

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE
ABOGADO**

**“DELITOS URBANISTICOS COMO MECANISMO APROPIADO
PARA GARANTIZAR EL CORRECTO USO Y GESTION DEL
SUELO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO”**

MIZRAIM ENRIQUE TUFÍÑO LOZA

DIRECTOR: DR. MIGUEL ANGEL BOSSANO

Quito, Octubre 2017

Sony: Por favor agregar a la carpeta del estudiante. JF. 2017/10/02

Quito, 2 de octubre de 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR**
En su despacho.-

De mi consideración:

Cumpliendo con la designación de Profesor Informante de la disertación previa a la obtención del título de abogado intitulada "**DELITOS URBANÍSTICOS COMO MECANISMO APROPIADO PARA GARANTIZAR LE CORRECTO USO Y GESTIÓN DEL SUELO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**", elaborada por el señor Mizraim Enrique Tufiño Loza, me permito presentar el siguiente informe:

El tratamiento de los delitos urbanísticos se basa en un estudio teórico, para posteriormente analizar la construcción y tipificación de los mismos y finalmente proponer tipos penales urbanos que puedan ser introducidos en el ordenamiento jurídico de nuestro país, por lo que la investigación del señor Tufiño Loza adquiere especial interés.

En el trabajo realizado por el estudiante, en primer lugar, se realizan precisiones terminológicas y conceptuales sobre la ciudad y el urbanismo; a continuación, se desarrolla el tema de la ciudad y el derecho desarrollando varios conceptos como el del derecho a la ciudad; luego, analiza lo relacionado con los delitos urbanísticos, en donde detalla los conceptos, los elementos de los delitos y las sanciones; a continuación se refiere a los delitos urbanísticos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para finalmente determinar las conclusiones, recomendaciones y las propuestas dentro del tema investigado.

En la tesis el autor incluye varias conclusiones de interés, sin que pueda coincidir totalmente con estos criterios, tema que será discutido en la instancia académica en la que el estudiante emita su disertación sobre el tema realizado.

Considero que la disertación: intitulada "**DELITOS URBANÍSTICOS COMO MECANISMO APROPIADO PARA GARANTIZAR LE CORRECTO USO Y GESTIÓN DEL SUELO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**", elaborada por el señor Mizraim Enrique

Recibido a las 10:07

o/f. JF

*11.10.17
JF*

Tufiño Loza debe ser calificada con la nota de NUEVE (9) en orden a la obtención del título de abogada.

Del señor Decano, me suscribo atentamente,



Dr. Marco Proaño Durán
Profesor Informante



Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

Asy. los hechos expone a la competencia de la estructura. Efrén 2017/09/14

Quito, 14 de septiembre de 2017

Señor Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario Abogado, Facultad de Jurisprudencia
Presente.

De mi consideración

El motivo de la presente es informarle que el Sr. Mizraim Enrique Tufiño Loaiza ha completado, conforme a las normas establecidas por la PUCE, la disertación titulada "*Delitos Urbanísticos como mecanismo apropiado para garantizar el correcto uso y gestión del suelo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano*". Al respecto me permito hacer los siguientes comentarios, que usted puede encontrar la tabla adjunta al presente documento.

Parámetro	Pregunta	SI	NO	Desarrollo de la respuesta
Estructura General	1. ¿El tema de la disertación se ajusta a los requerimientos de la Facultad de Jurisprudencia?	X		El estudiante ha realizado un trabajo en el que busca demostrar la existencia de la aplicación, en el marco del Derecho Penal de los conceptos de urbanismo y derecho a la ciudad. Al respecto, el Sr. Tufiño ha realizado un recorrido legal y doctrinal del concepto del derecho a la ciudad, para enmarcarlo después en las dinámicas del derecho penal de ultima ratio ecuatoriana, explicando sus características y mecanismos básicos de funcionamiento. Esto corresponde a lo que la Facultad y la Universidad se ha centrado los últimos dos años, especialmente desde la Conferencia Hábitat III, que se desarrolló en la ciudad de Quito en el año 2016. Es un ejercicio interesante que confirma la vocación investigativa del alumno, y que cumple los objetivos de aprendizaje de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
	2. ¿El título del texto es adecuado?	X		El título es completo y contiene las variables utilizadas en el análisis. Aunque, de la lectura del documento, no se explica como se entiende la gestión de uso de suelo, con el derecho penal, y la gestión territorial. Se entienden como elementos desconectados, y sin una relación completa.
	3. ¿El texto aporta a la teoría del conocimiento sobre el área que trata?	X		En el caso de la República del Ecuador, no existen estudios relativos a la arista penal en el caso del derecho a la ciudad. A pesar del esfuerzo del estudiante, todavía hay elementos que no logran ser tratados con la profundidad suficiente en la tesis. Aunque se hace una fuerte construcción teórica del Derecho a la Ciudad, la inclusión de un capítulo que describe los tipos penales relacionados al uso del suelo que no logra demostrar la relación de estas conductas ilícitas con el Derecho a la Ciudad, cosa deberá ser demostrada en el momento de la defensa oral de grado.
	4. ¿Existe concordancia entre	X		El texto se encuentra articulado y desarrollado de forma completa.

¹ Según el reglamento de Régimen Académico del CES (art. 21.3) la titulación de pregrado incluye "la fundamentación metodológica y la integración de aprendizajes que garanticen un trabajo de titulación directamente vinculado con el perfil de egreso que contribuya al desarrollo de las ciencias, las tecnologías, las profesiones, los saberes y las artes".

Guía de análisis:

Las disertaciones presentadas en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE deben demostrar, de acuerdo a los objetivos de la carrera, que el estudiante sea capaz de:

- Identificar instituciones jurídicas.
- Analizar el funcionamiento y la estructura del sistema jurídico ecuatoriano.
- Valorar los hechos, fenómenos y problemas jurídicos- sociales dentro de las normas y demás fuentes del Derecho.
- Juzgar los mecanismos de solución y exigibilidad más adecuados para su pretensión.
- Asumir el rol del abogado en la sociedad a la luz de los valores éticos y cristianos.

- 1 -

Dirección: Av. José María Guerrero N70-167 y Alfonso del Hierro
Telf: 2492800 / 09999851975
Quito, Ecuador - Sudamérica
Correo electrónico: mutamur@gmail.com

Recibido 14/sep/2017



Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

	las diferentes secciones del texto?			
	5. ¿El contenido del texto es comprensible para el/la lector(a)?	X		El texto tiene un ritmo de lectura adecuado y su contenido mantiene el nivel requerido por la Facultad de Jurisprudencia, aunque hay varios errores de sintaxis y redacción.
Argumentación y uso de Herramientas Jurídicas	6. ¿Existe actualidad y pertinencia en la realidad social y jurídica materia del texto?	X		<p>En el presente caso, hay una serie de elementos que deben ser repensados por el estudiante en vista de su defensa final de grado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El Derecho a la Ciudad está construido como una prerrogativa subjetiva con varios alcances. En primer lugar, su contenido complejo obliga al Estado y a los operadores jurídicos a asumir que hay una interdependencia e interconexión de las necesidades de los ciudadanos que deben ser satisfechas por el Estado y por los particulares². En el caso de la disertación del estudiante no se tiene en cuenta ese particular, sino que lo concibe como un derecho constitucional, sin un contenido claro, y sin mecanismos que muestren su alcance, contenido y mecanismos litigiosos. 2. En segundo lugar, el estudiante busca enmarcar el derecho a la ciudad en un mecanismo positivista tradicional, cuando no existe una estructura fija en ese contenido de Derecho. Tradicionalmente, existe una base o núcleo mínimo basado en el bien jurídico a defender. En el caso de los derechos de los urbanitas, la existencia de tantos procesos de construcción social como ciudades hay en el planeta exige que cada grupo humano construya ese contenido mínimo, lo que depende con de instrumentos de construcción colectiva y alcance técnico como son los Planes de Ordenamiento Territorial³. 3. Finalmente, no hay el texto mecanismos interpretativos que asocien el derecho penal, y los ilícitos urbanos con el derecho penal. No se toma en cuenta que el Derecho a la Ciudad incluye los aportes transversales de otras ciencias e incorpora en la actividad jurídica con conceptos que no son reflexiones del legislador, sino son producto de la Ingeniería, la Arquitectura, las Ciencias Humanas y el Arte⁴.
	7. ¿Se incluye una hipótesis coherente o problema de investigación que fue realizado correctamente en el desarrollo del texto?	X		La hipótesis se encuentra incluida y desarrollada.
	8. ¿La literatura citada es actualizada y acorde al tema?	X		Se encuentra la literatura correspondiente, pero no se tiene en cuenta la reflexión más básica sobre derecho a la ciudad que es el texto JACOBS, Jane. <i>The death and life of great American cities</i> . Vintage, 2016.

² Es importante tener en cuenta que la jurisprudencia internacional "considera pertinente recordar la *interdependencia* existente entre *los derechos* civiles y políticos y *los* económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como *derechos* humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos *los* casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello" Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, Párrafo 101.

³ Esto incluye, tal como lo plantea Hart imparcialidad y neutralidad en el levantamiento de las alternativas: la consideración de los intereses de todos los que se verán afectados; y una preocupación para desplegar algún principio general aceptable como base para la toma razonada. Cfr. Lyons, David. "Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation". *Law and Philosophy* 18.3 (1999): 297-309.

⁴ Salas, Minor E. "Interdisciplinariedad de las Ciencias Sociales y Jurídicas: ¿Impostura intelectual o aspiración científica?." *Revista de ciencias sociales* 113 (2006): 55-69.

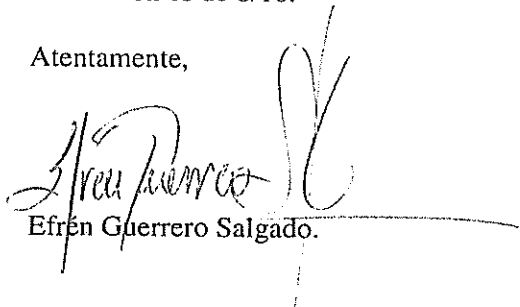


Efrén Guerrero Salgado, PhD.
Abogado

	9. ¿Existe argumentación jurídica correcta y cumple las reglas mínimas de la hermenéutica?	X		No hay elementos en el texto que muestren la existencia de una metodología, aunque hay elementos especialmente en el área penal que muestran manco de la técnica penal.
	10. ¿El estudiante es capaz de incluir pensamiento propio?	X		Todo el documento es consecuencia de un trabajo por parte del estudiante.
	11. ¿Existe coherencia metodológica en toda la estructura del trabajo?	X		No hay coherencia en el aparato metodológico realizado por la estudiante, dado que no hay una sección que lo explique.
	12. ¿Las conclusiones son claras y están relacionadas con el contenido del trabajo presentado?	X		Las conclusiones son claras y actualizadas en relación al contenido del trabajo.
Forma y Presentación	13. ¿El estilo de escritura es didáctico, bien desarrollado y gramaticalmente correcto?	X		Se cumplen las reglas de estilo, forma y gramática solicitadas por la PUCE.
	14. ¿Se cumplen las reglas de estilo exigidas por la PUCE ⁵ ?	X		

Considerando los antecedentes, considero que la calificación que debería tener la presente disertación es de 8/10.

Atentamente,



Efrén Guerrero Salgado.

⁵ De acuerdo a las reglas de la PUCE, se sugiere que se utilice el formato del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*

DEDICATORIA

A Carlos, Verónica y Victoria, los pilares fundamentales de mi vida, a quienes les debo mis objetivos logrados, por siempre brindarme su fortaleza, aliento y cariño.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios principalmente, por ser mi guía y compañía a lo largo de mi vida, brindándome sus bendiciones, y fortaleza para superar los obstáculos, que me ha permitido culminar esta etapa.

Agradezco a todos quienes han formado parte de mi vida, mis padres, profesores, familiares y amigos, a quienes siempre llevo en el corazón con especial gratitud y cariño, quienes a través de sus experiencias, consejos y enseñanzas han influido para me convierta en la persona que soy hoy.

Abstract

The City is the space where the life of human beings is fully developed, where people realize their rights, their obligations and where they satisfy their basic needs that allow them to develop as individuals; therefore it requires special protection. The Law has established several mechanisms to do so, such as Urban Law and the recognition of the right to the city, understood as the right of access and full enjoyment of public space.

The constant City violations combined with new forms of crime have required the use of other mechanisms to appropriately protect this important element for life in society, so that is the reason why urban crimes are proposed.

Thus, this research aims to explain how Criminal Law through the criminalization of Crimes against land planning and urbanism, can become the appropriate legal tool to ensure the protection of the City and the elements that compose it, such as the proper use and management of land, historical heritage, and the effective enjoyment of the right to the city.

Resumen

La Ciudad es el espacio donde se desarrolla por completo la vida de los seres humanos, en donde hacen efectivos sus derechos, sus obligaciones y donde satisfacen sus necesidades básicas que les permiten desarrollarse como personas; por lo tanto requiere de especial protección. El Derecho ha establecido varios mecanismos para hacerlo, como son el Derecho Urbanístico y el reconocimiento del derecho a la ciudad, entendido como aquel derecho de acceso y disfrute pleno del espacio público.

Las constantes violaciones a la Ciudad combinadas con las nuevas formas de delincuencia, han requerido que se empleen otros mecanismos para proteger adecuadamente este espacio tan importante para la vida en sociedad, por lo cual se proponen los delitos urbanísticos.

Es así que la presente investigación pretende explicar como el Derecho Penal, a través de la tipificación de Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, puede convertirse en la herramienta jurídica apropiada para garantizar la protección a la Ciudad y los elementos que la componen, como el adecuado uso y gestión del suelo, el patrimonio histórico y el goce efectivo del derecho a la ciudad.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
Capítulo I.....	5
La Ciudad.....	5
1. Urbanismo y Ciudad.....	5
1.1. Ciudad.....	5
1.2. Urbanismo.....	14
Capítulo II	20
La Ciudad y el Derecho.....	20
2.1 Derecho Urbanístico	22
2.1.2. Concepto	25
2.2 Derecho a la Ciudad.....	31
Capítulo III.....	47
Delitos Urbanísticos	47
3.1. Infracciones Urbanísticas	50
3.1.1. Concepto	51
3.1.3. Sanciones Urbanísticas	59
3.2 Delitos Urbanísticos	64
3.2.1. Elementos del Delito Urbanístico	66
3.2.2. Sanciones	70
Capítulo IV.....	72
Delitos Urbanísticos en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano	72
4.1. Necesidad del Derecho Penal	72
4.1.1. Ineficacia de las Sanciones Administrativas.....	72
4.1.2. Relevancia del Bien Jurídico Protegido.....	76
4.1.3. Gravedad de las infracciones	76
4.2. Delitos Urbanísticos en el Código Orgánico Integral Penal.....	78
4.3. Tipificación de posibles Delitos Urbanísticos.....	83
Conclusiones	90
Recomendaciones.....	96
Bibliografía	98
Fuentes	102

Introducción

La Ciudad debe ser entendida como aquel espacio en donde la vida de un ser humano se desarrolla en su totalidad, donde realizan todas sus actividades personales, laborales, educativas, culturales, sociales, en donde desarrolla valores humanos de solidaridad, tolerancia y respeto, y que permite conservar la historia de los individuos, su personalidad e identidad.

Fundamentalmente es el lugar en donde ejerce sus derechos, y obligaciones; la ciudad es el espacio de aplicación de todos los derechos, derecho a la vida, derecho a la identidad, y principalmente uno de los derechos humanos más importantes de este siglo, que es el derecho a la ciudad, el cual se compone de varios derechos urbanos y prerrogativas que pretenden reducir las desigualdades.

La Ciudad, es el máximo lugar de expresión de los derechos ciudadanos (Borja, Espacio Público y Derecho a la Ciudad , 2012, Pag. 5), por lo tanto es importante protegerla a través de normativa, y gestión política de los órganos de gobierno competentes (en el caso ecuatoriano, los Gobiernos Autónomos Descentralizados).

El Derecho, considerando a la Ciudad como un bien jurídico de gran importancia para la colectividad, ha establecido mecanismos jurídicos para su protección y la de quienes habitan en esta, que son por un lado el Derecho Urbanístico (como rama del Derecho Administrativo), a través de la diferente normativa y disposiciones urbanas; y por otro el reconocimiento del derecho a la ciudad, como un macro derecho que garantiza y protege varios derechos urbanos conexos (como el derecho al hábitat, o a la movilidad), y que reivindica otros no-urbanos (como el derecho al trabajo, o a la educación)

El Derecho Urbanístico, se manifiesta a través de planes de ordenamiento territorial, planes de uso y ocupación del suelo, políticas públicas en materia urbanísticas, en los proyectos de zonificación, ordenanzas que regulan la urbanización, construcción, planificación, y demás temas relativos al suelo, y a través de normas legales, con las que se pretende regular el espacio público, el desarrollo ordenado de las urbes y el efectivo goce y acceso de la población a la Ciudad.

Por otro lado el “derecho a la ciudad”, considerado como aquella facultad que tienen los ciudadanos de poder utilizar el espacio público de forma libre y sin restricciones, de la manera en que mejor les permita expresar sus derechos y satisfacer sus necesidades, e intereses, así como la facultad de intervenir en el proceso de creación de la Ciudad, en base a sus requerimientos, ideales y realidades. El lugar de aplicación de los derechos se encuentra claramente dentro de las ciudades.

Por tal motivo el derecho a la ciudad puede ser expresado a través de un sinnúmero de actividades, que muchas veces pueden ser consideradas ilícitas, como las ventas ambulantes.

David Harvey, uno de los principales urbanistas en desarrollar este concepto, establece que es un derecho colectivo, un derecho común, que permite a la persona hacer y rehacer a las ciudades y al individuo mismo, puesto que al cambiar a la ciudad también se cambia al ser humano. (Harvey, Ciudades Rebeldes: Del derecho de la ciudad a la revolución urbana, 2013)

Este concepto refleja que la Ciudad es una expresión del ser humano y de la sociedad (según su realidad social, económica, política) por la cual debe ser construida en base a los requerimientos, ideales y necesidades de la población, quien se convierte en el principal actor en el proceso de construcción de espacio público, pues a fin de cuentas es el principal beneficiado o afectado por el mismo, por lo tanto la autoridad competente deberá establecer mecanismos adecuados de participación activa.

