y prestaciones que hacen parte de su contenido, así como en las obligaciones que le competen al Estado en cuanto a su respeto, protección y realización.

En cuanto a lo primero, es decir, respecto de los elementos y prestaciones que hacen parte del contenido del derecho a la vivienda, debe decirse que nuestro máximo tribunal constitucional ha acogido las diversas dimensiones que exige la efectiva garantía del derecho a la vivienda. En efecto, como bien lo señalan los actores de la demanda de constitucionalidad, a partir de la Sentencia C-936 de 2003 la Corte Constitucional ha reconocido la pluralidad de elementos que componen el derecho a la vivienda conforme a las observaciones generales 4 y 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, agrupándolos así:

Condiciones de la vivienda:

- Habitabilidad;
- Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura;
- Localización; y
- Adecuación cultural.

Seguridad en el goce de la vivienda:

- Asequibilidad;
- Gastos soportables; y
- Seguridad jurídica de la tenencia.

Ahora bien, el carácter complejo del derecho a la vivienda no sólo se refleja en las diversas dimensiones y aspectos que involucra la efectiva garantía del derecho a la vivienda, sino también en la variedad de obligaciones estatales que comporta. Así lo ha advertido la misma Corte Constitucional al dar cuenta del sentido del artículo 51 de la Constitución Política:

“El artículo 51 de la Carta consagra el derecho a la vivienda digna. La Corte Constitucional no ha sido unívoca en el tratamiento de este derecho, pues en algunas ocasiones ha destacado una naturaleza fundamental y, por lo mismo, susceptible de protección directa mediante la tutela. En otras, le ha asignado una calidad prestacional,

¹ La expresión es de Gerardo Pisarello, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*, El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible, Barcelona, Icaria, 2003, p. 83.

de manera que está sujeta a desarrollos progresivos, razón por la cual de él no se derivan derechos subjetivos, aunque puede ser protegido mediante tutela cuando opera el factor de conexidad o se afecte el mínimo vital.

“Esta dificultad para definir la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna, responde al hecho de que su configuración positiva es compleja, pues contempla diversas hipótesis que, por lo mismo, exigen tratamientos jurídicos distintos.

(...)

“En primera medida, el artículo 51 establece que se reconoce el derecho a la vivienda digna a todos los colombianos. En este aparte, la textura normativa no se diferencia en absoluto de derechos de innegable carácter fundamental, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De ahí que pueda afirmarse que todo colombiano tiene derecho a que el Estado respete el ejercicio de su derecho y que le proteja contra todo aquel que pretenda desconocerlo (...) Caso distinto es lo concerniente al resto de la norma constitucional. En ella se establecen obligaciones que claramente aluden a aspectos de desarrollo progresivo del derecho: fijar condiciones para hacer realidad el derecho; promoción de planes para atender a la población más pobre; diseño de sistemas de financiación adecuados; promoción de ciertas formas de ejecución de los planes de vivienda. En suma, puede sostenerse que la Constitución fija las bases para una política de vivienda que, naturalmente, deben conducir a que todos los colombianos puedan disfrutar del derecho en cuestión. El derecho a la vivienda digna, debe observarse, no se reduce a un derecho a ser propietario de la vivienda en la que se habita. Ello constituye una de las opciones, claramente vinculado a los planes de financiación a largo plazo. Por el contrario, la vivienda digna se proyecta sobre la necesidad humana de disponer de un sitio de vivienda, sea propio o ajeno, que reviste las características para poder realizar de manera digna el proyecto de vida”².

Así mismo, conviene recordar los deberes estatales en cuanto al respeto, protección y realización del derecho a la vivienda, conforme a la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- Adoptar medidas legislativas, administrativas y judiciales en orden a cumplir con los objetivos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto al derecho a la vivienda³;

² Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, La índole de las obligaciones estatales, 1990, párrafos 2 y 9.

- No adoptar medidas de carácter deliberadamente regresivo⁴;
- Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda digna y adecuada sin ningún tipo de discriminaciones⁵;
- Dar prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tengan necesidades más urgentes, concediéndoles atención especial en la legislación y en las políticas de vivienda⁶.

b. Desconocimiento de componentes del derecho a la vivienda y deberes estatales

La expresión “precio” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la Ley 388 de 1997 desconoce varios de los elementos componentes del derecho a la vivienda digna recién mencionados, al tiempo que constituye un incumplimiento de precisas obligaciones estatales en materia de respeto, protección y realización de los derechos habitacionales, tal como se examina a continuación.