Los mecanismos jurídicos a través de los cuales se protege a la Ciudad, requieren de un régimen sancionador, para que las disposiciones urbanas sean cumplidas, por lo cual ha recurrido a la tipificación de infracciones y sanciones urbanísticas de carácter administrativo, que van desde la construcción ilegal cuando esta no cuenta con un permiso de construcción, el cambio no autorizado de destino de un inmueble, hasta la destrucción de patrimonio y el medio ambiente.

Lamentablemente las nuevas formas de delincuencia, la falta de eficacia y efectividad de las sanciones urbanísticas, han provocado que se siga vulnerado a la Ciudad, los bienes jurídicos que la componen y a quienes habitan en ella, por lo tanto al ser un concepto tan importante socialmente, se requiere a otro mecanismo jurídico para su protección, que es el Derecho Penal, a través de los denominados **Delitos Urbanísticos**.

La complejidad del concepto Ciudad, y la importancia que tiene para la Administración Pública como para los ciudadanos, hace que los delitos urbanísticos proteja una pluralidad de bienes jurídicos. (Renat Garcia, 2001). Por lo tanto se debe determinar un solo bien jurídico protegido que en englobe al resto de bienes, y este es la Ciudad, como un “macro bien”, que se compone del urbanismo, correcto uso del suelo, ordenamiento territorial, ambiente, patrimonio, espacio público y derecho a la ciudad.

El tratamiento delitos urbanísticos en la presente investigación, se basa en un estudio exclusivamente teórico, que parte de la explicación de los principales temas urbanísticos, como el espacio público, urbanismo y urbanización, y del derecho a la ciudad, para posteriormente analizar la construcción y tipificación de los delitos urbanísticos, y finalmente proponer tipos penales urbanos que puedan ser introducidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el primer capítulo se han desarrollado los temas de Ciudad, espacio público, urbanismo y urbanización, estableciendo sus conceptos, alcance, nociones generales, y composición; se ha hecho una explicación teoría de lo que significan dichos conceptos para lo cual se ha utilizado el método teórico explicativo, como mecanismo para explicar los términos bases de la investigación.

En el segundo capítulo, se ha realizado una descripción y análisis de los mecanismos jurídicos utilizados por el Derecho, para la protección de la Ciudad, que son el Derecho Urbanístico, y el reconocimiento del derecho a la ciudad; explicándose su concepto, alcance y la forma en la que protegen los bienes jurídicos urbanos.

El capítulo tercero se centra exclusivamente en el régimen urbano sancionador, que se compone por las infracciones (administrativas) y delitos urbanísticos. Por un lado se realiza una explicación de los conceptos básicos de infracción, lo tipos de infracciones y las sanciones urbanísticas que se han previsto, por otro lado se explica la teoría penal de los delitos urbanísticos, y su construcción típica, a fin de determinar si son el mecanismos adecuado para proteger el bien jurídico Ciudad.

En el último capítulo el desarrollan, y la construyen de los tipos penales urbanísticos que deberían ser incluidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de proteger los bienes jurídicos urbanos, que se encuentran en constante vulneración, así como para permitir el efectivo goce del derecho a la ciudad.

Al final de la presente investigación se ha podido determinar que existen varios delitos urbanísticos en el Código Orgánico Integral Penal, que requieren ser complementados través de nuevos tipos penal, para así lograr un régimen urbano sancionador completo, que proteja a la Ciudad (como macro bien). Y que el mecanismo o medio mas apropiado para proteger a los bienes jurídicos urbanos, y restaurar la legalidad urbana, son los delitos urbanísticos, combinados con las sanciones administrativas.

Capítulo I

La Ciudad

1. Urbanismo y Ciudad

Los primeros conceptos a ser analizados, son aquellos sobre los cuales se desenvuelve principalmente el problema de la presente investigación, y que se encuentran vinculados con el derecho que se pretende proteger como es el derecho a la ciudad.

1.1. Ciudad

La ciudad podría en principio parecer un concepto de fácil definición, pero esta por su dinámica y su esencia, tiene cierta complejidad al momento de ser explicada, especialmente por todas las aristas, y puntos de vista que puede tener, pues para cada individuo o grupo social, la ciudad tiene diversos significados; los conceptos de ciudad varían según cada tiempo y cada pueblo.

Para teóricos de las ciencias sociales, especialmente las ciencias jurídicas, es muy común hablar de ciudad o de urbanismo, como un concepto, único e individual, que requiere ser delimitado, para de esa manera poder ser regulado apropiadamente (Universidad de Barcelona, 2003); mientras que para urbanistas e incluso para arquitectos este concepto no es único, sino amplísimo, llegando así a hablar de varios urbanismos, y de existencia de varias ciudades (dentro de una misma ciudad), como conceptos abstractos y múltiples. (Orozco Giraldo, 2012)

Además las ciudades son cambiantes, son como entes vivos, que se van transformando cada cierto tiempo, en base a las circunstancias, condiciones y realidades sociales, políticas, espaciales y económicas de la población; así lo ha planteado uno de los más grandes urbanistas, y precursores del hoy llamado “derecho a la ciudad” como lo es Henri Lefebvre, quien explicó la existencia de varios tipos de ciudades a través de la historia, como la ciudad Griega o la ciudad antigua, y la ciudad industrial, la cual posteriormente se transformó en lo que hoy se conoce como ciudad urbana, fruto de las diferentes realidades sociales y la globalización que se ha producido en los últimos años. Señala que las ciudades se han ido urbanizando, a través de un fenómeno que se ha extendido incluso hacia los campos,

consiguiendo que se amplíen los límites de las ciudades y que se refuerce la centralización. (Lefebvre, El Derecho a la Ciudad, 1978).

Además explica el dinamismo de la ciudad, señalando que:

“La ciudad mantuvo siempre relaciones con la sociedad en su conjunto, con su composición y funcionamiento, con sus elementos constitutivos..., con su historia. Cambia pues cuando la sociedad en su conjunto cambia” (Lefebvre, 1978)

Como se ha podido evidenciar, no es posible hablar de un concepto único de ciudad, pues esta siempre va cambiando con el paso del tiempo, como lo ha demostrado la historia, y que este último cambio ocurrió hace varias décadas (con el paso de ciudad industrial a ciudad urbana), situación que incluso fue predicha por Lefebvre.

Ese es el motivo de la dificultad de definir este concepto, pero lo que sí se puede hacer con facilidad es establecer ciertas nociones generales comunes a todas las ciudades.

El urbanista Jordi Borja, en el capítulo primero de su obra titulada, “Espacio público, ciudad y ciudadanía”, establece un concepto sencillo pero interesante de lo que es la Ciudad como:

“Un lugar con mucha gente..... Una concentración de puntos de encuentros. En la ciudad lo primero son las calles y plazas, los espacios colectivos, sólo después vendrán los edificios y las vías” (Borja & Muxi, 2000)

De este concepto los principales puntos que se pueden extraer respecto de las ciudades, es que es un lugar con alta densidad poblacional; el autor no aclara a que se refiere con el término “mucha gente”, pero se podría inferir que se trata exclusivamente a las ciudades urbanas.

El otro punto es en lo referente a la existencia de lugares de encuentro, pues se tratan de espacios en donde las personas dentro de la ciudad, realizan sus actividades y ejercen sus derechos como ciudadanos y seres humanos, como lo son las escuelas, hospitales, espacios públicos, entre otros.

Como último punto, se debe tomar en cuenta la importancia que se le da a los espacios públicos, siendo estos los que priman en una ciudad, y esas es la razón por la que el urbanista Jordi Borja considera a la ciudad como espacio público, tema que se explicará con mayor profundidad en los siguientes puntos del capítulo.

Este concepto, no solo explica de manera sencilla lo que una ciudad significa, sino también establece el porqué una ciudad es importante, esto es porque constituye un punto de encuentro, lleno de espacios públicos, en donde los ciudadanos, o la “gente”, puede ejercer sus derechos y realizar todas sus actividades, no solo como entes activos de la ciudadanía, sino además como seres humanos.

Por esa razón, Jordi Borja, en su obra “Espacio público, ciudad y ciudadanía”, basándose en términos etimológicos establece otro concepto de lo que es ciudad, estableciendo:

“La ciudad es entonces urbs, concentración de población y civitas, cultura, comunidad y cohesión. Pero también polis, lugar de poder, de la política como organización y representación de la sociedad, donde se expresan los grupos de poder, los dominados, los marginados y los conflictos. (Borja & Muxi, 2000)”

En este concepto, se consideran todas las expresiones y dimensiones de ciudad, como lo son la dimensión físico-territorial, en lo referente a la concentración de población, la dimensión cultural y social, en lo referente a los espacios de comunidad y expresión, y por último la dimensión política en lo referente a la participación y representación de la sociedad.

Además se ve a la ciudad como un espacio de inclusión y de integración de todos los grupos de la sociedad, como los marginados, que en la legislación ecuatoriana se pueden traducir como los grupos de atención prioritaria o grupos en situación de vulnerabilidad.¹

Entonces la ciudad es considerada como un espacio de expresión y representación de todos los grupos sociales, y eso se traduce en el efectivo goce y ejercicio del “derecho a la ciudad”, el cual se explicará con mayor detenimiento en los próximos capítulos.

Es interesante revisar la afirmación sobre la ciudad realizada por Constantin Cavafis, en su poema denominado “La ciudad”, en donde dice:

¹ El Art 35 de la Constitución de la Republica del Ecuador, establece cuales son los grupos de atención prioritaria:

“Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

“La ciudad irá, donde tu vayas” (Cavafis, 2009)

Este a pesar de ser una afirmación bastante sencilla, explica mucho respecto del fondo abstracto y espiritual que tiene una ciudad, pues así se explica que estos espacios son contruidos por los seres humanos, por los ciudadanos.

Cada persona lleva la ciudad, porque la construye, porque cada uno tiene un ideal de ciudad, cada uno la usa y goza de determinada manera², por lo tanto la ciudad como concepto abstracto e inmaterial te acompaña a donde vayas, pues así construyes ciudad. Al hablar del espacio público se podrá entender porque el concepto de ciudad es inmaterial y el de espacio público material y físico.

De igual forma respecto de la construcción de ciudad Robert Park, se aleja de la definición clásica y diseña un concepto sociológico, estableciendo que la ciudad es:

“El intento más coherente y en general mas logrado del hombre por rehacer el mundo en el que vive de acuerdo con sus deseos más profundos....”

Así pues indirectamente y son ninguna conciencia clara de la naturaleza de su tarea, al crear la ciudad, el hombre se ha recreado a sí mismo” (Park, 2013)

Como se puede observar para este autor la ciudad debe ser considerada como el medio de expresión de la sociedad, de sus necesidades y sus deseos, materializada a través de los diferentes espacios públicos y construcciones privadas. Esto se relaciona de gran manera con los conceptos establecidos por Lefebvre respecto del dinamismo de las ciudades, por lo tanto si el ser humano cambia sus deseos y la forma en la que se ve representado la ciudad también cambiará.

De la tal manera que en algunos años se podría establecer otro tipo de ciudad, a la que se podría denominar como ciudad futurista o tecnológica, debido a los grandes avances producidos en esa rama en los últimos años; y esta situación generaría la necesidad de producir otro concepto de ciudad, en bases a la realidad social de dicho momento.

² Henri Lefebvre realiza una afirmación similar en su obra “Derecho a la Ciudad”, indicando que los “urbanos transportan lo urbano consigo”. Esto produce crecimiento de las ciudades o formación de nuevas, pues cuando los denominados urbanos van al “campo”, trasladan esta necesidad de Ciudad (urbe), y la construyen (Lefebvre, El Derecho a la Ciudad, 1978).

En base a las explicaciones realizadas anteriormente, se puede establecer un concepto de lo que significa “Ciudad”, la cual se le puede considerar como el espacio público o el lugar, en donde los individuos desarrollan todas sus actividades como ciudadanos, y viven en sociedad, la cual se construye en base de los deseos y requerimientos de los mismos³, quienes se encuentra influenciados, por la realidad o las condiciones sociales, económicas, políticas y culturales que en se encuentra viviendo en determinado momento.

Como se ha podido observar en todas las explicaciones realizadas, el concepto de espacio público, siempre es mencionado, en especial en la doctrina de Jordi Borja, por lo que es normal que surjan las siguientes interrogantes ¿Qué es espacio público? y ¿Cómo se diferencia del concepto de Ciudad?

1.1.1. Espacio Público

Para el urbanista Jordi Borja, el espacio público es la ciudad, entendida como un conjunto de elementos, entre los que se pueden encontrar, las calles, las plazas, las áreas comerciales, entre otras, que permiten el paseo y el encuentro, además es un espacio físico de expresión colectiva, de representación y de una finalidad social, en donde toda la sociedad se hace visible (Borja & Muxi, 2000).

Hablar de ciudad, es hablar de espacio público, como un conjunto de elementos, de bienes, de lugares, en donde los ciudadanos, o seres humanos se relacionan, y desarrollan sus capacidades y potencialidades; tal y como lo dice el autor es un espacio de *expresión colectiva* (Borja & Muxi, 2000), en donde las personas expresan sus deseos, necesidades, y las satisfacen, aspecto que se relaciona en gran manera con el concepto sociológico de ciudad de Robert Park.

Para la arquitecta mexicana, María de Lourdes García, el espacio público puede ser entendido como:

³ Tal y como lo explica Consuelo Orozco Giraldo en su obra “Las vecindades y los urbanismos imaginarios son organismos con vida propia, quien señala “*Vivimos en la ciudad, que elegimos*”, pues esta se construye en base a los deseos y necesidades de la población. No es el Gobierno o la Autoridad que construye los espacios públicos y las ciudades, sino los individuos a través de diferentes mecanismos de expresión (Orozco Giraldo, 2012).

“Aquel territorio de la ciudad en donde cualquier persona tiene derecho a estar y circular libremente, ya sean espacios abiertos como plazas o calles; O espacios cerrados como bibliotecas o centro comunitarios” (García Vázquez)

Esta definición aclara la razón por la que se estudia al espacio público, como un concepto separado de la ciudad, a pesar de que son términos que pueden ser considerados como similares, en especial para la doctrina de Jordi Borja, quien los considera como sinónimos⁴.

El espacio público debe ser entendido más como un concepto concreto, de expresión física y material de los deseos de los ciudadanos, en donde estos efectivamente ejercen sus derechos, mientras que el concepto de ciudad, es entendido más como un concepto abstracto, que engloba no solo cosas materiales, si no un conjunto de expresiones, de deseos, y voluntades; como un concepto más espiritual o social por así decirlo.

Además el espacio público para esta autora hace referencia a los lugares comunes a todas las personas, como las plazas o los parques, aquellos espacios construidos por las autoridades públicas, destinados para el uso de todos los ciudadanos⁵; en este concepto se excluyen los espacios privados, como casas o patios de uso exclusivo de ciertas personas o cierto grupo, al cual no todos los ciudadanos tienen acceso, por un tema de derecho a la propiedad privada.

En base a este concepto, el espacio público constituye una expresión material de lo que es la ciudad, que se conforma por las calles, las plazas, los parques, o cualquier espacio al que todas las personas tienen acceso⁶.

Por otro lado Allan Jacobs realiza un análisis muy interesante, en su obra “Great Streets”, pues considera que el espacio público constituye un indicador de calidad de la ciudad, un

⁴ Cabe señalar que en la presente investigación la teoría que se toma en cuenta es la de Jordi Borja, que toma a los conceptos de ciudad y de espacio público como sinónimos, pero es necesario explicar sus diferencias doctrinales y conceptuales.

⁵ La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 31, establece una diferencia entre ciudad y espacio público, considerando una relación género y especie respectivamente.

⁶ El Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), considera al espacio público, como los bienes de uso público, a los cuales los enumera en su Art. 417. Por lo tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se entiende al espacio público como se conjunto de bienes que conforman una ciudad.

espacio de expresión política, social, cultural, e incluso psicológica, en donde los ciudadanos se relacionan entre sí. Además señala que los espacios públicos constituyen una pieza fundamental para la construcción, y recuperación de la ciudad en general. (Jacobs, 1993)

Para este autor los espacios públicos, o las calles a las que exclusivamente se refiere, son más que utilidades públicas o simples bienes, sino deben ser considerados como mecanismos de relación y comunicación social, en donde las personas se encuentran a sí mismas, y a sus pares. Lo más importante que establece es que los espacios públicos deben ser producidos con la finalidad de producir “ciudad sobre ciudad”, esto implica que los espacios permitan la correcta relación de los individuos, y efectivamente sean espacios de expresión social. (Jacobs, 1993)

Esta reflexión le da la importancia que se merece al espacio público, pues si este se encuentra dispuesto de manera adecuada, atendiendo lo establecido en planes de ordenamiento territorial, y en recomendaciones de urbanistas y arquitectos, se puede hacer que las ciudades produzcan todos los efectos sociales, políticos, comerciales, deseados. Es decir una ciudad se puede convertir en un centro económico o comercial fuerte, según como se encuentren dispuestos sus espacios públicos, en especial sus calles debido a que son las principales vías de acceso, de comunicación, y de relación entre los ciudadanos.

En atención a esta finalidad, a esta importancia que Jacobs le da al espacio público, el urbanista Borja, realiza la siguiente explicación, de lo que no es un espacio público y de lo que necesita para serlo.

“El espacio público ciudadano no es un espacio residual entre calles y edificios. Tampoco es un espacio vacío considerado público simplemente por razones jurídicas. Ni un espacio “especializado”, al que se ha de ir, como quien va a un museo o a un espectáculo. Mejor dicho estos espacios citados son espacios públicos potenciales, pero hace falta algo más para que sean espacios públicos ciudadano” (Borja & Muxi, 2000)

El autor establece que los espacios públicos no deben ser considerados como tales, en la medida en que el ordenamiento jurídico así lo haga, por ejemplo las ordenanzas que contienen la declaratoria de utilidad pública de cierto bien; para el Derecho efectivamente estos espacios serían considerados como espacios públicos, pero para el urbanismo requiere de ese “algo más”, para poder ser llamado así, y esto es la utilidad que le dan los ciudadanos,

como espacio de expresión y socialización. O tomando en cuenta la teoría de Jacobs, constituye espacio público debido a la finalidad de construir ciudad que se le está dando.

En conclusión el espacio público, puede ser considerado como una de las expresiones materiales de ciudad, que excluye a todo tipo de construcciones privadas, y en donde los ciudadanos desarrollan efectivamente sus actividades y derechos.

1.1.2. La Ciudad y el Espacio Público

Como se explico anteriormente en la presente investigación se considera a la ciudad y al espacio público, como sinónimos, tomando en cuenta la teoría establecida por Jordi Borja, en la que establece de manera clara y precisa que la ciudad es el espacio público (Borja & Muxi, 2000).

Es interesante lo establecido por Habermas, respecto de esta relación pues señala que:

“La ciudad es sobre todo el espacio público, en donde el poder se hace visible, donde la sociedad se fotografía, donde el simbolismo colectivo se materializa. La ciudad es un escenario, un espacio público, que mientras más abierto este a todos mas expresara la democratización política y social”. (Habermas, 1993)

Como se puede observar se identifica al concepto de ciudad con el de espacio público, principalmente porque este último, como fue explicado en párrafos anteriores se refiere a calles, plazas, y ciertas construcciones o bienes que forman la mayor parte de lo que se conoce como una ciudad. Solo a manera de ejemplo, una ciudad está conformada en su gran mayoría por calles, por avenidas, por caminos, y atendiendo a los conceptos revisados anteriormente, estos son espacios públicos, por lo tanto es correcta la afirmación de Habermas en el sentido de que la ciudad es sobre todo espacio público

La ciudad además puede ser tomada en cuenta como un gran espacio público, pues es el lugar en donde los individuos expresan sus sentimientos y deseos, así como satisfacen sus necesidades, desarrollan sus capacidades, y se relacionan con otros seres humanos. Se puede considerar a la ciudad como el más grande de los espacios públicos, pues el pleno goce y ejercicio de la ciudad les corresponde a todos los individuos, residentes o no de las mismas.

La ciudad principalmente como espacio público es considerada como el espacio, donde los seres humanos o los individuos, realizan todas sus actividades sociales, culturales, políticas,

sociológicas, espirituales, afectivas; es el lugar de encuentro, de intercambio, por lo tanto debe ser construida en función de estas necesidades e intereses, tal y como lo señala Lefebvre en su obra “El Derecho a la ciudad”:

“La realización de la sociedad urbana reclama una planificación orientada hacia las necesidades sociales, las de la sociedad urbana...” (Lefebvre, 1978)

Para construir correctos espacios públicos, y ciudad a su vez, se deben tomar en cuenta las necesidades de cada uno de los grupos de la población, para garantizar así que estos ejerzan de manera efectiva su derecho a la ciudad, y más que eso se sientan identificados con la ciudad en la que viven y realizan sus actividades, pues eso garantiza un respeto hacia la misma y un correcto desarrollo personal.

Se deben crear ciudades y espacios públicos inclusivos, en donde todos los grupos de la población puedan acceder a ellos en la misma medida, además de que a través de esos espacios de inclusión se sientan representados (pues como ya se ha explicado la ciudad es de todos).

El máximo precursor del espacio público como ciudad, es el urbanista Jordi Borja, quien plantea que la historia del espacio público, se traduce en la historia de la ciudad, al decir que:

“Las relaciones entre los habitantes y entre el poder y la ciudadanía se materializan, se expresan en la conformación de las calles, las plazas, los parques, los lugares de encuentro ciudadano, en los monumentos...”

..... El espacio público es a un tiempo el espacio principal del urbanismo, de la cultura urbana y de la ciudadanía⁷. Es un espacio físico, simbólico y político” (Borja & Muxi, 2000)

La producción de espacio público o de ciudad, es producto de la relación existente entre los ciudadanos y los órganos de poder, pues estos expresan sus deseos y necesidades, que son

⁷ El resaltado es de mi autoría.

satisfechos por las autoridades, ya que estas tienen la potestad y recursos para producir espacios públicos⁸.

Una ciudad producida sin atención a los requerimientos de los ciudadanos, no puede ser llamada propiamente una ciudad, pues no cumple con la función de espacio de expresión, por lo cual se podría denominar a ese espacio como únicamente un conjunto de construcciones o de bienes públicos (tal vez privados) en los cuales las personas viven, pero no con un sentimiento de ciudad o espacio de autorrealización y relación social.

La ciudad no es un espacio meramente físico, o conjunto de calles, plazas, parques, construcciones, en general todos los bienes que conforman el espacio público; sino debe ser visto como un lugar de relación social, de expresión política y cultural, tal y como lo dice Borja, como un espacio simbólico que es.

El mismo autor al hablar de espacio público, pone en contexto un término bastante interesante, que es el de Urbanismo, el cual se expresa en las ciudades, por lo tanto es importante ahora explicar otro de los puntos importantes de este capítulo, que es concepto mencionado.

1.2. Urbanismo

El Urbanismo es el efecto que ha producido la transformación de las denominadas ciudades industriales, a las ciudades urbanas; es aquel proceso que produjo el cambio de paradigma

⁸ El ideal de ciudad, es que se construya en base a las necesidades y deseos de la población en general, a través de mecanismos de participación activa, tomando en cuenta la situación de grupos de atención prioritaria o grupos vulnerables, para que la producción de espacios públicos no les produzca mayor vulnerabilidad, y basándose en estudios sociales, técnicos, científicos y psicológicos previos para que estos espacios permitan el desarrollo de las personas y su realización personal.

En el mes de Octubre 2016, se publicó una investigación denominada “**Megaproyectos de Infraestructura: Relación Estado-Ciudadano**”, por parte de estudiantes de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en la que se exponen varios casos de mega construcciones, en donde no se tomó en cuenta la voluntad o las necesidades de las personas directamente afectadas por la construcción de estos proyectos, como son el caso del “Multipropósito Chone, o solución vial Guayasamin”. Con esta investigación se presenta a la consulta previa como el mecanismo apropiado para la correcta producción de espacio público; es decir incluir efectivamente a la ciudadanía en la toma de decisiones para la construcción de ciudad.

a cómo actualmente se ha concebido a las ciudades, como un medio de expresión y representación social, personal, política y cultural. (Costes, 2011)

El urbanismo etimológicamente proviene de las palabras *Urbe* que significa ciudad, y *urbanus* lo que es de una ciudad, por lo tanto puede ser entendido como todo lo relacionado o todo lo que se refiere a la ciudad (Ducci, 2016).

Este es un concepto bastante sencillo, para el cual todo lo relacionado con ciudad, es urbanismo, es lo urbano, claro está que se refiere a ciudad urbana específicamente, y que es la que se ha venido explicando a lo largo de este capítulo. Por lo tanto como un primer acercamiento al concepto se lo puede entender como aquello que se refiere a las ciudades. Como no es un concepto tan desarrollado, no es necesaria mayor explicación al respecto.⁹

Por otro lado el francés Robert Auzelle, en su obra “claves para el urbanismo”, señala lo siguiente:

“Es el estudio y planeación de las ciudades y las regiones en donde estas se asientan
“ (Auzelle)

Esta definición considera al urbanismo como una ciencia, como una rama del denominado Derecho Urbanístico o Derecho Urbano¹⁰, que estudia a las ciudades, los territorios en donde se asientan y la forma en la que se planean; en general la ciencia disciplina que estudia las ciudades, a través de ciertas reglas y principios.

De igual manera la tratadista María Elena Ducci, que al igual considera al urbanismo como disciplina establece que:

“Es el estudio de las ciudades enfocado a lograr el diseño del ámbito espacial donde se desenvuelven las actividades sociales del hombre (Ducci, 2016)”

⁹ Actualmente se considera que Urbanismo, proviene de la palabra “suelo”, mas no de “urbano”, por lo tanto se la considera como la disciplina del territorio con suelo, o del uso del suelo (Vidal Perdomo, 1983).

¹⁰ Posteriormente se explicará el concepto de Derecho Urbanístico, y sus consideraciones más importantes.

En si el urbanismo pretenden ordenar, organizar y diseñar las ciudades, tomando en cuenta el territorio, y sus condiciones¹¹, para de esa manera poder construir espacio público, que permita a los ciudadanos poder relacionarse y realizar todas sus actividades. En si el urbanismo se plantea como la organización del espacio, para la vida del ser humano en sociedad.

El urbanismo es el proceso, el medio a través del cual se construyen las ciudades, pero entendiéndolas como espacios en donde los individuos se expresan, participan, relacionan, comunican, y realizan todas sus actividades en general, y no entendiendo a la ciudad como conjunto de bienes (construcciones) y servicios; esto es debido a la finalidad social que persigue el urbanismo, en donde da prioridad a los intereses y necesidades colectivas, mas no particulares.¹² Si el urbanismo no consigue una ciudad bajo dichos términos, entonces se ha planteado mal, y ha sido ineficaz.

Por otro lado el urbanismo también puede ser entendido como “*Expresión territorial de la ciudad, como la ciudad concretada en el mundo físico*” (Universidad de Barcelona, 2003). Se entiende como la expresión física, y territorial de la ciudad.

En la presente investigación el espacio público se explicó como la manifestación territorial y concreta de la ciudad, pero para los autores antes citados, el urbanismo constituye esta expresión, como los espacios estructurados en donde se asientan los seres humanos dentro de ciudades urbanas¹³.

Este concepto tiene cierta relación con los revisados en líneas anteriores en el sentido que la planificación y el diseño que realiza el urbanismo, no es un mero ideal, o un plano, sino

¹¹ El urbanismo se encuentra conformado por disciplinas como la geografía y la etnografía, por lo cual revisa las condiciones en las que se encuentra el territorio en el que se construirá ciudad. Además se compone por ciencias como la Arquitectura, que permite diseñar el espacio de manera adecuado y atendiendo a los requerimientos de la población.

¹² En este sentido la autoría Maria Elena Ducci, establece un ejemplo interesante, indicando que, un arquitecto identifica una casa por su forma, mientras que un urbanista la identifica por su utilidad, por el número de personas que en ella habitan, pues atiende a una realidad social (Ducci, 2016).

¹³ En el presente trabajo de investigación la línea que se maneja, es que el espacio público es ciudad, y el urbanismo, aquella disciplina que permite producir ciudad, sin deslindarle de su expresión física.

una expresión física; empieza como un ideal pero a través del urbanismo este se concretiza y materializa en bienes que pueden ser públicos o privados.

Por lo tanto el urbanismo efectivamente es la expresión material y territorial del ideal de ciudad, de aquello que se busca o pretende sea incluido en el espacio público, y que satisfaga ciertas necesidades humanas.

Este constituye un ideal de urbanismo, en donde efectivamente se construya “ciudad sobre ciudad”¹⁴, que para el tratadista Jordi Borja se ha perdido con la llega del urbanismo del Siglo XXI, pues considera que:

“el urbanismo que se ha confundido con la vivienda y con las obras públicas (vías, puentes, accesos, etc. es decir, comunicaciones). El hacer ciudad como producto integral e integrador quedó olvidado y con ello el espacio público.” (Borja & Muxi, 2000)

Actualmente se construye, con un afán de expansión, de urbanizar todo, pero sin tomar en cuenta las necesidades de la población, ni la situación real y actual de ciertos grupos que necesitan de una “ciudad”, y no de un conjunto de bienes, que pueden verse asombrosos, ser obras de arte arquitectónico, pero si no cumplen una función social propia del urbanismo, no tienen utilidad. Y Borja tiene gran razón en eso, prima la búsqueda de construir más y más (aspecto que tienen gran tendencia en los últimos años), por sobre el ideal de ciudad.

La manera correcta de construir ciudad, debe tomar como principales actores a los ciudadanos y al órgano de poder habilitado para producir espacio público, y relacionarlos a través del urbanismo, el cual permite diseñar la ciudad tomando en cuenta las necesidades e intereses de la población.

Los principales actores, que son los ciudadanos, a quienes les beneficia la ciudad, y la utilizan como espacio de expresión, relación y representación, manifiestan sus deseos, intereses y necesidades a través de algún mecanismo de participación activa, con el órgano de poder¹⁵. Este medio de participación, debe incluir a la población respecto de la

¹⁴ Se refiere a construir ciudades que efectivamente cumplan con funciones de expresión, relación y representación social. Construir el ideal de ciudad, dentro de la expresión material de ciudad.

¹⁵ En el caso del Ecuador, el órgano de poder que tiene la potestad y la competencia para producir espacio público, y que tienen más cercanía con la población, son los Gobierno Autónomos Descentralizados. El órgano de poder lo que se encarga es de ejecutar las decisiones de la

construcción y disposición de cierto espacio público, así como la toma de decisiones sobre las obras en la ciudad, la presentación de proyectos y su debida discusión, es decir se debe pretender una participación efectiva, que permita realmente a los ciudadanos participar en la creación de ciudad (espacio público). El medio a través del cual se va a ejecutar la decisión tomada por los ciudadanos, es el *urbanismo*, como medio de expresión material de la ciudad, ya que este no solo se debe entender como el diseño y planificación¹⁶, sino como la manifestación territorial y física de la ciudad.

Varios tratadistas consideran que el *urbanismo*, representa lo contrario a la *urbanización*, como un proceso ordenado, que a través de diferentes técnicas de planificación, guía el desarrollo y crecimiento de las ciudades, a fin de satisfacer necesidades sociales y conseguir que los seres humanos, encuentren armonía con su entorno. Por otro lado la urbanización es aquel fenómeno o proceso natural, desordenado de crecimiento, que genera ciudades con diversas problemáticas y conflictos.

Para finalizar el presente capítulo, sería interesante exponer una de las frases del Dr. Miguel Ángel Bossano, explicada en una de sus cátedras, que expresa la importancia de lo que es una ciudad:

“La ciudad es al ciudadano, como la casa es al propietario (Bossano, 2016)”

Esta frase, expresa lo importante que es la ciudad, considerándola como el hogar de todos, que debe ser protegida y cuidada; cada individuo debe cuidar y construir la ciudad, en la misma medida en la que lo hace con su propiedad, con su casa, y de la misma manera expresar y satisfacer sus necesidades en cada una de ellas, en la medida de lo posible. Así como la casa es un escenario de expresión, de relación, de desarrollo, así mismo lo es la ciudad, pero como es obvio a gran escala.

Por lo tanto es imperativo proteger un concepto, un bien, tan importante, como lo es la ciudad, y todos los conceptos que ella engloba, como el urbanismo, la urbanización, el uso del suelo, el ordenamiento territorial, y para ello se ha acudido al Derecho, como la ciencia

ciudadanía, pes es quien tiene los recursos económicos, sociales, institucionales y materiales. para hacerlo.

¹⁶ Es importante aclarar que una de las actividades más importantes que realiza el urbanismo, es la planificación de las ciudades, por tal motivo constituye el medio para expresar el ideal de espacio público.

que puede proteger las ciudades, garantizar que los ciudadanos puedan usar y gozar de ella de manera correcta, igualitaria, inclusiva y segura, así como de regular los procesos de urbanización, edificación, y la convivencia en las ciudades, en relación con su recurso fundamental, que es el suelo. (Fierro, 2006).

Capítulo II

La Ciudad y el Derecho

Desde la aparición de la Ciudad¹⁷, como aquel espacio físico en la que se desenvuelve la vida de los seres humanos (ciudadanos), su constante proceso de crecimiento, y su importancia para el desarrollo de la vida humana en armonía con el ambiente, no ha pasado desapercibido, a tal punto que los diferentes Estados (unos más desarrollados que otros), han establecido disposiciones (jurídicas y administrativas) tendientes a regular los procesos de urbanización y proteger la ciudad, conscientes de que la calidad de vida de muchas generaciones, depende de los esfuerzos de “hoy” (Bueno Vasquez, 1987).

Aquellas disposiciones a través de las cuales el ordenamiento urbano se ha hecho presente, regularon principalmente el desarrollo y crecimiento de las ciudades, la construcción, permisos de construcción, protección del espacio público, zonificación (determinación de zonas urbanizables y no urbanizables, así como de zonas residenciales, industriales, agrícolas, y de tolerancia), el régimen del suelo, la limitación a la propiedad privada y la conservación de áreas de especial protección como el patrimonio histórico.

En sus orígenes el ordenamiento urbano se reguló como parte del Derecho Administrativo, pero los diversos procesos de urbanización (crecimiento desordenado de las ciudades), así como los procesos económicos y productivos, que han ocurrido en el mundo los últimos siglos, desarrollaron una nueva rama del Derecho dedicado exclusivamente a la protección de la ciudad, regulación y ordenación del urbanismo, urbanización, ordenamiento territorial y régimen del suelo, que es el **Derecho Urbanístico**.

A pesar de que el Derecho Urbanístico regula temas urbanos específicos, no se encuentra desprendido totalmente del Derecho Administrativo, más bien se convierte en una rama especializada del mismo, puesto que requiere de sus conceptos, principios y procesos para hacerse efectivo. Varios autores, entre ellos la ecuatoriana Bertha Fierro Acosta apoyan esta

¹⁷ Ciudad entendida desde su concepción más amplia, como cualquier grupo o asentamiento humano, tendiente al crecimiento y con un modo de gobierno.

tendencia, y consideran al Derecho Urbanístico como una especialización del Derecho Administrativo¹⁸.

Por otro lado autores como el colombiano Rodrigo Bueno Vásquez, considera que el Derecho Urbanístico es en esencia Derecho Administrativo, es decir son equivalentes, y que únicamente se debe hacer distinción entre estos conceptos, por motivos didácticos.

Si bien el Derecho Urbanístico se encuentra controlado y gestionado por la Administración Pública, esto no le convierte en Derecho Administrativo, si no en una rama o una especialización del mismo, debido a que el objeto jurídico que protegen, el ámbito de lo que regulan, y los fines que persiguen son distintos en el Derecho Urbanístico, que en el Administrativo, de tal manera que el primero se enfoca en los procesos de construcción de ciudad, en regular el ordenamiento territorial y el régimen del suelo, mientras que el segundo se enfoca en regular específicamente la administración pública, y la relación de los particulares con el Estado (Relación administrador/ administrados)

Además, la realidad actual de las ciudades modernas, donde los procesos de crecimiento son desordenados y acelerados, requiere que se genere normativa urbana específica para regular el proceso de urbanización.

Otros tratadistas como Mauricio Rengifo, por otro lado consideran que el Derecho Urbanístico es una rama totalmente independiente del Derecho Administrativo, como cualquier otra, como el Derecho Laboral, o como el Derecho Civil¹⁹.

Para que exista una verdadera autonomía, en una de las ramas del Derecho, el tratadista Oscar López (Lopez Velarde Vega, 1991), señala que son necesarios tres presupuestos: a) autonomía didáctica, es decir que el Derecho Urbanístico sea impartido como una clase individual e independiente en las cátedras de Derecho, que sea considerada como materia parte del pensum de estudios; b) autonomía jurídica, que cuente con su propio cuerpo normativo; y c) científica, es decir que posea su propio método y principios técnicos.

¹⁸ Por las consideraciones expuestas la presente investigación se adhiere a esta tendencia, y considera al Derecho Urbanístico como una rama del Derecho Administrativo.