En primer lugar, les asiste razón a los actores al señalar que la definición de las características de las soluciones de vivienda con exclusiva alusión al factor precio privilegia algunos de los aspectos que hacen parte del contenido del derecho a la vivienda digna, vale decir la asequibilidad, los gastos soportables y la seguridad jurídica de la tenencia, dejando por completo de lado otras de sus dimensiones, como la habitabilidad, la disponibilidad de bienes, servicios e infraestructura, la localización y la adecuación cultural. En efecto, como bien lo demuestra la demanda, a partir de la disposición atacada se ha desarrollado un marco legal para la construcción de viviendas de interés social (incluido el decreto 2060 de 2004) que define sus dimensiones sin atender en absoluto el cumplimiento de las condiciones que hacen posible que un lugar se repunte adecuado para el alojamiento humano, que permita el aislamiento y la protección frente al ruido y las amenazas del exterior, el pleno desarrollo de la vida individual y familiar, así como la recreación y el descanso de sus ocupantes. De esta manera, el legislador parece haber desarrollado un marco legal para la definición de las dimensiones y características de las viviendas con exclusiva referencia a lo que la propia Corte Constitucional ha

⁴ Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 3, La índole de las obligaciones estatales, 1990, párrafo 9.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 4, El derecho a la vivienda adecuada, 1991, Párrafo 6.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general 4, El derecho a la vivienda adecuada, 1991, Párrafo 11.

denominado de forma genérica seguridad en el goce de la vivienda, sin atender en absoluto lo que la misma corporación ha denominado condiciones de la vivienda.

Precisamente, en cuanto a las condiciones de la vivienda, la Corte Constitucional ha reconocido el espacio como uno de los factores que inciden significativamente en la habitabilidad de las viviendas, destacando la necesidad de asegurar que éstas cumplan con unos criterios mínimos de espacio:

“la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud”⁷.

De otro lado, debe advertirse que la expresión demandada desconoce varias de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a la efectiva garantía del derecho a la vivienda digna. Así, la expresión “de precio” del parágrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997 desconoce dos obligaciones estatales que son fundamentales para asegurar la igualdad en la garantía de los derechos habitacionales: i) la obligación estatal de garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda digna sin ningún tipo de discriminaciones y ii) dar prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tengan necesidades más urgentes, concediéndoles atención especial en la legislación y en la políticas de vivienda.

En Colombia, como lo ha advertido la propia Corte Constitucional los beneficiarios de los programas de subsidios para vivienda de interés social son aquellos sectores “más pobres” de la sociedad:

“Como vemos, las viviendas de interés social son aquellas destinadas a los sectores más pobres de la sociedad, los cuales deben recibir una especial protección de las autoridades, en un Estado social de derecho como el colombiano (CP art. 1º, 2º y 13)”⁸.

Pues bien, antes que asegurar el cumplimiento de los deberes estatales mencionados, a partir de la expresión demandada y tal como lo demuestra la demanda de inconstitucionalidad, se ofrecen a los segmentos de más escasos recursos económicos, beneficiarios de los programas para adquirir viviendas de interés social, soluciones de vivienda precarias que no garantizan el lleno de las condiciones para su habitabilidad de forma digna y adecuada.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 936 de 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C – 251 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

De esta manera, con fundamento en las anteriores consideraciones y por desconocer el derecho a la vivienda digna, la Corte Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad de la expresión “de precio” contenida en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997.

2. Las cesiones urbanísticas y el desconocimiento de los derechos a la vivienda digna, la igualdad y el espacio público

La demanda señala que la expresión “cesiones” contenida en el artículo 15 de la ley 388 de 1997 desconoce los derechos a la igualdad, a la vivienda digna y al espacio público, porque somete las características de las cesiones para espacio público y equipamiento de las viviendas de interés social a las condiciones de precio de estas últimas, impidiendo que el tamaño de dichas cesiones se fije con base en criterios como la densidad habitacional y poblacional. A continuación se presentan las razones por las cuales la Comisión Colombiana de Juristas respalda los argumentos contenidos en la demanda y considera que la expresión acusada es inconstitucional.

a. Las cesiones urbanísticas

Las cesiones urbanísticas constituyen una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar. Se trata de bienes que se incorporan al patrimonio municipal con ocasión de la actividad urbanística y que contribuyen a la integración del espacio público en virtud de la función social de la propiedad. Al respecto señaló la Corte Suprema de Justicia:

“[Las cesiones urbanísticas gratuitas] no tienen el alcance de una expropiación, razón por la cual el legislador no previó pago de indemnización, pues no tiene significación distinta a un acto de enajenación voluntaria, no propiamente donación, según se desprende del artículo 1455 del Código Civil, que deben hacer los propietarios de los predios con fines urbanísticos de claro interés social, ligados a la función social de la propiedad, y que puede exigir el Estado en ejercicio de las facultades que le asisten de dictar normas para planificar ordenadamente el urbanismo de las ciudades, y que los Concejos municipales desarrollan según lo dispuesto en el Estatuto Fundamental (art. 197-1)”⁹.