¹⁹ La autonomía del Derecho Urbanístico, depende de la profundidad con la que se ha desarrollado el tema en cada legislación, o por la doctrina de cada país.

El Derecho Urbanístico, al ser relativamente nuevo, le falta cumplir con estos presupuestos para ser considerado como Derecho autónomo, en especial en el Ecuador, en donde esta rama no se ha profundizado a tal punto que no se incluyó a la cátedra de Derecho Urbanístico en la malla curricular de las Universidades; jurídicamente cuenta con cierta autonomía, pero aun no cuenta con un ordenamiento jurídico urbano completo, y científicamente requiere de los métodos del Derecho Administrativo. Por esos motivos el Derecho Urbanístico no puede ser considerado como una rama totalmente independiente.

Se percibe al Derecho Urbanístico de manera indirecta, en la mayoría de las situaciones cotidianas; en las ciudades ordenadas (presente el urbanismo) se encuentra en la disposición de zonas industriales y residenciales, lo que se denomina como zonificación, en la correcta prestación de servicios públicos, en la distribución y construcción espacios de uso público (es decir que haya gran cantidad, de parques plazas, calles), mientras que en las ciudades desordenadas (presente la urbanización) se aprecia en la contaminación, en la ausencia de espacios públicos, o espacios públicos de buena calidad, en el tráfico, y en la deficiencia al prestar servicios públicos, como el transporte o el agua potable.

En el presente punto se explicará como el Derecho se ha relacionado con el concepto de ciudad, para producir esta rama del Derecho, exclusiva que proteja a la ciudad, y regule los procesos de urbanización y urbanismo, así como la manera en que el Derecho Urbanístico ha influenciado en la estructura social de la ciudad.

2.1 Derecho Urbanístico

2.1.1. Antecedentes Históricos

En un inicio las normas urbanas eran consideradas parte de un Derecho Municipal, posteriormente se convirtieron en normas de Derecho Administrativo, y así evolucionaron hasta lo que hoy se estudia y aplica como Derecho Urbanístico (Derecho Urbano).

Los primeros rasgos de disposiciones urbanas, se encuentran en las ciudades romanas, con la aparición del pretor urbano y el pretor peregrino, considerados como los primeros administradores de las ciudades (presentes donde no podía estar el Cónsul o el Monarca)

Aproximadamente en el año 64 d.C, se establecen en Roma ciertas limitaciones a la propiedad privada del suelo, las cuales disponían parámetros de construcción y edificación,

como lo son la altura máxima y la construcción en línea, lo que permitió construir una ciudad más ordenada y planificada, con mayor cantidad de espacios públicos. El tratadista Fernando Galvis Gaitán, al respecto señala, que por primera vez en una ciudad se toman medidas propias del Derecho Urbanístico (Galvis Gaitán, 2014).

Con la caída del Imperio Romano de Occidente, surge el periodo de la Edad Media, en donde las ciudades se caracterizaban por ser construidas dentro de grandes murallas, alrededor de un castillo; ciudades que no pudieron soportar el crecimiento demográfico, y empezaron a abarrotarse, produciendo desorden, contaminación, y enfermedades.

Como solución a este problema, y debido a la facilidad para disponer del suelo, se plantean normas urbanas que permitieron, la fundación y el ensanche de las ciudades²⁰; la fundación se expresó a través de los denominados fueros municipales, con los que se constituían nuevos conglomerados humanos y se dividían territorios, mientras que la legislación de ensanche, permitió el crecimiento de las ciudades hacia los territorios fuera de las murallas²¹. Además presentó a las expropiaciones como una práctica viable para producir espacios de uso público.

Poco después en la época de la Colonia, se dictan las ordenanzas de Felipe II del 13 de Julio de 1573, con las que se establecen mecanismos, pautas, condiciones y lineamientos para fundar y construir una ciudad²², así como para administrarla (Se da la opción para que los pobladores funden más ciudades o centros poblados, sea por voluntad de los mismos o de un tercero interesado denominado contratista).

²⁰ Técnica mediante la cual se pretende que la ciudad crezca de una manera ordenada y planificada.

²¹ Es importante señalar que este crecimiento de las ciudades, se realizó de manera desordenada y carente de control, contrario a lo que pretenden las normas urbanas, y la legislación de ensanche, pero lo importante de ese periodo, son dos puntos, primero que se evidencia una de las principales características de la Ciudad, que es su crecimiento en función del crecimiento de la población. Y como segundo punto, se dan los primeros pasos en una de las técnicas más importantes del Derecho Urbanístico, que es la técnica de ensanche.

²² Una de las disposiciones más curiosas de las Ordenanzas de Felipe II, era aquella que establecía que se construyan calles anchas en las ciudades en las regiones de clima frío, mientras que en las ciudades con clima cálido, se construyan calles más angosta, para que la sombra de las casas (que por cierto debían cumplir con determinada altura) les tape del sol. Con estas disposiciones Felipe II, instruía sobre cómo construir una ciudad.

Por otro lado las ordenanzas de Felipe II establecían además que a pesar del constante crecimiento demográfico, siempre deben existir dentro de las ciudades espacios en donde la gente pueda salir y recrearse, y que estos deben considerarse como lugares comunes. (Wyrobisz, 1980).

Con esta normativa urbana, se van desarrollando dos conceptos importantes para lo que hoy se denomina Derecho Urbanístico, como son:

- a) La importancia de los espacios públicos, como espacios en donde los seres humanos ejercen sus derechos como ciudadanos. Priman los espacios de uso público, por sobre la propiedad privada, se prefieren calles, parques, plazas, por sobre edificaciones y construcciones que abarrotan las ciudades.
- b) El derecho de todos los ciudadanos de usar y gozar de los espacios públicos, de hacer uso en sí, de la ciudad. Esto actualmente se conoce como “derecho a la ciudad”.

A inicios del Siglo XVII, en España, se producen una importante reforma urbana, que poco a poco dará paso a una de las técnicas más importantes del Derecho Urbanístico, que es la “Reurbanización (Reforma Interna)”, con la cual se demolieron barrios enteros antiguos y poco higiénicos, para construir edificaciones y espacios públicos de mejor calidad, así como para optimizar la prestación de los servicios públicos, con lo que las ciudades fueron creciendo de manera más ordenada, y estética.

Los orígenes modernos del Derecho Urbanístico, surgen a partir del año de 1850, en Francia con el prefecto Georges Haussmann, quien, para transformar Paris de ser una ciudad insalubre y peligrosa, impuso dos figuras muy importantes, que son: a) el permiso de edificar y b) control policial de edificaciones. Estas dos figuras se han convertido en pilares del Derecho Urbanístico, y hasta hoy se siguen manteniendo junto con normativa urbanística, para su correcta gestión.

Por otro lado en Italia, se plantean dos instrumentos jurídicos, como un medio para solucionar los problemas de densificación de las ciudades, que de igual manera actualmente se consideran pilares fundamentales del Derecho Urbanístico, y son: a) El reglamento de Construcción, en donde se instauran los orígenes de varias de las principales disposiciones de regulación urbanas como es la licencia municipal con fines de construcción y b) Reglamento de Expropiación.

A finales del siglo XIX, como un medio para tratar con los problemas de uso del suelo, vivienda y reforma interior, se plantean las primeras Leyes del Suelo principalmente en España, influencia que fue trasladándose poco a poco hacia América Latina, a tal punto que en los años 70, se elaboran las Leyes de Suelo de Chile y México.

En todos los países de América Latina, podemos encontrar normas de Derecho Urbanístico, entre ellos el Ecuador en donde se cuenta con el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía Descentralización (COOTAD), como la principal norma urbanística de carácter nacional, así como con los Planes de Ordenamiento Territorial (PUOS), emitidos por cada Gobierno Autónomo Descentralizado.

Actualmente se encuentra en debate una norma exclusiva de Derecho Urbanístico denominada “Ley de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo”, pero que aun no ha sido promulgada.

Como se ha podido observar a lo largo de la historia el Derecho Urbanístico, ha ido evolucionando junto con la sociedad y los procesos de urbanización, tratando de regular y satisfacer cada una de las necesidades humanas en relación con su entorno. Lamentablemente los cambios sociales y de la Ciudad demasiado abruptos y de gran magnitud (la ciudad evoluciona conforme la sociedad), así como la complejidad de la vida urbana que abarca tantas circunstancias y condiciones, hacen que el Derecho Urbanístico no pueda adaptarse rápidamente a estos, produciendo así periodos de normativa urbana ineficiente, en donde más que una solución se convierte en otro problema más. Esta es una de las principales críticas que se hace a esta rama del Derecho, en relación con su evolución histórica.

2.1.2. Concepto

El urbanista colombiano Fernando Galvis Gaitán, concibe al Derecho Urbanístico como aquel conjunto de normas que regulan el urbanismo, la urbanización y las consecuencias que se derivan de ello; que se encarga de planear y ordenar el suelo, limitar la propiedad privada, haciendo prevalecer el interés general por sobre el particular, y distribuir equitativamente las cargas y los beneficios (Galvis Gaitan, 2014).

En este concepto se presenta a uno de los principios fundamentales del Derecho Urbanístico, que es la prevalencia del interés público sobre el interés privado, con el que se pretende dar una función social a la propiedad, que permita garantizar el acceso efectivo de los ciudadanos al derecho a la ciudad.

Este principio se transmite a través de las diferentes limitaciones que se imponen a la propiedad privada en la normativa urbana²³, como las licencias de construcción, los requisitos para la construcción o la zonificación, con las cuales se busca que se dar un uso racional del suelo, garantizando su funcionalidad.

El Mexicano Jorge Fernández Ruiz, por su parte, considera al Derecho Urbanístico como:

“El conjunto de normas jurídicas, cuyo objeto consiste en regular las conductas humanas que inciden en el funcionamiento de las ciudades, para la adecuada organización de su territorio y la correcta operación de sus servicios públicos, con el fin de otorgar a sus moradores el hábitat requerido por la dignidad humana” (Fernandez Ruiz, 2003)

Los procesos de urbanización, son producto de *conductas humanas*; son las personas quienes en búsqueda de vivienda, ejerciendo su derecho a la ciudad, realizan construcciones, dividen parcelas de terreno, o se asientan (generalmente de manera irregular) en zonas periféricas de la Ciudad, ampliándola y produciendo un fenómeno desordenado de crecimiento.

El crecimiento demográfico, la migración interna y los procesos de industrialización, provocan que los ciudadanos construyan Ciudad, en zonas que no poseen las condiciones adecuadas para la vida, la construcción, y muchas veces que no cuentan con acceso a servicios públicos.

²³ Las Ordenanzas Municipales 3457 y 3746 del Distrito Metropolitano de Quito, sobre normas de arquitectura y urbanismo, establecen varias de estas limitaciones a la propiedad privada, por ejemplo establecen que las calles urbanas locales de dos carriles, requieren una acera de dos metros, por lo que el propietario privado, debe dejar esta distancia, desde línea de fabrica (línea de construcción). Claramente el propietario privado no puede construir de manera libre y arbitraria, sino requiere cumplir con estas disposiciones, para su beneficio y el de la sociedad. Estas Ordenanzas también establecen disposiciones para la administración pública, respecto de la manera como construir ciudad, al establecer el ancho que deben tener los carriles en avenidas, o el ancho de las ciclo vías, etc.

Por esta razón es que el citado autor se refiere al Derecho Urbanístico como aquella disciplina que regula conductas humanas, pues son estas conductas las que construyen ciudad, y que requieren ser atendidas para conseguir un entorno ordenado, que produzca armonía con el ser humano, y que permita realmente satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

En este concepto además, se menciona otro de los principios del Derecho Urbanístico, y a su vez uno de sus fines, que es la construcción de un hábitat digno para los seres humanos, en donde se respeten sus derechos constitucionales, y derechos como persona.

La Ciudad es la expresión física y espacial de la sociedad²⁴, en la que esta transmite sus necesidades y requerimientos, que al ser atendidos correctamente por la autoridad competente o por los mismos ciudadanos²⁵, permitirán que los seres humanos desarrollen su proyecto de vida en un espacio adecuado donde pueden ejercer sus derechos y obligaciones.

Por lo tanto la construcción, desarrollo, progreso de la Ciudad, y de la ordenación del territorio debe pretender que los ciudadanos satisfagan sus necesidades humanas, vivan en condiciones dignas y adecuadas que respeten su dignidad como persona, y sus derechos (es decir con los servicios básicos adecuados, en construcciones seguras, en zonas aptas para ser urbanizables), y que a su vez se protejan los recursos naturales.

Una de las definiciones más interesantes es la establecida por el francés Louis Jacquignon, quien señala que el Derecho Urbanístico es:

“El conjunto de reglas a través de las cuales la Administración, en nombre de la Utilidad Pública, y los titulares del derecho a la propiedad, en nombre de la defensa de los intereses privados, deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vistas a la ordenación del territorio” (Jacquignon, 1984)

²⁴ A tal punto que para el tratadista Lucas Correa Montoya, la Ciudad es la mayor obra de arte creada por el ser humano (Correa Montoya, 2012).

²⁵ Se debe recordar que la Ciudad, no es únicamente construida por el Órgano Público, sino los ciudadanos son o deben ser los principales gestores en el desarrollo de una Ciudad.

El Derecho Urbanístico, debe combinar el interés público con el privado, no debe ser utilizado exclusivamente como una herramienta para limitar la propiedad privada, sino también para incentivarla.

Por un lado la Administración en representación del Poder Público y de la ciudadanía en general, con un fin colectivo, incentivando los espacios públicos y la limitación de la propiedad privada; por otro lado los titulares del derecho a la propiedad, con un fin privado deberán coordinar sus actividades a fin de conseguir un bien mayor que es la ordenación del territorio, y la correcta disposición del suelo y del espacio, lo que permitirá construir ciudades ordenadas que satisfagan necesidades de los ciudadanos, y respeten sus derechos constitucionales.

La normativa urbana, establece limitaciones tanto a la Autoridad Pública, como a la propiedad privada, por eso es necesario buscar un punto medio, que no atente o limite solo a una de las dos (pues podría llegar a ser injusto), todo con el fin de conseguir una correcta construcción de Ciudad, que beneficie a la población, y permita ejercer de manera efectiva el derecho a la ciudad.

Esta consideración la comparte Rodrigo Bueno Vásquez, al decir que la ordenación urbana a pesar de ser una potestad pública (Derecho Publico), no debe implicar privación de facultades privadas. Por lo tanto el Derecho Urbanístico interviene para establecer normas justas e instrumentos que armonicen y viabilicen esta coordinación (Bueno Vasquez, 1987).

En la presente investigación se ha definido al Derecho Urbanístico como “el conjunto de normas, principios e instituciones jurídicas, que regula los procesos de planificación construcción, desarrollo y disposición del espacio en las ciudades”.

Esta rama del Derecho se encarga principalmente de ordenar los asentamientos humanos dentro del espacio físico, y de regular el uso y ocupación del suelo, con la finalidad de producir ciudades con función social, obtener justicia urbana, es decir que exista un acceso igualitario de todos los ciudadanos a los servicios y espacios públicos, así como conseguir una mejor calidad de vida de los habitantes e incentivar la conservación de los recursos naturales y la protección al medio ambiente (la Ciudad forma parte de lo que se considera como medio ambiente)

Para el tratadista colombiano Mauricio Rengifo Gardezabal (Rengifo Gardezabal, 2012) el Derecho urbanístico se compone de tres ramas esenciales, la planificación, la gestión y el control.

La planificación se refiere a un proceso de toma de decisiones respecto del territorio y el suelo, que se traduce en actividades como la zonificación, regularización de usos del suelo, delimitación de las ciudades, y elaboración de planes con contenido urbanístico. En la planeación se fijan las metas, los objetivos, las acciones y los recursos para cada actividad de Derecho Urbanístico.

La gestión se refiere a la aplicación, ejecución y dirección de la planificación (planes urbanísticos), y de las normas urbanas de acuerdo a condiciones sociales, demográficas, y económicas. Son las herramientas adecuadas para que las normas urbanas sean puestas en práctica.

Por último el control o disciplina, se encarga de vigilar que la norma urbana sea aplicada y ejecutada correctamente, y de imponer sanciones en caso de incumplimiento. Se puede hablar de un control previo y uno posterior, el primero hace referencia a una de las técnicas de regulación urbana más importantes, que es el permiso o licencia de construcción, mientras que el control posterior consiste en una supervisión de lo construido, es decir si se cumple con lo establecido en la licencia, y en caso de que exista incumplimiento se podrán imponer sanciones.

En fin el Derecho Urbanístico se puede entender como aquella disciplina o rama del Derecho Público, que regula los procesos de urbanismo y urbanización (desarrollo urbano) y regula el correcto uso del suelo, en donde prevalece el interés general sobre el interés individual, a través de normativa que regule procesos de construcción, como los permisos o la zonificación, y procesos de crecimiento como las legislaciones de ensanche.

2.1.3. Principios del Derecho Urbanístico

De acuerdo al tratadista Fernando Galvis Gaitán (Galvis Gaitán, 2014), los principios del Derecho Urbanístico son:

a) Primacía del Interés General

A pesar de que requiere una coordinación entre lo público (Administración Pública) y lo privado (titulares del derecho a la propiedad), lo que prevalece es el interés general y el beneficio de toda la colectividad por sobre el particular.

b) Función Social y Ecológica de la Propiedad

Se debe buscar justicia urbana, por lo cual se limita la propiedad privada, y se establecen mecanismos para garantizar el efectivo uso y goce del derecho a la ciudad, así como de proteger el medio ambiente y los recursos naturales que lo componen.

c) Distribución equitativa de las cargas y beneficios

Es importante la coordinación entre lo público y lo privado, que no solo se imponga limitaciones a la propiedad privada, sino que también la incentive, pues constituye uno de los elementos más importantes en la construcción de Ciudad. Así como se le imponen cargas se le deben imponer ciertos beneficios y facilidades, tanto a la propiedad particular (urbana), como a la Administración Pública, que muchas veces encuentra limitaciones en sus ordenanzas.

Se debe garantizar el usufructo equitativo de la Ciudad, en donde todos los ciudadanos puedan hacer uso y goce efectivo de la misma, en igualdad de condiciones, con los mismos derechos y obligaciones sobre esta.

2.1.4. Derecho Urbano Vs Derecho Urbanístico

Varios tratadistas y legisladores, dependiendo de su lugar de origen, de su lenguaje, de la traducción del texto, e incluso por motivos de preferencia, utilizan los términos Derecho Urbano y Derecho Urbanístico, para referirse a aquella rama del Derecho que regulan los procesos de construcción y desarrollo de las ciudades, así como de uso y ocupación del espacio físico.

Por ejemplo el tratadista Mauricio Rengifo se refiere al termino como “Derecho Urbano”, mientras que el autor Fernando Galvis como “Derecho Urbanístico”, ambos poseen la misma nacionalidad (colombiana), pero han preferido utilizar la una terminología sobre la otra.

Es importante señalar que Derecho Urbanístico y Derecho Urbano son sinónimos, no existe variación alguna en cuanto a su esencia o fondo, pues son lo mismo, se refieren a la misma rama del Derecho, que estudia los mismos acontecimientos, que posee el mismo ámbito de estudio, garantías y fines. Se puede hablar de Derecho Urbanístico o Derecho Urbano.

2.2 Derecho a la Ciudad

El concepto de derecho a la ciudad es presentado por primera vez al final de los años 60, por el filósofo y sociólogo francés Henri Lefebvre, en su obra “El Derecho a la Ciudad”, como una propuesta y como un medio para conseguir que la población recupere la ciudad; la cual había dejado de pertenecer a los ciudadanos, debido a los procesos mercantiles, de crecimiento económico mundial y de industrialización (impulsados principalmente por los grupos de poder económico), que provocaron que la Ciudad se empiece a considerar como un punto de comercio y mas no como el espacio en donde los individuos desarrollan su proyecto de vida. En palabras de Charlotte Mathivet se perdió aquel sentido de ciudad, y el derecho a la ciudad, surgió como solución para recuperarlo (Mathivet, 2009).

La ciudad, es una construcción del ser humano, incluso como lo han llegado a señalar varios autores, la mejor obra de arte de la humanidad; es un reflejo de sí mismo, de sus necesidades, de sus requerimientos, sus anhelos e incluso de sus objetivos, por lo tanto quitarle la posesión y uso de esta, es quitarle parte de su esencia como persona, quitarle aquel espacio en donde puede desarrollarse, aquel espacio en donde se respetan sus derechos y cumple con sus obligaciones.

He ahí la importancia de este derecho, como un mecanismo para que la ciudad siempre le pertenezca a sus legítimos constructores y gestores, los ciudadanos, permitiendo a su vez acentuar ese sentimiento de apropiación y pertenencia con la Ciudad.

Con el paso de los años, varios urbanistas han estudiado el derecho a la ciudad, dándole diferentes matices y alcances, algunos considerándolo como una posibilidad de ciudad, como un derecho que facilita el ejercicio de la participación ciudadana, o como un derecho colectivo; lo que ha permitido construir el concepto de derecho a la ciudad, como uno de los derechos más importantes, por la cantidad de garantías y derechos que engloba, como el derecho al hábitat, derecho a un medio ambiente sano, derechos de movilidad, derechos de

participación, entre otros, además que protege a uno de los elementos más importantes de la Ciudad, que son los ciudadanos.

Actualmente se encuentra reconocido como un derecho humano en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, y en varios ordenamientos jurídicos nacionales como un derecho constitucional legalmente reconocido, como es el caso del Ecuador, en donde la Constitución de la República, lo establece en su Art. 31.

El Derecho Urbano o Derecho Urbanístico, ha sido utilizado como medio para hacer efectivo este derecho, a través de diferentes normas y principios de Derecho Público, que limitan y permiten el ejercicio de este derecho, buscando un interés o un beneficio colectivo.

Se garantiza el derecho a la ciudad, al ordenar el espacio físico de manera adecuada, o al construir servicios y espacios públicos de calidad que permiten a los seres humanos, no solo gozar de su Ciudad (acceder libremente a esta), sino que lo hagan en un entorno digno, adecuado, seguro y pacífico, en donde se respete su dignidad como persona y puedan realizar su proyecto de vida libremente.

El derecho a la ciudad además, es considerado como un mecanismo a través del cual se ha utilizado al Derecho, para regular y proteger a la ciudad, pues permite que los ciudadanos puedan usar y gozar del espacio físico de manera igualitaria, justa y efectiva (usufructo equitativo de las ciudades), y con protección a los recursos naturales.

En este punto se analizará como el “derecho a la ciudad”, se ha convertido en un mecanismo a través del cual se utiliza el Derecho para proteger el mundo creado por el ser humano, es decir la Ciudad, y a sus ciudadanos, así como la importancia que requiere el reconocimiento de este derecho, para la correcta vida en sociedad.

2.2.1. Concepto

El primer concepto de Derecho a la ciudad, presentado por Henri Lefebvre, señala que es: *“el derecho a la vida urbana, transformada, renovada”* (Lefebvre, El Derecho a la Ciudad, 1978).

Es el derecho a formar parte de una ciudad, es decir desarrollar un proyecto de vida dentro de una ciudad, de construirla, de poder usar y gozar de la misma, y los servicios públicos

que brinda de manera igualitaria; pero entendiendo a la ciudad en su elemento “urbano” (ciudad urbana), es decir aquella ciudad transformada que ha superado los primeros periodos de urbanización y desarrollo, llegando a industrializarse, y a plantear procesos planificados de crecimiento.

Se consideran a la ciudades como aquellos núcleos urbanos, industriales y económicos²⁶, en donde si bien existen o pueden existir áreas rurales o “campo”, lo urbano prima, es decir las grandes construcciones, edificios, megaproyectos urbanos, industrias, y establecimientos comerciales.

Por este motivo Lefebvre, al desarrollar el concepto de derecho a la ciudad señala que, la reivindicación y la protección de la naturaleza, (derecho de la naturaleza), aleja a las personas del derecho a la ciudad (Lefebvre, El Derecho a la Ciudad, 1978).

Se puede entender esta afirmación en el sentido de que, si se quiere gozar y proteger a la naturaleza, se deberá renunciar en cierta medida al derecho a la ciudad (pues la ciudad es un espacio urbanizado). Mientras el uno pretende proteger los recursos naturales y el medio ambiente, el otro permite el desarrollo de las ciudades y la urbanización, lo cual produce impacto ambiental ciertamente, por la deforestación y contaminación.

Lefebvre señala que aunque lo urbano es lo que debe primar, también deben existir dentro de una ciudad amplias áreas verdes, o como el autor las denomina espacios naturales, puesta estas permiten una integración con la ciudad. Si bien prefiere lo urbano a su vez reconoce la importancia de las zonas verdes, para construir una ciudad adecuada, que satisfaga la mayor cantidad de necesidades humanas, que es uno de los principales fines del espacio público.

Se requieren espacios naturales dentro las ciudades urbanizadas como un medio para mejorar la ciudad y la vida de los individuos, pero la protección a la naturaleza no debe implicar que se detenga el crecimiento urbano, pues la urbe es el espacio más importante.

²⁶ A finales de los años 60's en el mundo ya existían grandes centros urbanos de progreso económico o ciudades desarrolladas, como Paris, New York, la ahora ciudad de México (sede de los juegos olímpicos de 1968), Londres, Barcelona, Chicago, Japón (a partir del famoso “Milagro Económico Japonés”).

Se debe recordar que la línea de pensamiento del Autor es anterior a los años 60's, en un periodo de tiempo en donde el termino "conciencia ambiental" no se había desarrollado, ni era un foco de discusión, por el contrario la sociedad se enfocaba en el crecimiento de las ciudades y la industrialización, pues estas satisfacían necesidades humanas.

Es a finales de los años 60's y principios de los 70's, que se instaura el concepto de "conciencia ambiental", producto de la preocupación por la contaminación del medio ambiente, la utilización desmedida y degradación de los recurso naturales, es así que en 1968 se da la primera conferencia sobre medio ambiente, en Paris, denominada "Conferencia sobre la Conservación y el Uso Racional de los Recursos de la Biósfera.

Actualmente el Derecho Urbanístico, como el derecho a la ciudad, tiene función y fin ecológico dentro la sociedad, ya que pretende construir Ciudad en armonía con la naturaleza, y respetando los recursos naturales, pues tanto la ciudad como la naturaleza, forman parte del denominado "medio ambiente".

Dentro del conjunto de derechos que engloba el derecho a la ciudad, se encuentra el derecho de la naturaleza, por lo tanto se puede utilizar a la ciudad para proteger la naturaleza, y de igual manera utilizar la naturaleza para proteger el espacio público²⁷.

Para Lefebvre la ciudad se compone por la urbe y el campo, espacio que eventualmente será urbanizado debido al proceso natural de crecimiento de las ciudades, pues el crecimiento demográfico, la migración interna y ciertos procesos económicos provocan que las ciudades requieran expandirse o ensancharse. En palabras del autor, los urbanos transportan lo urbano consigo, es decir colonizan el campo, transformándolo en parte de la ciudad urbana (Lefebvre, El Derecho a la Ciudad, 1978).

En conclusión Henri Lefebvre considera a la ciudad como aquel espacio mayoritariamente urbanizado, como un espacio público desarrollado e industrializado, en donde los seres humanos satisfacen sus necesidades básicas, y desarrollan su proyecto de vida (principalmente a través de los servicios y espacios públicos), que posee ciertos espacios

²⁷Existe una investigación al respecto, denominada "Espacio público como herramienta de protección ambiental" con la que se pretende demostrar cómo se puede proteger el medio ambiente y los recursos naturales en base a políticas públicas que incentiven la creación de espacio público. Se debe recordar que la ciudad es el espacio público, en base a la teoría expuesta por el urbanista Jordi Borja, que es la teoría que maneja la investigación citada.

naturales como medio para integrar la ciudad con los individuos, y que debe pertenecer a sus constructores y gestores, sus verdaderos dueños que son los urbanos, los ciudadanos, mas no a los grupos que concentran el capital, por lo tanto deben hacerle frente a estos grupos de poder económico para recuperar la ciudad, y generar un sentimiento de apropiación con la esta.

El urbanista inglés David Harvey, otro de los referentes en el desarrollo del “derecho a la ciudad”, en su obra “Ciudades Rebeldes: Del derecho de la ciudad a la revolución urbana”, señala que este derecho no es simplemente el derecho de acceso a aquello que ya existe, a aquello que los grupos de poder, los Gobiernos y funcionarios estatales han decidido, sino el derecho a cambiar y reinventar la ciudad de acuerdo a los deseos y anhelos más profundos de los ciudadanos (Harvey, 2013).

El derecho a la ciudad no implica únicamente tener acceso a los bienes y recursos de la ciudad, ni poder utilizar efectivamente los espacios y servicios públicos para satisfacer necesidades personales, sino es un derecho activo que permite intervenir en la planificación, desarrollo y construcción de una ciudad diferente adecuada a los requerimientos y objetivos de las personas.

Harvey, señala que al construir una ciudad los seres humanos se construyen a sí mismos, pues el tipo de espacio público que los individuos quieren, no puede separarse del tipo de personas que quieren llegar a ser (Harvey, 2013). Se construye ciudad a través de cada una de las acciones cotidianas, en base a la conciencia urbana, política, económica e intelectual.

Si bien el ser humano construye la ciudad, la ciudad también construye al ser humano, lo amolda, lo influencia, lo transforma, le da las condiciones adecuadas para la vida en sociedad dentro de dicho espacio público, consiguiendo que al final el individuo se comporte tal y como requiere la ciudad.²⁸

La manera más común de construir ciudad, es rehacer la ciudad, pues de esa manera los individuos también se rehacen, de acuerdo a la imagen que deseen reflejar; muchas veces la ciudad ya no representa a los ciudadanos, estos ya no se sienten identificados con la misma,

²⁸ Es imposible vivir en una ciudad como New York, “la ciudad que nunca duerme”, sin adquirir un ritmo de vida acelerado, nocturno, y estresado (estrés urbano), pues estas características, condiciones y modo de vida impone la ciudad a sus habitantes, transformando su forma de ser y adaptándola al entorno urbano.

no existe un sentimiento de pertenencia, por lo tanto es importante re pensar la ciudad y re construirla.

La ciudad es un reflejo de la sociedad, que va cambiando conforme el modo de pensar, las ideas, y la manera en que la colectividad se define cambian, y ahí se presenta el derecho a la ciudad como la posibilidad de modificar el espacio público, de amoldarla a las situaciones y contextos sociales.

Por ejemplo en el Siglo XVIII, en la época de la Revolución Industrial, la idea social era de acumulación de capital, inversiones, maximización de la producción, por lo tanto las ciudades se construían en base a estos preceptos, generando más industrias, y buscando un crecimiento acelerado de las ciudades, en donde se reflejaba desigualdad social; actualmente las ideas de la sociedad se basan en una conciencia ecológica, de protección del medio ambiente, de minimizar el uso de recursos naturales, es así que la normativa urbana, las construcciones y los procesos de crecimiento de las ciudades pretenden un mínimo impacto ambiental y la protección a la naturaleza.

Harvey señala que el derecho a la ciudad, es de carácter colectivo y no individual, pues el construir o reinventar una ciudad depende necesariamente de un ejercicio colectivo sobre el proceso urbanizador. (Harvey, 2013).

La población debe ser uno de los elementos más importantes al construir ciudad, esta debe participar de manera activa en los procesos de urbanización, expresando sus necesidades y requerimientos, pues son los principales beneficiados del espacio y los servicios públicos, para ello la Autoridad deberá generar mecanismos efectivos de participación ciudadana.

Es además un derecho colectivo, pues los ciudadanos no buscan proteger o defender sus anhelos, fines y derechos individuales, sino se pretende satisfacer las necesidades y objetivos de la sociedad en su conjunto, caso contrario existirían luchas internas entre las personas cada una buscando construir y apropiarse de la ciudad, en base a sus deseos personales.

Para Harvey el derecho a la ciudad, entendido como la potestad, la libertad que tienen las personas de hacerse y rehacerse a ellos mismo y sus ciudades, es uno de los derechos humanos más preciados, pero a su vez uno de los más descuidados (Harvey, 2013).

Los ciudadanos viven en ciudades que han sido hechas y rehechas por las autoridades, sin saber la razón, el fin o el objetivo; simplemente los espacios se construyeron o dispusieron de determinada manera y la población ha debido acostumbrarse a esto.

Se ha dejado que ciertos grupos o las autoridades sean las que construyan ciudad, se ha dejado que terceros sean los que decidan las necesidades sociales. La ciudadanía no participa activamente en construir ciudad, sea por descuido, desinterés, o falta de mecanismos adecuados, que integren e interactúen con los ciudadanos, por lo tanto es importante cambiar el modo en que se desarrollan los espacios, y establecer procesos de urbanización que permitan ejercer el derecho a la ciudad de manera efectiva, pues así se protegerá la ciudad, y garantizara el correcto uso y ocupación del suelo.

En conclusión David Harvey señala que debe existir transformación urbana y social, pues así como el mundo ha sido pensado y hecho varias veces, la ciudadanía para hacer efectivo su derecho a la ciudad, puede re pensarla y re hacerla hasta que se sienta identificada con ella, y satisfaga realmente sus necesidades personales (Harvey, 2013). El derecho a la ciudad no implica vivir en la ciudad que las generaciones pasadas han dejado, sino construir una propia, en base a la manera que la sociedad se autodefine.

Para el urbanista español Jordi Borja, el derecho a la ciudad se configura como el **derecho de ciudadanía**, es decir el derecho de todos los pobladores (derecho colectivo) a ser consultados respecto de los asuntos de su ciudad.

Es más que aquel derecho que otorga los elementos básicos para la vida en el entorno urbano, o un derecho al espacio público universal, o a la vivienda; es aquel derecho que reconoce efectivamente como “sujetos de derecho”, a los ciudadanos, y los incluye de manera activa en la toma de decisiones al desarrollar espacio público, a través de procedimientos de democracia directa. (Borja, Revolución Urbana y Derecho Ciudadanos: Claves para interpretar las contradicciones de la ciudad actual, 2013)

La ciudad es el espacio que reconoce bienes y servicios a los individuos, por lo tanto deben formar parte en su proceso de desarrollo, es decir la planificación, la iniciativa de proyectos urbanos, la exposición de requerimientos y necesidades, la construcción y destrucción de espacio público, la elaboración y ejecución de políticas públicas.

La democracia y el progreso se relacionan estrechamente con la ciudad, a tal punto que en la ciudad se pueden observar los avances o retrocesos en cuanto a democracia, desde un punto de vista social, político y cultural. Para Borja, el derecho a la ciudad, es decir la manera en que se ha construido el espacio público, es un indicador para evaluar el grado de democracia ciudadana. (Borja, Espacio Publico y Derecho a la Ciudad, 2011).

El derecho a la ciudad es un “macro derecho” que se compone por varios derechos ciudadanos y urbanos entre los que se encuentran: derecho de acceso universal a los servicios básicos (agua, transporte, sanidad pública, red de electricidad), derecho a la seguridad, derecho a la belleza (el espacio público debe ser construido sin dejar de lado lo estético, pues constituye una prueba de la calidad urbana), derecho a la movilidad (poder trasladarse dentro de la ciudad de manera libre y sin restricciones), derecho a la accesibilidad (igualdad de acceso a todas las zonas de la ciudad), derecho a un gobierno de proximidad, derecho a la ciudad como refugio (donde se protejan aquellas personas, que por diferentes razones son objetivo de la potestad represiva del Estado), derecho a la naturaleza y un medio ambiente de calidad, derecho a la no discriminación por razones de sexo, raza, religión, etc., derecho de ciudadanía (igualdad de derechos y obligaciones para todos los individuos en relación con el espacio público), derecho a una vida digna, y el derecho a la ciudad misma. (Borja, La Ciudad Conquistada , 2003)

Derecho a la vivienda, entendido como el derecho a escoger un lugar donde residir (espacio en el que se establecen relaciones sociales y desarrollan actividades humanas), y poder mantenerse en el.

Derecho a los espacios públicos y a la “monumentalidad”, ya que viabilizan la justicia urbana y permiten la distribución equitativa de la ciudad (usufructo equitativo). Los “monumentos” dan identidad a la Ciudad, y generan una relación y un sentimiento de pertenencia entre los ciudadanos y su espacio público; al respecto Jordi Borja señala que el ser reconocido es una condición de ciudadanía, y los monumentos son el mecanismo adecuado para hacerlo. (Borja, La Ciudad Conquistada , 2003)

Por otro lado existe un conjunto de derechos (no urbanos), que se reivindican y se exigen con el derecho a la ciudad como: derecho al trabajo, derecho a la educación, salud, a la información, a la comunicación, libertad de expresión, derecho a la identidad cultural, y participación.