Se trata entonces de bienes que se integran al patrimonio municipal con el objeto de garantizar a todos los ciudadanos tanto el derecho al espacio público como los derechos que de él se desprenden: recreación, medio ambiente sano y acceso a la cultura, entre otros. Ahora bien, la

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 97, noviembre 9 de 1989.

sujeción de las sesiones urbanísticas gratuitas al precio de las viviendas de interés social limita injustamente el tamaño de las cesiones desconociendo el interés social que inspira esta figura y los derechos a la vivienda digna, igualdad y espacio público como se expone a continuación:

b. Desconocimiento del derecho a la Vivienda Digna

Como lo advierten los actores y como lo ha reconocido la Corte Constitucional, la vivienda no sólo supone la adecuación de las unidades habitacionales ofrecidas para el alojamiento de los ciudadanos sino también el entorno que las circunda, de manera que sus ocupantes tengan pleno acceso a los espacios necesarios para la recreación, a adecuadas vías de acceso y a equipamientos sociales que permitan el desarrollo de actividades colectivas:

“Así, por ejemplo, algunos autores destacan que el contenido normativo del derecho a la vivienda adecuada comprende no sólo los denominados derechos habitacionales, los cuales a su vez varían de conformidad del sujeto titular de los derechos y abarcarían por lo tanto los derechos de los inquilinos, el derecho a la seguridad en la tenencia, el derecho a la regularización de la propiedad de la tierra, el derecho a la protección contra casos de discriminación arbitraria en el acceso a programas públicos, el derecho a ser consultado e informado en materia de programas de vivienda o planes de renovación urbanística; sino también derechos colectivos como el denominado derecho a la ciudad, mediante el cual el derecho a la vivienda se vincularía con el entorno y con el desarrollo urbanístico en general”¹⁰.

Con este propósito se ha dispuesto en Colombia de las cesiones urbanísticas gratuitas, en orden a asegurar que exista un espacio público alrededor de los proyectos habitacionales que permita la movilidad, la recreación y la interacción de sus habitantes.

Ahora bien, el párrafo único del artículo 15 de la Ley 388 de 1997 al disponer que las cesiones urbanísticas gratuitas se determinen de conformidad con las condiciones de precio de las viviendas, sin tener en cuenta la densidad poblacional y habitacional, lleva a que las personas beneficiarias de las programas de vivienda de interés social (VIS) tengan derecho a unas cesiones urbanísticas menores que las de quienes acceden a una vivienda NO VIS, no obstante que, paradójicamente, son aquellos quienes más requieren del espacio público de carácter barrial (proximidad), pues por lo general viven en espacios de mayor densidad habitacional, cuentan con menos posibilidades de acceder a zonas privadas de recreación como clubes y menos dinero para trasladarse a áreas públicas de entretenimiento como centros comerciales o parques metropolitanos. De esta manera, el marco legal relacionado con las cesiones urbanísticas gratuitas, antes que ofrecer un tratamiento más favorable a las personas de los

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-403 de 2006, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

segmentos de menos recursos, que más necesitan de tales cesiones, permite que los proyectos de vivienda tengan menos metros cuadrados por cada habitante.

Adicionalmente, tal como se advirtió con relación a la expresión “de precio” del mismo párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997, la determinación de las cesiones urbanísticas gratuitas con estricta consideración al factor precio constituye un claro desconocimiento de los atributos que debe tener todo lugar de alojamiento para la efectiva garantía del derecho a la vivienda, en cuanto a la localización (que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales) y a la disponibilidad de servicios materiales e infraestructura (incluido el alumbrado, sistemas de drenaje y eliminación de desechos, así como el acceso a los servicios de emergencia), factores éstos estrechamente vinculados con las cesiones urbanísticas gratuitas. De este modo, las condiciones y componentes del derecho a la vivienda digna, en los términos planteados en el apartado anterior de este concepto, son desconocidos por la expresión “cesiones”, razón por la cual ésta debería ser declarada inconstitucional.