Los derechos que componen el derecho a la ciudad conforman una unidad, por lo tanto para ser considerados como derechos ciudadanos efectivos deben garantizarse, otorgarse, y protegerse todos a la vez; si uno de estos derechos no se reconoce, aquellos que si se posean perderán su valor, pues son interdependientes²⁹ entre sí, e indispensables en la misma medida.

El reconocer este conjunto de prerrogativas, produce dos efectos, por un lado que el derecho a la ciudad se haga efectivo, caso contrario la expresión de que “la ciudad es de y para todos”, solo será eso, un enunciado, y por otro que las personas pueden ejercer su status de ciudadanos, ya que estos se configuran como tales, únicamente al conquistar sus derechos. (Borja, *Revolucion Urbana y Derecho Ciudadanos: Claves para interpretar las contradicciones de la ciudad actual*, 2013)

El derecho a la ciudad no es efectivo, si es que se tiene libre acceso a todas las zonas de la urbe (derecho de accesibilidad), o hay espacios públicos de calidad (derecho al espacio público y monumentalidad), pero no se tiene transporte público para acceder a estos; o si es que se tiene una vivienda, pero esta no cuenta con servicios básicos adecuados; o si es que existen escuelas (zonas escolares), pero la educación no es gratuita.

Para Jordi Borja, la Ciudad se construye en base a dos elementos importantes, el primero que se relaciona directamente con el proceso de creación de ciudad, es la “ciudadanía”. Se deben generar normas, instrumentos y políticas de democracia directa, que se adapten a las condiciones y características de la sociedad (tomando en cuenta principalmente a aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad), y que permitan la participación efectiva de la población.

Los elementos que conforman la ciudad, así como su realidad urbana, social, cultural, económica y política, son distintos unos de otros, a pesar de que pueden tener factores que guardan similitud, por lo tanto los mecanismos de participación deberán ser diferentes según la sociedad en la que se vayan a aplicar. A pesar de que las ciudades tengan problemas similares, las soluciones deben ser distintas para cada uno de ellos.

Por otro lado el segundo componente con el que se construye verdadera ciudad es la “vivienda”, pues en esta se satisfacen la mayor cantidad de necesidades humanas, y se

²⁹ El derecho a la ciudad es interdependiente, pues incluye a todos los derechos humanos reconocidos en cuerpos legales nacionales e internacionales.

desarrollan las principales actividades sociales; sin ella la ciudad carece de sentido. (Borja, *Revolucion Urbana y Derecho Ciudadanos: Claves para interpretar las contradicciones de la ciudad actual*, 2013).

En la actualidad, el crecimiento económico y el desarrollo industrial han primado por sobre la construcción de vivienda; se incentiva el desarrollo de urbes comerciales y espacios públicos, que no solo dejan de lado la salud y las necesidades de la población, sino que concentran en una misma área urbana una mayor cantidad de industrias y comercios.

Esta concentración de espacios, se denomina “centralización” y es considerada como uno de los fenómenos urbanos más injustos, pues al enfocarse en la construcción de una ciudad industrializada provoca que las personas (generalmente de escasos recursos) deban trasladarse a las periferias en busca de satisfacer su necesidad de vivienda.

La vida en periferias limita en muchos casos el reconocimiento efectivo de los derechos urbanos, como son el acceso a bienes y servicios públicos (transporte, alcantarillado, agua potable, sanidad), derecho de accesibilidad, derechos de participación (la población de las zonas periféricas pocas veces es tomada en cuenta en la toma de decisiones sobre obra pública). Evidentemente esta situación produce que no se cumpla el derecho constitucional a una vida digna (que es uno de los fines que debe perseguir la construcción de ciudad)

Esta falta de reconocimiento de derechos ciudadanos y urbanos, produce desigualdad de goce y ejercicio del derecho a la ciudad (pues son interdependientes); desigualdad respecto de las personas que tienen su vivienda en las zonas urbanas centralizadas, y que pueden satisfacer efectivamente sus necesidades básicas. Para evitar que se produzca esta situación, se deben establecer políticas que regulen el correcto uso, ocupación y distribución del suelo.

En conclusión para Jordi Borja, el derecho a la ciudad se compone de tres dimensiones: la “física”, que se refiere a los principales derechos urbanos y ciudadanos como el derecho a la vivienda, al espacio público y monumentalidad, derecho a la sanidad, etc; la dimensión, “individual”, que se relaciona con el derecho de las personas de auto desarrollarse y poder definir libremente su proyecto de vida; y por último la dimensión “colectiva”, que alude al derecho de participación, y la toma activa de decisiones por parte de la ciudadanía en la construcción de ciudad.

El urbanista colombiano Lucas Correa Montoya, señala que para Lefebvre y Borja, el derecho a la ciudad, es definido como una “posibilidad de ciudad”, es decir “*una forma o modo concreto en que la ciudad, lugar, objeto e institución privilegiada se ofrece y posibilita a sus ciudadanos*” (Correa Montoya, 2012)

La ciudad se concibe como aquel espacio urbano en donde el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos, así como el reconocimiento de bienes y servicios públicos, permiten a los ciudadanos satisfacer sus necesidades y deseos más profundos, y obtener una vida digna.

Esta posibilidad de ciudad, construye y presenta una idea de cómo debe constituirse el espacio público, la vida urbana dentro de este, así como de los bienes y servicios que los ciudadanos pueden y deben esperar de su ciudad. En definitiva la “posibilidad de ciudad” implica el goce efectivo de los derechos humanos, dentro de la ciudad.

El derecho a la ciudad, después de haber sido revisado desde diferentes perspectivas doctrinales, puede ser definido de manera sencilla como “El derecho de todos los individuos de construir y disfrutar plenamente la ciudad, de cualquier manera en que lo deseen”

Es decir, es el derecho humano a ser incluidos en el proceso de desarrollo y construcción de espacio público, el poder usar y gozar del mismo de la manera en que mejor consideren que satisface las necesidades personales y las de su colectividad, y que a su vez que les permita elaborar un proyecto de vida.

El ejercicio libre del derecho a la ciudad, se encuentra limitado, pues debe propender al reconocimiento y garantía de los derechos que lo componen (derecho a la vida digna, derecho al ambiente sano, derecho a la vivienda, etc), a satisfacer las necesidades de la colectividad (pues tiene un fin social y ecológico), al respeto del derecho a la ciudad de los otros individuos, pues el derecho del uno termina donde empieza el del otro, al respeto de la Ciudad y los recursos que nos brinda y al cumplimiento de los planes de ordenamiento territorial, y régimen del suelo.

Los titulares del derecho a la ciudad, son todos los individuos que pueden beneficiarse de aquello que la ciudad les ofrece, simplemente por el hecho de residir o encontrarse en determinada área urbana (circunscripción territorial).

No se utiliza el término “ciudadanos”, para definir a sus titulares, porque este genera un vínculo (jurídico, político) con el Estado, y evidentemente no todos quienes ejercen o hacen efectivo el derecho a la ciudad, forman parte de la población de determinado país, por ejemplo los turistas o funcionarios diplomáticos.

Este ejercicio pleno del derecho a la ciudad para todos los individuos ha sido posible debido a su reconocimiento, junto con los demás derechos que lo componen, en los ordenamientos jurídicos tanto nacionales como internacionales, como derechos humanos.

2.2.2. Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad

Es el principal cuerpo legal internacional que regula el derecho a la ciudad; a pesar de no tener fuerza vinculante, ni obligatoria para los Estados, por ser una “Carta”³⁰, desarrolla las primeras consideraciones sobre este derecho humano, y presenta el debate ante la comunidad internacional, al reconocerle como uno de los derechos más importantes, además abre las puertas para que las legislaciones de otros países hayan decidido reconocer el derecho a la ciudad, como es el caso del Ecuador, en su Constitución Política del 2008.

El documento fue concebido en el Foro Social de las Américas, que se llevo a cabo en Quito, en Julio del 2004, y en el Foro Mundial Urbano, realizado en Barcelona en Octubre del mismo año, con el objetivo de construir un modelo de ciudad, sociedad y de vida urbana sostenible, en base a principios de justa distribución, equidad, solidaridad y justicia, que permita mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y satisfacer sus necesidades básicas.

El Art. 1, inciso segundo, de la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, define al derecho a la ciudad como:

“El usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado (Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad , 2015)”

³⁰ Principalmente utilizado para designar documentos internacionales de especial solemnidad.

Al interpretar la definición, en base a la consideración de usufructo realizada por el Derecho Civil, se podría establecer que el derecho a la ciudad como usufructo implica el uso libre e igualitario de los bienes y beneficios (utilidad y frutos) que ofrece el espacio público; es decir todos los individuos tienen acceso a la ciudad en la misma medida, sin discriminación de ningún tipo (raza, religión, sexo, educación).

Es interesante además señalar que como usufructo produce la obligación de conservar los bienes y servicios que da la ciudad, como si fueran propios de cada persona, lo que garantiza de manera indirecta el mantenimiento de los espacios públicos. En definitiva el ser humano tiene el derecho de utilizar la ciudad (sus recursos), pero también la obligación de cuidarla y conservarla.

El derecho a la ciudad se considera un Derecho Colectivo, primero pues establece las condiciones mínimas y necesarias para garantizar una correcta vida en sociedad, y segundo hace referencia a un sujeto colectivo del que atiende su interés común, que son los habitantes.

La CMDC³¹ señala como titulares de este derecho a los “habitantes” de una ciudad, de una porción de territorio delimitada; se abstiene de utilizar el término “nacionales”, pues este supone un vínculo con el Estado, y este vínculo no es un requisito para ejercer el derecho a la ciudad. La misma Carta considera como titulares (utilizando la palabra ciudadanos), a todos los individuos que habiten de manera permanente o transitoria en determinado lugar.

Es un derecho humano, que lo poseen todos los individuos (habitantes), sin exclusión, es por eso que en el inciso primero, del Art. 1 de la CMDC, se establece, entre otras, que no habrá discriminación por razones de nacionalidad, ni condición migratoria.

En base a este principio de la no-discriminación, no se podría expulsar a un extranjero de determinada nación, pues se vulnera su derecho a la ciudad, y todos los derechos que lo componen, por ejemplo no se podría expulsar a los gitanos de Europa, lo que ha sido una práctica muy común, o limitar ciertos derechos sobre la ciudad por el hecho de ser extranjero.

³¹ CMDC: Abreviatura de Carta Mundial para el Derecho a la Ciudad.

De la definición expuesta, se puede extraer además, la importancia que se da a las personas o grupos desfavorecidos, pretendiendo construir ciudad evitando ponerles en una doble situación de vulnerabilidad (como al desalojar a personas de escasos recursos económicos), y violación de sus derechos constitucionales. Así como el fin del derecho a la ciudad que es el obtener una vida digna, o un nivel de vida adecuado que respete la dignidad humana.

La CMDC establece, que el derecho a la ciudad, es interdependiente de todo derecho humano reconocido (entre los que se incluyen varios derechos reconocidos por el Ecuador constitucionalmente), como son los derechos civiles, políticos, los D.E.S.C (Derecho Económicos, Sociales y Culturales), derechos culturales y ambientales.

De la CMDC, se pueden establecer los siguientes puntos respecto del derecho a la ciudad: 1) El derecho a la ciudad es el derecho de todos los individuos sin discriminación, pues la Ciudad pertenece a todos, 2) el derecho a la ciudad trasciende de proteger al vecindario, para proteger a la ciudad y sus alrededores urbanos, 3) permite la protección y garantía de los derechos que lo componen (civiles, políticos, etc.) y 4) permite el ejercicio pleno de la ciudadanía y le da una función social a los espacios públicos.

2.2.3. Derecho a la Ciudad en la Constitución de la Republica del Ecuador

El derecho a la ciudad, se establece por primera vez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la Constitución Política del 2008, en su capítulo segundo “derechos del buen vivir”, sección sexta sobre hábitat y vivienda, en el artículo 31; sin embargo previamente las pasadas constituciones han reconocido varios de los derechos que ahora componen el derecho a la ciudad, como derecho a la vivienda, derecho a una vida digna, derechos de participación, entre otros.

El Art. 31 de la Constitución, establece lo siguiente:

“Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad,

y en el ejercicio pleno de la ciudadanía” (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008)³².

La constitución reconoce el derecho a la ciudad, exclusivamente como aquel derecho de libre acceso, uso y goce de bienes, recursos y servicios públicos, que se basa en principios de equidad y justicia.

En principio la manera en cómo está contemplado el derecho a la ciudad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, evidencia la falta de uno de los elementos más importantes al momento de construir ciudad efectiva, que es la participación ciudadana. A pesar de que la segunda parte del artículo señala que el ejercicio de este derecho, se basa en la gestión democrática de la ciudad, y que podría inferir o significar una referencia a los procedimientos de democracia directa para los procesos participativos, sigue quedando ese vacío.

La Constitución, en el artículo 61 reconoce los derechos de participación ciudadana, como el ser consultado, o la posibilidad de participar en asuntos de interés público, pero estos no necesariamente podrían ser utilizados para hacer efectivo el derecho a la ciudad, por falta de disposición expresa.

Entre los principios que reconoce este derecho, es importante resaltar el respeto a las diferentes culturas urbanas, pues cada una de ellas hace efectivo de manera distinta el derecho a la ciudad, y ninguno de ellos debe ser discriminado. Que se generen espacios públicos de inclusión e integración para estos grupos, provocaría un derecho a la ciudad efectivo.

De igual manera se debe resaltar el principio de equilibrio entre lo urbano y rural, pues se debe recordar que la Ciudad, se conforma por la Urbe, y aquellos espacios fuera de los límites de la ciudad, los cuales se consideran símbolo de posibilidad de crecimiento. Además la CMDC señala que las áreas rurales son el principal espacio en donde puede haber una distribución justa, universal y equitativa de riqueza y recursos.

En la disposición constitucional, se pueden observar varios preceptos establecidos por la CMDC, y los urbanistas Lefebvre, Harvey y Borja, en el sentido de la función social y

³² Constitución de la Republica del Ecuador. Suplemento Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre del 2008

ambiental que debe tener la propiedad y la Ciudad, así como el ejercicio pleno de la ciudadanía que permite el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

La CMDC establece un listado de derechos que componen el derecho a la ciudad, que a su vez están reconocidos por la Constitución del Ecuador, entre los que se puede encontrar:, agua potable (Art. 12 C.R.E³³), alimentación (Art. 13), información (Art. 16), cultura y ciencia (Art. 21), educación pública de calidad (Art. 26), hábitat y vivienda (Art. 30 y Art. 375), salud pública (Art. 32), participación política (Art. 61), vida digna (Art. 66, numeral 2), acceso a la justicia (Art. 75), derecho al trabajo (Art. 325), transporte público (Art.375, numeral 1), etc.

Por lo tanto en el Ecuador, referirse al derecho a la ciudad, implica referirse a todos los derechos humanos que lo componen, lo cual permite un efectivo goce de la ciudadanía y la democracia.

Otro cuerpo legal, del ordenamiento jurídico ecuatoriano en donde se encuentra reconocido este derecho humano, es la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, la cual en su Art. 6, numeral 3 establece, que uno de los derechos que tienen las personas respecto del suelo, es “el derecho a la ciudad”, así como el derecho al hábitat y a la vivienda. Es interesante además, como esta Ley, reconoce en su Art. 8 el derecho a edificar, el cual es uno de los derechos más importantes que conforman el derecho a la ciudad, y sin el cual no existiría una verdadera construcción de ciudad, junto con la participación.

³³ C.R.E: Abreviatura para Constitución de la Republica del Ecuador

Capítulo III

Delitos Urbanísticos

La Ciudad, es el espacio donde el ser humano satisface las necesidades y requerimientos que le permiten desarrollarse como persona, y en donde ejerce su ciudadanía a través del reconocimiento de derechos, principalmente la participación activa en la construcción de espacio público. Por lo tanto requiere ser protegida a través de mecanismos efectivos que permitan la correcta regulación del uso del suelo, y el desarrollo de una vida ordenada y pacífica en sociedad.

El Derecho Urbanístico y el reconocimiento del derecho humano a la ciudad, han sido las herramientas jurídicas apropiadas o los mecanismos efectivos, por medio de las cuales se ha protegido la Ciudad, principalmente a través de normas urbanísticas que regula el ordenamiento territorial, el urbanismo, y las conductas humanas que alteran los espacios públicos.

La naturaleza humana tiende a inobservar las disposiciones legales, por lo tanto con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico urbano (Derecho Urbanístico), se requiere necesariamente de un Derecho coactivo o una potestad sancionadora (disciplinario), que establezca límites y sanciones a los comportamientos urbanos que afectan el orden público y que no permiten el pleno ejercicio de los derechos y libertades individuales, entre ellos el derecho a la ciudad. Es necesario que se establezcan sanciones para que se cumpla y se acate lo previsto por las leyes.

Mauricio Rengifo Gardeazabal, en su obra “El Concepto de Derecho Urbano”, señala que el Derecho Urbano, se compone de tres ramas esenciales que permiten la ordenación del territorio y el efectivo goce de derechos constitucionales en relación con la Ciudad. Estas ramas son, planificación, gestión y control (Rengifo Gardeazabal, 2012); siendo la ultima, la que servirá de base en el presente capítulo, por ser la rama que viabiliza el Derecho Urbanístico Sancionatorio.

El control urbanístico, se encarga de que la norma urbana se cumpla efectivamente, es decir vigila su correcta ejecución y aplicación, buscando conseguir los objetivos urbanos propuestos por la autoridad competente en coordinación con la ciudadanía.

El control urbano puede ser previo (licencias y autorizaciones) y/o posterior, el cual se refiere a la facultad de la autoridad para determinar y sancionar aquellas acciones u omisiones que vulneran las normas de derecho urbano. Esta potestad o facultad, sancionadora, otorgada por el “control urbano”, permite establecer las infracciones urbanísticas y sus respectivas sanciones.

El sistema sancionatorio del Derecho Urbanístico, se basa en los siguientes principios, legalidad (el poder sancionatorio o coactivo debe estar legitimado por una disposición jurídica, debido a que la ley obliga tanto a la administración como al administrado), tipicidad (se debe describir de manera precisa, clara y completa la estructura y características de la infracción), antijuridicidad (la acción u omisión debe lesionar sin causa justa el bien jurídico tutelado), presunción de inocencia (toda persona es inocente, hasta que se haya demostrado lo contrario mediante un proceso judicial justo) y “non bis in idem” (nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, caso contrario existiría un continuo estado de inseguridad jurídica) (Galvis Gaitan, 2014)

Aquellos comportamientos humanos ilícitos que transgreden las normas urbanísticas que regulan el derecho a la ciudad, el ordenamiento territorial, el urbanismo y el régimen de suelo, se denominan *infracciones urbanísticas*, las cuales se clasifican en leves, graves y muy graves (Delitos Urbanísticos)

Dicha clasificación depende de: la magnitud del acto ilícito, la relevancia del bien jurídico tutelado, el interés social que lesionan, la reincidencia de la falta, e incluso el tipo de suelo en que se producen; y dan lugar a establecer sanciones y determinar responsabilidad civil, administrativa o penal (según el sujeto activo de la infracción).

Históricamente el Derecho Urbanístico, para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones legales, ha establecido “infracciones” que se resuelven a través de procedimientos y sanciones administrativas, como la multa, la demolición y la revocatoria de licencias.

Las nuevas formas de delincuencia, han producido que las sanciones comunes administrativas dejen de ser efectivas, por lo que se ha recurrido al Derecho Penal, y la tipificación de delitos urbanísticos. Cabe señalar que la sanción penal, no excluye a la sanción administrativa, más bien la complementa, debido a que la infracción urbanística por

su naturaleza da origen dos sanciones distintas, de dos órdenes jurídicos distintos (Vizcaino Ferre, 2014).

La evidente falta de efectividad de las normas urbanas, así como de las sanciones administrativas, ha provocado que estas se complementen con disposiciones o medidas promocionales, que incentivan conductas humanas positivas y el cumplimiento de normas urbanísticas. El tratadista Juan Pérez Lledó, plantea tres técnicas con las cuales se puede incentivar el cumplimiento del ordenamiento urbano y son, la promesa de premio, los incentivos puros y las facilitaciones (Perez Lledo, 2005).

La promesa de premio, tiene una doble función, en primer lugar elogia las conductas urbanas meritorias, es decir premia el cumplimiento de las normas urbanas (función retributiva), y en segundo lugar incentiva el cumplimiento de prácticas urbanas adecuadas (función motivadora). Víctor Lemus Chois al respecto señala que, como parte de la función retributiva se podrían establecer rebajas a las sanciones de los infractores que demuestren su intención y esfuerzo de adecuar su actividad a las normas urbanas, por otro lado como parte de la función retributiva se podrían establecer tarifas especiales a los servicios públicos, o disminución de impuestos a quienes cumplan con el ordenamiento urbano (Lemus Chois, 2012).

Los incentivos puros, son las técnicas mediante las cuales se busca el respeto y cumplimiento de ciertas conductas, a través de la fundamentación razonada de por qué se debe realizar o no determinada conducta; es decir crear una especie de “cultura” para atraer a las personas a realizar determinada actividad, por ejemplo la obtención de licencias de construcción. Pretende generar intereses y conciencia en el individuo, con el fin de que realice determinada actividad, que conoce, es para su propio beneficio.

Por último las facilitaciones, son definidas como las disposiciones que posibilitan la realización de ciertas actividades, que sin la existencia de estos incentivos serían imposibles de realizar, o en su defecto actividades posibles pero que producirían un gravamen o perjuicio, y por tanto no se las realiza. Lemus Chois menciona que el ejemplo más común, sería el asesoramiento gratuito que debería brindar el Estado (la administración) para el trámite de obtención de licencias de construcción, especialmente con grupos en situación de vulnerabilidad, y de escasos recursos, pues esto permitiría proporcionar ordenamiento urbano a toda la población (Lemus Chois, 2012).

Las prácticas propuestas por Pérez Lledó, como complemento del control urbano (infracciones y sanciones administrativas), a veces no son suficientes para mitigar las conductas humanas más graves que transgreden a la Ciudad y el urbanismo; es ahí que se utiliza al Derecho Penal, a través de los delitos urbanísticos, para regular en última instancia los comportamientos humanos más dañinos.

En definitiva, las disposiciones jurídicas urbanas, requieren contar con un régimen sancionatorio, para ser plenamente acatadas y aplicadas, caso contrario serán meros enunciados, que reconocen derechos y libertades, pero que no los garantizan efectivamente. Por lo tanto la administración en ejercicio de su poder coactivo, debe tipificar infracciones o delitos urbanos, y su respectiva sanción.

3.1. Infracciones Urbanísticas

Dentro del Derecho Urbano, el poder coactivo se traduce en un derecho sancionador o disciplinario, el cual permite el cumplimiento de las disposiciones legales, y normas urbanísticas, a través de la determinación de infracciones y sanciones, que castigan las conductas humanas que transgreden las normas de la ciudad, es decir a través de un régimen sancionador en urbanismo.

El derecho sancionatorio urbano al intervenir produce dos consecuencias jurídicas distintas, la primera es la imposición de una sanción (generalmente administrativa) en base a una infracción tipificada legalmente, y la segunda es el establecimiento de medidas que restauran el orden urbano y la realidad física, las cuales tienden principalmente a suspender el acto ilícito que vulnera las normas urbanas y volver las cosas a su estado original en la medida de lo posible y necesario (García Macho & Blasco Díaz, 2017). Por lo tanto el régimen sancionador urbano, cumple una doble función, pues es utilizado como un medio para castigar los ilícitos urbanos y restaurar el perjuicio producido a la Ciudad.

Uno de los ejemplos más comunes de la consecuencia jurídica que permite restaurar la legalidad urbana, es el caso de una construcción considerada ilegal por falta de licencia de construcción; la autoridad ordenará que esta edificación se destruya o que se obtengan las respectivas licencias. Cualquiera sea el método utilizado, permitirá que se restaure el orden urbano y la legalidad.

Es importante recordar que las infracciones y sanciones no son similares en todos los ordenamientos jurídicos, pues cada lugar ha establecido su propio régimen sancionador urbanístico, que debe adecuarse a la realidad de cada tiempo, espacio y circunstancias.

El presente capítulo va a partir del análisis de las infracciones urbanísticas y las sanciones, para posteriormente explicar el tema de los delitos, que son el objeto de la investigación.

3.1.1. Concepto

Para Víctor y Aida Lemus Chois, las infracciones urbanísticas son aquellas transgresiones a las normas urbanas que regulan el derecho a edificar dentro de los planes de ordenamiento territorial establecidos por el Estado, pero que no afectan a la propiedad privada, ni los derechos fundamentales (Lemus Chois & Lemus Chois, 2009).

Es decir se considera como infracción urbanística a cualquier acto que atente contra una de las principales expresiones legales del Derecho Urbanístico, que son los planes de ordenamiento territorial, pero que no regulan únicamente o necesariamente el derecho a edificar (que videntemente depende de las licencias y permisos que conceda la autoridad competente), pues en varios casos regulan además aspectos sobre el medio ambiente, la naturaleza y el patrimonio.

Para estos autores los bienes jurídicos que tutela el derecho urbanístico son: el ordenamiento de las ciudades, el régimen de suelo (uso y gestión del suelo), los recursos naturales, el patrimonio cultural, y los espacios públicos (Lemus Chois & Lemus Chois, 2009).

Es decir los principales bienes jurídicos que se protegen a través del Derecho Urbanístico y el derecho sancionador, son dos: a) La Ciudad (con todos los elementos que la compone) y b) El ordenamiento territorial.

Por otro lado para el colombiano Galvis Gaitán, la infracción urbanística se encuentra definida correctamente en la Ley 810 del 2003 del Congreso de Colombia³⁴, como:

“Toda actuación de construcción, ampliación, modificación, adecuación y demolición de edificaciones, de urbanización y parcelación, que contravengan los planes de ordenamiento

³⁴ Ley emitida por el Congreso de Colombia el 13 de Junio del 2003, la cual modifica la Ley 388 de 1997 en materia de Sanciones Urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos. Actualmente dicha norma urbanística se encuentra derogada.

territorial, y las normas urbanísticas que los desarrollan y complementan.... (Galvis Gaitan, 2014)”

Cualquiera de las actividades señaladas, requieren de una licencia para poder ser llevadas a cabo, caso contrario se consideran infracciones, y deberán ser sancionadas de la manera prevista.

En este concepto se observa como el interés común, prevalece sobre el interés particular, la propiedad privada y el derecho a edificar, pues aunque un sujeto sea propietario de determinado inmueble no puede decidir sobre su construcción o demolición, si no es con una licencia o autorización del Órgano encargado; no se puede actuar como propietario de manera arbitraria, pues es necesario el consentimiento de una autoridad si es que se quiere realizar actividades urbanísticas sobre los predios, caso contrario se incurre en una infracción urbanística.

Además la licencia debe ser concedida en base al plan de ordenamiento territorial y disposiciones urbanísticas vigentes, pues en muchos casos las licencias son concedidas ilegalmente, con el objetivo de beneficiar al particular, contraviniendo disposiciones expresas, lo que acarrea responsabilidad para el funcionario que las concede.

Un aspecto que se debe resaltar, es que se consideran infracciones urbanísticas a los actos que contravienen tanto las normas urbanas, como los planes de ordenamiento territorial, lo que amplía el concepto dado por los hermanos Lemus Chois, quienes únicamente consideran como infracciones a las actividades contrarias a los planes de ordenamiento, limitando de sobremanera el ámbito de acción y protección del Derecho Urbanístico sancionador.

Por su parte, el concepto de Luciano Parejo Alfonso, permite un acercamiento a los delitos urbanísticos y plantea la necesidad de que el Derecho Urbano sea protegido a través del Derecho Penal, pues considera a la infracción urbanística como aquel acto urbano, sancionable, típico y culpable (Parejo Alfonso, 2011), que es contraria a las normas urbanas y su incumplimiento acarrea una sanción (penal o administrativa) que se encuentra prevista o tipificada legalmente.

Esta definición es similar a la de delito, según la doctrina penal, la cual además se encuentra recogida en el Código Orgánico Integral Penal³⁵, el cual en su Art. 18 que establece a la infracción penal como aquella conducta típica, antijurídica, culpable cuya sanción se encuentra prevista en la ley.

Por tal motivo, el autor considera como las principales diferencias entre infracción penal y urbanística, al ordenamiento jurídico o las normas jurídicas que contraviene y a la sanción que se impone.

En conclusión, la infracción urbanística se puede entender como cualquier acción u omisión tipificada en la ley, que contraviene el ordenamiento jurídico urbano, que incluye a los planes de ordenamiento territorial y demás disposiciones legales urbanas.

3.1.2. Tipos de Infracciones

De acuerdo a magnitud del acto ilícito, la incidencia de la infracción en el urbanismo, los efectos que producen, el interés tutelado o, por su gravedad en general, las infracciones se pueden clasificar en leves, graves o muy graves.

Ordenamientos jurídicos como el español (en Municipios como Cataluña, La Rioja, Valencia, entre otros) clasifican a las infracciones en estas tres categorías; por otro lado legislaciones como la ecuatoriana o colombiana, prefieren únicamente clasificarlas como leves y/o graves, categorías en las que se incluyen ilícitos que en otras legislaciones se consideran “muy graves” o “gravísimas”.

Es simplemente un modo de clasificar, pues se debe recordar que las soluciones urbanas serán distintas en cada ordenamiento jurídico, por tanto lo importante son los efectos que producen los actos ilícitos, por sobre la categoría en la que se encuentran.

En la presente investigación se han clasificado a las infracciones urbanísticas en dos categorías, leves y graves (algunas de las cuales posteriormente serán propuestas como delitos urbanísticos), debido al grado en que vulneran la legalidad urbana, y los derechos fundamentales en relación a la ciudad, que lesionan.

³⁵ Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemento RO.180 del 10 de Febrero del 2014.

a) Infracciones Leves

La categoría de infracciones leves en varios ordenamientos jurídicos, tiene un tratamiento residual, es decir, todas aquellas infracciones urbanísticas que no son tipificadas como graves o muy graves, se consideran leves.

En esta investigación, se denomina como infracciones leves a todas aquellas actuaciones que lesionan en menor medida el interés colectivo, que no producen un perjuicio alto a los bienes jurídicos urbanos protegidos, y que pueden ser subsanadas, a través de la obtención de un permiso, el cumplimiento de una disposición urbana específica, la reparación del daño producido, o algún otro medio.

Algunas de las principales infracciones que se pueden considerar como leves son:

- Destrucción reparable de espacios públicos, que no afecte en gran medida a derechos fundamentales. Como la destrucción de bancas en un parque, de postes de electricidad, veredas, entre otros, los cuales pueden ser reparados a través de una sanción pecuniaria, que no excede del avalúo del bien de uso público, afectado.
- Inobservancia e incumplimiento de planes de ordenamiento territorial y normas urbanísticas de construcción. Es decir cuando la construcción o edificación no cumple con los parámetros urbanísticos como el volumen, la altura máxima de la edificación, área bruta o área urbanizable, el espacio permitido de construcción, especialmente en zonas de alta densidad poblacional.
- Inobservancia de los planes de ordenamiento territorial y de las normas relativas al uso y gestión del suelo. Las autoridades competentes zonifican el territorio, y determinan las zonas residenciales, industriales, de tolerancia, entre otras; por lo tanto la población debe respetar esta organización por ejemplo, no colocar industrias o fábricas en zonas residenciales, pues se afecta los derechos de los ciudadanos como el derecho a un ambiente sano y equilibrado, debido a la contaminación a la que serán expuestos.
- Obstaculización de la función y actividad de inspección de las autoridades competentes, por la persona que presuntamente ha cometido la infracción urbanística

o por un tercero. Sea que se realice la actividad para verificar que se cumplan con las licencias concedidas, o para constatar el cometimiento de una infracción urbanística.

- Cambio de destino de un bien inmueble sin contar con el permiso adecuado.
- Ocupación permanente o temporal del espacio público sin respectiva licencia o autorización. Es común que ciertos eventos sociales utilicen espacios públicos como las calles o plazas para ser llevados a cabo, por lo que para realizar estas actividades ese requiere una respectiva licencia o autorización, caso contrario se incurre en una infracción. O es el caso además de las ventas ambulantes

Hay varias situaciones en las que no se puede autorizar el uso del espacio público, pues se solicita permiso para la construcción permanente de alguna infraestructura o edificación, que en caso de ser permitida limitaría el efectivo acceso, uso y goce del resto de la población a la Ciudad; en el caso de incumplimiento de este supuesto, se puede hablar de una infracción grave.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, en su artículo 112³⁶ considera como infracciones leves a las siguientes:

- ✓ Ejecutar obras de edificación y construcción, sin los respectivos permisos o licencias conferidas por la autoridad competente, en este caso el GAD Municipal, o ejecutar obras excediendo o incumpliendo aquello permitido por la licencia de construcción. En este supuesto la construcción “ilegal”, no supone un riesgo para la integridad física y la vida de las personas, por lo tanto se considera una infracción leve, no supone un perjuicio grave a los derechos fundamentales de la población. Por ejemplo, si los propietarios de un inmueble deciden transformar su parqueadero, en un local comercial, por lo que requieren hacer una pequeña construcción, en principio esta situación no provoca perjuicio hacia los derechos de la ciudadanía, por lo que solamente se considera una infracción leve, por carecer de los permisos adecuados, que podría subsanarse. Uno de los principales supuestos para que la

³⁶ Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo. Registro Oficial Suplemento No. 790. 5 de Julio del 2016.

infracción sea considerable leve en este caso es, si es que la obra puede legalizarse o no.

- ✓ Realizar fraccionamientos de suelo contraviniendo los planes de uso y gestión del suelo. Esto puede ocasionar un crecimiento desmedido y desorganizado de la ciudad, hacia áreas determinadas como no urbanizables, además de ser una práctica tendiente a reducir el valor de impuestos que se debe pagar.

- ✓ Obstaculizar o impedir la función de inspección de la Autoridad competente.

b) Infracciones Graves

Son aquellas que producen un alto perjuicio para la colectividad, sea porque ponen en riesgo derechos fundamentales, como la vida, la integridad física o derecho a un ambiente sano y equilibrado, porque limitan de gran manera el derecho a la ciudad, o porque la actividad ilegal produce un daño irreversible.

Estas vulneran en gran medida la legalidad urbana, por lo que algunas deberían ser tipificadas como delitos urbanísticos, para así proteger varios derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la ciudad, y el ordenamiento territorial.

Las principales infracciones que se consideran graves son:

- Construcción, edificación³⁷ y demolición sin permisos o licencias. Aquí se pueden ubicar tres supuestos: el primero es que la licencia no fue solicitada ante la autoridad competente, el segundo es que la obtención de la licencia se encuentra aún en trámite con la autoridad administrativa, pero aun así se iniciaron o ejecutaron las obras urbanas, y por último es que el permiso de construcción se haya caducado, por no haberse iniciado la obra o por haberla paralizado por un tiempo determinado (como

³⁷ Edificación (Especie) se refiere a construcción propiamente de edificios, mientras que construcción (Genero), es un concepto amplio que abarca las obras preparatorias así como el hacer cualquier obra de infraestructura. Es por eso que se dice que no toda construcción es edificación, pero si toda edificación es construcción. (Boldova Pasamar, 2007)

ejemplo la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones de Chile, establece que los permisos de edificación caducan en 3 años)³⁸.

- Ejecución de obras (construcción y demolición) y utilización del suelo (alteración del uso del suelo) de manera distinta a la autorizada por la autoridad competente, incumpliendo con las obligaciones y disposiciones impuestas. El ciudadano cuenta con una licencia, pero la utiliza de forma desvirtuada.
- Ejecución de obras de urbanización, cuando la autoridad competente haya detenido la obra por cualquier causa.
- Construcción, demolición, y edificación no autorizada. En este caso se parte del supuesto de que la licencia no fue concedida, y existe un acto administrativo que niega o rechaza el permiso, por lo tanto las personas no pueden realizar ninguna actividad de urbanización. Existen tres circunstancias que pueden agravar esta infracción:
 - Que la actividad de urbanización se haya realizado en suelo determinado como no urbanizable por los planes de uso y ocupación del suelo.
 - Que la construcción no autorizada se haya realizado en zonas de dominio público (destinadas a zonas verdes, o viales), en zonas protegidas, o zonas con valor paisajístico, cultural, histórico y ecológico.
 - Que la construcción lesione de forma grave derechos fundamentales.
- Los actos de construcción y edificación, en lugares protegidos, que produzcan un impacto ambiental no reversible. El principal caso es cuando se realizan construcciones en reservas naturales o zonas megadiversas que han adquirido protección especial.

Uno de los casos referentes de esta infracción, es el caso del Hotel Algarrobico, en la ciudad de Carboneras (España), el cual es considerado el mayor escándalo urbanístico del litoral.