c. Desconocimiento del derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad tiene dos facetas fundamentales: la igualdad formal ante la ley, esto es, el derecho a no ser discriminados injustamente y la igualdad material, la exigencia para equilibrar las oportunidades vitales de las personas y evitar situaciones extremas de desprotección y desamparo¹¹. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado en diferentes oportunidades que el principio de igualdad no establece una igualdad mecánica ni automática, sino que el principio de igualdad incluye la orden de tratar igual a los iguales y la de tratar desigualmente a los desiguales¹². De modo que la igualdad no es un criterio vacío que mide mecánicamente a los seres humanos equiparándolos desde el punto de vista formal pero dejando vigentes las causas de la desigualdad e inequidad sustanciales, sino un criterio jurídico vivo y actuante que racionaliza la actividad del Estado para brindar a las personas posibilidades efectivas y concretas de ver realizada, en sus propios casos, la justicia material¹³.

En aras de lograr la igualdad material o real, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la igualdad puede efectivizarse mediante la implementación de acciones afirmativas. Esto es, medidas que tiendan a discriminar positivamente a un sector de la población con miras a lograr mediante esa discriminación algún grado de igualdad.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-804 de 2006, M.P.: Humberto Sierra Porto.

¹² Al respecto ver: sentencia C-673 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia C-823 de 2006, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, sentencia C-928 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, sentencia C-992 de 2006, M.P.: Alvaro Tafur Galvis, sentencia C-154 de 2007 M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia T-040 de 1993, M.P.: Ciro Angarita Barón.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T- 823 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Las acciones afirmativas son “políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación”¹⁴. La jurisprudencia ha identificado como ejemplos de acciones afirmativas los subsidios en servicios públicos, las becas estudiantiles y las ayudas económicas para estudiantes de escasos recursos. En este orden de ideas, bien se podría señalar que la sujeción de las cesiones urbanísticas únicamente al criterio del precio es una medida de discriminación encaminada a que las personas de menos recursos puedan acceder a una vivienda.

Ahora bien, las medidas de discriminación positiva están expresamente autorizadas por la Constitución “no para marginar a ciertas personas o grupos ni para perpetuar desigualdades, sino para aminorar el efecto nocivo de las prácticas sociales que han ubicado a esas mismas personas o grupos en posiciones desfavorables”¹⁵.

Ahora bien, a pesar de que el derecho a la igualdad permita realizar un trato diferenciado entre desiguales, pueden presentarse en dicho trato violaciones al derecho mencionado. Para eso, la Corte utiliza el test de proporcionalidad, el cual consta de diferentes pasos que permiten examinar si el trato diferenciado establecido en una regla general es desproporcionado o irrazonable, o si el mismo es adecuado para alcanzar, aunque de modo parcial, un objetivo constitucional necesario. En relación con el test de igualdad y el juicio de proporcionalidad la Corte ha señalado:

“...para que un trato desigual no vulnere el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato¹⁶. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo”¹⁷.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-964 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-044 de 2004, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-570 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy.

Si del test de proporcionalidad surgiera la convicción de que los elementos arriba descritos concurren en la norma acusada, el juez constitucional está obligado a considerar el trato diferencial como ajustado a la Carta; de lo contrario, deberá retirar la disposición del ordenamiento. Ahora bien, en la norma demandada no concurren los elementos del test de proporcionalidad, como bien explica la demanda. Así, la medida persigue un objetivo constitucionalmente legítimo, esto es que los proyectos de vivienda de interés social sean viables financieramente, pues al sujetar las cesiones al precio de las viviendas, el espacio público que deberá ceder el urbanizador es menor y por tanto tendrá mayor espacio para construir más viviendas. Sin embargo, la medida no es adecuada, necesaria ni proporcional en estricto sentido: i) no es adecuada porque, como señala la demanda, condicionar las cesiones urbanísticas al criterio del precio permite que en el mismo espacio se construyan más viviendas de interés social que viviendas de otro tipo, lo que en principio no resulta inadecuado, pero que se convierte en tal cuando se contrasta con los principales argumentos del gobierno sobre el déficit de la vivienda de interés social, cuales son el alto valor del suelo construible y las normas urbanísticas (tamaño de las cesiones, lotes, etc.). Así, si el precio del suelo urbano está condicionado por el área construible, entre más viviendas se construyan, el predio tendrá un mayor valor, por lo que menores cesiones urbanísticas no disminuyen sino que aumentan el precio del suelo, con lo que se desconoce que uno de los objetivos de la norma es evitar el aumento del precio del suelo para incentivar la construcción de vivienda de interés social; ii) no es necesaria porque existen otros mecanismos para evitar el aumento de los precios del suelo contenidos en la misma ley 388 de 1997 como son: determinar en los planes de ordenamiento territorial porcentajes del nuevo suelo que deberían destinarse al desarrollo de vivienda de interés social o la declaratoria de desarrollo o construcción prioritaria; y iii) no es proporcional en estricto sentido porque los costos que acarrea son mayores que los beneficios, lo cual se demuestra, entre otros aspectos en que: a) al aumentar el valor del suelo pone en riesgo la construcción de más viviendas de interés social; b) los habitantes de viviendas de interés social tienen acceso a espacios públicos más pequeños y de menor calidad; y c) convierte a los ciudadanos de menos recursos en ciudadanos de segunda categoría, al discriminarlos en el acceso a bienes y servicios propios del espacio público, poniendo en riesgo además la vigencia de derechos colectivos ligados al derecho al espacio público. De modo que, por tratarse de una discriminación injustificada que no pasa el test de proporcionalidad, en contra además de la población de menores recursos y por ende vulnerable, la norma demandada debería ser declarada inconstitucional.

d. Espacio Público

El Espacio público es un derecho constitucional objeto de protección por parte del Estado. Su desconocimiento, de acuerdo con la Corte Constitucional, impide la supervivencia biológica e individual y el desempeño normal del individuo en su entorno. La garantía del derecho al espacio público implica la correlativa garantía de derechos sociales y colectivos como la

recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y el goce de un medio ambiente sano. La ley 9ª de 1989 define el espacio público como:

“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 las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

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

La importancia del derecho al espacio público está ligada a la posibilidad de contar con espacios de encuentro que posibiliten “la construcción de un tejido social en el que cada individuo se reconoce como miembro de una comunidad y se relaciona con otros para la satisfacción de sus intereses y necesidades”¹⁸. Adicionalmente, el acceso al espacio público “genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana” y “a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad o de los centros habitacionales modernos (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.)”¹⁹.

La norma acusada, al permitir que las cesiones urbanísticas sean menores tratándose de la construcción de vivienda de interés social, desconoce que es derecho de todos los ciudadanos por igual contar con acceso al espacio público y dificulta la construcción de un tejido social fuerte en las comunidades que acceden a este tipo de vivienda.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-601A de 1999, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

3. Conclusión

Sujetar al único criterio del precio las especificaciones o características de loteos y áreas construidas de urbanizaciones de interés social, así como las cesiones urbanísticas gratuitas que deben hacer los urbanizadores al construir este tipo de viviendas es inconstitucional por desconocer los derechos a la vivienda digna, a la igualdad y al espacio público. Todos los ciudadanos, sin distinción de clase social, debemos estar en la posibilidad de acceder a una vivienda digna, entendiendo que por ella se hace referencia no sólo al mero techo sino también a la posibilidad de contar con condiciones de habitabilidad, accesibilidad a servicios públicos y sociales, adecuación cultural y espacios públicos de calidad y en proporciones semejantes. Esto porque la discriminación existente entre las personas que acceden a viviendas de interés social y las personas que por gozar de mejores condiciones económicas acceden a otro tipo de vivienda contribuye, entre otros aspectos a incrementar la diferenciación entre ciudadanos basadas en la condición socioeconómica y desconoce los derechos a la vivienda digna y al espacio público, razones por las cuales las normas demandadas deberían ser retiradas del ordenamiento jurídico.

IV. PETICIÓN

Basados en los anteriores argumentos solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de las expresiones “cesiones” y “de precio”, contenidas en el párrafo único del artículo 15 de la ley 388 de 1997.

Atentamente,

Gustavo Gallón Giraldo
Director y Representante
Legal
Comisión Colombiana de Juristas
C.C. 19.157.375

Fátima Esparza Calderón
Coordinadora Área de Promoción y Debates
Comisión Colombiana de Juristas
C.C. 52.265.962

Astrid Orjuela Ruiz
Abogada Promoción y Debates
Comisión Colombiana de Juristas
C.C. 53.108.081

Felipe Alejandro Galvis Castro
Investigador DESC
Comisión Colombiana de Juristas
C.C. 79.787.465