³⁸ Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones de Chile. Título 5: De la Construcción; Capítulo 1: de los permisos de edificaciones y sus trámites; Art. 1.4.17.

El Hotel Algarrobico es un mega-complejo hotelero construido en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar, considerado como zona no urbanizable, al ser una reserva natural y uno de los pocos espacios sin urbanizar de la costa mediterránea, es decir se construye una mega infraestructura en una reserva ecológica protegida. Se vulneran disposiciones urbanas que prohíben la construcción dentro de reservas naturales y disposiciones de la Ley de Costas, pues el hotel es construido dentro de una playa (Greenpeace, 2014).

Este caso se produjo un impacto natural no irreversible, por la cantidad de hectáreas de áreas verdes, de playa, y biodiversidad que se perdieron, así como las especies que fueron desplazadas de su hogar o exterminadas.

Actualmente este hotel fue declarado como ilegal, por haber vulnerados normas urbanas e incurrido en un delito urbanístico, por lo que está en proceso de demolición.

Es importante señalar que aquí los responsables son los constructores y la Autoridad Municipal, pues se concedió una licencia de construcción a sabiendas de que la zona era considerada como protegida.

- Ejecución de obras de construcción, demolición y edificación que supongan el deterioro y destrucción irreparable del patrimonio histórico, arquitectónico, arqueológico y cultural de la ciudad; especialmente en zonas consideradas como patrimonio de la humanidad.
- Ejecución de obras de infraestructura que supongan la destrucción irreparable de espacios públicos considerados de especial protección, que no necesariamente forman parte del patrimonio histórico o cultural.
- Apropiación de espacios públicos a través de actividades de construcción y edificación, que limiten el goce de la ciudad del resto de la población.
- Apropiación dolosa del espacio público con ánimo de lucro. Es decir cuando los ciudadanos cobran por el uso del espacio público, atribuyéndose que el mismo les pertenece.

- Prevaricación urbanística. Es una infracción especial cometida únicamente por autoridades o funcionarios que ostentan una calidad determinada por la ley, que se configura en dos casos: primero cuando el funcionario o autoridad competente de manera dolosa haya concedido licencias urbanísticas (de construcción, parcelación, demolición, etc.) contrarias a las disposiciones legales urbanas; y segundo cuando el funcionario haya evitado sancionar las infracciones urbanísticas cometidas por los ciudadanos.
- Incumplimiento de un orden o disposición expresa de la Autoridad competente, que manda a reparar o subsanar una violación urbanística, producida por una infracción leve. Por ejemplo se ordena a los propietarios que obtengan la licencia adecuada para cambio de destino de un bien, pero estos no lo hacen a pesar de haber sido sancionados.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, en su artículo 113³⁹ considera como infracciones graves a:

- Ejecución de obras de infraestructura:
 - a) Sin autorización, que produzcan daños a bienes protegidos.
 - b) Sin autorización que supongan riesgo a la integridad de las personas.
 - c) Que incumplan normativa nacional de construcción y disposiciones de prevenciones de riesgos.
- Comercialización de bienes y edificaciones que no cuenten con los permisos respectivos y autorizaciones.

3.1.3. Sanciones Urbanísticas

Las disposiciones urbanas para ser cumplidas requieren de un Derecho sancionador, que castigue los actos que vulneran a la ciudad, a los planes de ordenamiento territorial, uso y ocupación del suelo y demás normas urbanas.

³⁹ Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo. Registro Oficial Suplemento No. 790. 5 de Julio del 2016.

Por lo tanto se han establecido diferentes sanciones que castigan las acciones u omisiones que provocan una infracción urbanística, con el fin de restaurar la legalidad urbana, proteger a la ciudad y los derechos fundamentales de la población.

Se debe recordar, que al vulnerarse las disposiciones legales de Derecho Urbanístico, se producen dos efectos jurídicos, el primero es que se impone una sanción tipificada legalmente (principio de tipicidad) y el segundo es que se genera una obligación para el infractor, de reparar el daño causado y restaurar la legalidad urbana. El segundo efecto comúnmente ha sido considerado como una parte de la sanción, pues persigue los mismos fines.

Las sanciones tienen como objetivos, evitar la reincidencia del infractor, advertir al resto de la población, para que no incurran en las conductas ilícitas, y cumplan con las disposiciones urbanas, así como el restablecer la legalidad urbana.

Se pueden encontrar sanciones urbanísticas de dos tipos, en función de su aplicación: la normativa básica, de alcance nacional y aplicable a todos los individuos (Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Ocupación del Suelo, en el Ecuador), y la normativa especial, emitida por cada uno de los Municipios en el ámbito de sus competencia, de alcance regional, y que aplican únicamente a los ciudadanos de cada circunscripción territorial (Ordenanzas).

Las sanciones urbanísticas son compatibles entre sí, es decir puede aplicarse de manera conjunta, dependiendo de la infracción.

a) Competencia Sancionadora

Si bien existen sanciones urbanísticas en disposiciones legales de alcance nacional, y municipal, en sentido estricto la competencia sancionadora le corresponde a los Municipios, Ayuntamiento, Distritos, o en el caso ecuatoriano a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, esto atendiendo a una idea de que la cercanía de estas Autoridades autónomas, con la colectividad permitirá un Derecho sancionador más eficiente. (García Macho & Blasco Díaz, 2017)

Los GAD's poseen su propio régimen sancionador, que se complementa con la normativa urbana nacional para suplir falencias y vacíos, permitiendo así formar un completo régimen sancionador urbano.

Quien es competente para tipificar las infracciones y sanciones urbanas, así como para aplicarlas, es el Municipio, a través de sus autoridades, pero el Derecho Urbanístico al ser una rama de Derecho Público, faculta a cualquier ciudadano a poder requerir la intervención de las autoridades, cuando exista una infracción urbanística (García Macho & Blasco Díaz, 2017), para lo cual se deberán crear las vías y mecanismos adecuados de participación ciudadana.

Es pública, la posibilidad de requerir o solicitar a la autoridad competente, el cumplimiento de la legislación urbana, así como de los planes de ordenamiento territorial y demás disposiciones urbanas, ante una presunta infracción urbanística. Presunta pues el único que puede atribuir responsabilidad y determinar si se ha cometido ciertamente una infracción o no, es la autoridad competente.

Por otro lado los infractores, son cualquier persona natural o jurídica, que con sus actuaciones incurra en el supuesto de la infracción urbanística. O como en el caso de la prevaricación urbanística el infractor puede tener una calidad determinada, como ser funcionario público (García Macho & Blasco Díaz, 2017).

b) Tipos de Sanciones Urbanísticas

Una de las principales características y garantías de las sanciones urbanísticas, es el principio de tipicidad, el cual establece que todas las infracciones y sanciones deben estar previamente determinadas de manera clara y precisa, de tal forma que los ciudadanos tengan seguridad y certeza de los actos urbanos prohibidos y los efectos que producen. (Galvis Gaitán, 2014)

Para Luciano Pareja Alfonso, este principio debe ser aplicado de manera flexible, ya que la complejidad del ordenamiento urbano, y los constantes cambios que experimenta la ciudad, no permiten una tipificación concreta, por lo que es necesario que exista una remisión a las diferentes disposiciones de Derecho Urbanístico (Parejo Alfonso, 2011).

Las sanciones urbanísticas más comunes son:

b.1) Multa

La sanción urbanística por excelencia es la multa o la sanción pecuniaria, la cual comúnmente es acompañada de otras medidas que le son compatibles, dependiendo del grado de vulneración urbana.

La cuantía de las multas se fija en función de destrucción producida por la actividad sancionada, por el número de obras necesarios para arreglar el daño, y por las agravantes o atenuantes de la infracción.

Muchas veces el valor de los trámites para la obtención de una licencia de construcción, o de la legalización de una obra o propiedad, es mayor al valor cobrado en una multa, por lo que los ciudadanos prefieren pagar la sanción e inobservar las disposiciones urbanas, pues les resulta más barato. Por lo tanto se deben prever mecanismos adecuados de cuantificación de multas, que permitan cumplir con sus fines sancionatorios.

Miguel Ángel Chaves, señala que la multa, incluye tres elementos: el elemento pecuniario, que consiste en el pago de una cantidad de dinero que debe realizar el infractor, en función del daño producido; el elemento de la demolición, en el caso de que no se pueda legalizar lo construido; y por último el elemento de la construcción, cuando la infracción destruido algún bien (Chaves Salcedo, 2012).

b.2) Demolición

Es la destrucción de aquella obra de infraestructura, sin perjuicio de los poseedores de buena fe, que no pudo ser legalizada, por ningún medio, ya que fue construida en una zona protegida, o sin observar normas de construcción que no pueden ser subsanadas.

Es una sanción que presenta varias complicaciones al momento de ser aplicada, por dos motivos fundamentales:

- No existe un instrumento jurídico apropiado que obligue el cumplimiento de una demolición, en especial en instancias administrativas. Además la demolición requiere de algunos medios y herramientas para ser realizada (excavadoras, camiones), las cuales corren a cuenta del infractor, quien en caso de no tener la capacidad económica para contratar esos servicios, simplemente no cumple con la

sanción. Y pensar en la demolición de una propiedad privada, con recursos públicos, no es muy conveniente.

- El obligar a la destrucción de un bien inmueble, puede vulnerar derechos como el derecho a la vivienda, el derecho al hábitat, y a la propiedad privada, dejando en situación de vulnerabilidad a muchas personas.

Por estos motivos, es que la aplicación de la sanción de demolición es difícil, lo cual produce que la infracción urbanística se siga produciendo.

b.3) Reconstrucción

Genera la obligación al infractor, de construir aquello que destruyó sin autorización o licencia correspondiente.

Al igual que la demolición, la aplicación de esta sanción urbanística carece de un instrumento jurídico apropiado que obligue al infractor a construir lo demolido, por lo que se presentan dos circunstancias:

- El costo de la reconstrucción es alto y el infractor puede no encontrarse en condiciones económicas para realizarla. Por otro lado esta actividad no puede correr a cuenta de la Autoridad, pues requeriría construir propiedad privada, con dinero público.
- Es mucho más barato realizar una demolición sin autorización, que mantener una propiedad, en especial si esta es considerada patrimonial.

b.4) Suspensión de la obra

Si es que se realiza una obra de edificación, construcción o demolición, sin licencias adecuadas, o desvirtuando la licencia, la autoridad competente, podrá ordenar la suspensión de la obra hasta que se subsane o se repare la infracción, en la medida de lo posible.

Esas son las principales sanciones urbanísticas con las que se pretende defender los bienes urbanos protegidos y hacer respetar la legalidad urbana, las cuales como se ha podido evidenciar no son totalmente efectivas y requieren de instrumentos jurídicos inexistentes para ser eficientes, por lo que ha sido necesario el establecer otro tipo de sanciones que

permitan proteger de manera correcta los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Urbanístico, de tal manera que se ha recurrido al Derecho Penal.

3.2 Delitos Urbanísticos

En principio, la regulación y sanción de las infracciones urbanísticas era un tema exclusivamente de Derecho Administrativo; pero la falta de eficiencia, eficacia y poca aplicabilidad de las sanciones urbanas, demostrada por la realidad social de varios núcleos urbanos y rurales, en donde prima el desorden, la indisciplina y la continua vulneración de las disposiciones urbanas, provocó que los ciudadanos y los legisladores se planteen en otra posibilidad para proteger a la ciudad y sus bienes jurídicos protegidos.

La criminalidad de las infracciones urbanísticas, no es sancionada moralmente por la sociedad (Souto Garcia, 2017), ya que la vulneración e inobservancia de las normas urbanas es vista como una práctica común, a tal punto que las infracciones suelen ser tomadas como ejemplo por otros ciudadanos y son replicadas, debido a la impunidad que existe, ya que la Administración Pública no sanciona y permite que se sigan dando estas prácticas, de tal manera que Flor Sánchez Martínez, califica a la actuación de la administración como una “vergonzosa complicidad” (Sanchez Martinez, 1998).

Es así, que se plantea al Derecho Penal, como aquella herramienta jurídica adecuada, para proteger el ordenamiento territorial, el suelo, el urbanismo y los derechos fundamentales que de ahí derivan, a través de la tipificación de delitos urbanísticos.

El delito urbanístico o delito contra el territorio, es definido de manera sencilla, como aquel acto típico, antijurídico, culpable y punible, cometido en contra de la legislación urbana, el ordenamiento territorial y la planificación urbanística. Dentro de estos delitos, también se encuentran los delitos en contra del medio ambiente, ya que la ciudad se compone de áreas verdes y espacios naturales.

Como regla general, se mantiene al Derecho Administrativo, para sancionar aquellas infracciones leves o conductas que por los efectos que producen, no requieren la intervención del Derecho Penal, ya que este solo se utiliza para condenar infracciones muy graves, que vulneran en gran medida los derechos fundamentales de los ciudadanos y la legalidad urbana. Se parte de la idea de que, si la infracción puede subsanarse, no tiene

porque ser considerada en el ámbito penal, como es el caso de la falta de licencia para cambiar el destino de un bien inmueble.

Autores como Francisco Rodríguez Almirón, consideran que el Derecho Administrativo, a pesar de la intervención del Derecho Penal, debe ser mejorado, al punto de que sea más exigente con el cumplimiento de las normas urbanas, e imponga sanciones más fuertes, de tal manera que los delitos urbanísticos se reserven únicamente para aquellas infracciones muy graves, que vulneran los derechos fundamentales (Rodríguez Almirón, 2015).

Al respecto, José Luis de la Cuesta Arzamendi, señala lo siguiente:

“Al Derecho Penal, no le corresponde reaccionar frente a cualquier ilegalidad, incluso si esta es muy grave. Al Derecho Penal le compete algo diverso: hacer frente a los ataques más graves a aquellos bienes jurídicos dignos, susceptibles y necesitados de tan extrema protección” (de la Cuesta Arzamendi, 1998)

Este concepto recuerda que el Derecho Penal es y debe ser de mínima intervención, es decir solo aplicarse en los casos estrictamente necesarios, respecto de bienes jurídicos dignos de protección, en donde ha sido imperativo para el Estado protegerlos.

El Derecho Penal, se debe complementar con el régimen sancionador urbano, a fin de proteger de mejor manera los bienes jurídicos protegidos, aplicando tanto sanciones penales como administrativas, en la medida en que sean compatibles.

Los delitos urbanísticos se basan en dos características importantes, que son el principio de legalidad y el principio de tipicidad, con las cuales se garantiza que la actuación de la autoridad competente será acorde a la ley, otorgando así seguridad jurídica a la ciudadanía.

A continuación se analizará los elementos esenciales de los tipos penales urbanísticos, a fin de entender su alcance y particularidades:

3.2.1. Elementos del Delito Urbanístico

a) Elemento Objetivo

Abarca el aspecto externo de la conducta ilícita, y se encuentra conformado por el sujeto activo, sujeto pasivo, el bien jurídico protegido, y el elemento normativo. (Plascencia Villanueva)

a.1) Bien Jurídico Protegido

Existe una gran discusión jurídica respecto de cual es efectivamente el bien jurídico o los bienes jurídicos que los delitos urbanísticos protegen, de tal forma que algunos autores señalan que es el ordenamiento territorial, o el correcto uso y ocupación del suelo, o la legalidad urbana, lo que demuestra la complejidad de estos tipos penales, y la gran cantidad de elementos que componen la Ciudad.

Felipe Renat García, señala que existen tres enfoques o posturas (Renat Garcia, 2001), que determinan el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos: el primer enfoque establece que el objeto formal es el cumplimiento de la ordenación territorial, legal o reglamentariamente establecida, es decir la ordenación del territorio, puesto que esta tiene un gran valor para el individuo y la sociedad, ya que mejora la calidad de vida de los población, por lo que es considerado un elemento digno de protección⁴⁰.

Este es el enfoque al que la mayoría de autores se adhieren, por ejemplo Tomas Ramón Fernández, señala que el bien jurídico además de ser el ordenamiento de la ciudad, es la relación de los Municipios con el resto de circunscripciones territoriales, y el Estado Central (Ramon Fernandez, 1984). Recordando esa relación que debe existir entre los Gobiernos Autónomos Descentralizados y el Gobierno, a fin de garantizar la correcta aplicación y protección de la normas urbanas.

Un segundo enfoque establece que el bien jurídico protegido, es el cumplimiento de la normas administrativa sobre utilización racional del suelo, que protegen el derecho al hábitat, la calidad de vida y la conservación de recursos naturales (bien jurídico puede ser

⁴⁰ Este argumento parte de lo establecido en el Art. 319 del Código Penal de España de 1995. Cuyo apartado establece “Delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo”.

también el bienestar humano)⁴¹. El autor señala que se relacionan la ordenación del territorio, con el elemento ecológico.

José Antonio Martínez Rodríguez comparte este enfoque, al añade que con este bien jurídico se ampara todo lo que la ecología representa en relación al suelo (Martinez Rodriguez, 2011).

Un último enfoque señala que el bien protegido es el adecuado destino de los bienes públicos, colectivos e individuales. Este enfoque ha sido criticado en la medida de que se considera que protege mas a la administración pública, que a la ciudadanía.

Renat García, a su vez señala que existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, en relación al tipo de suelo, que requiere tutela, de tal manera que serian el ordenamiento territorial, el patrimonio histórico y el medio ambiente (Renat Garcia, 2001). Depende del tipo de suelo al que se está otorgando protección, se determina el bien jurídico protegido, por ejemplo, si el suelo es considerado como reserva natural, el bien jurídico es el medio ambiente.

Se han mencionado varios puntos de vista, de cuáles son los bienes jurídicos protegidos por los delitos urbanísticos, y se puede notar que en todas ellas hay un denominador común, por lo tanto se podría establecer como el principal bien jurídico protegido a “La Ciudad”, pues este es un concepto complejo que abarca un sinnúmero elementos que requieren de tutela, como lo son el ordenamiento territorial, el uso del suelo, el medio ambiente, el patrimonio, el interese colectivo, el espacio público, el urbanismo y los derechos fundamentales de la población (entre ellos el derecho a la ciudad).

La protección de estos bienes jurídicos, determinan el derecho de las personas a vivir en un entorno sano y equilibrado, en donde se utiliza el suelo de forma racional y sostenible, con el fin de mejorar la calidad de vida de la ciudadanía. (Rodriguez Almiron, 2015)

a.2) Sujeto Activo

Los delitos e infracciones urbanísticas, con excepción de la prevaricación ilegal, son delitos comunes, es decir que pueden ser cometidos por cualquier persona, o que el sujeto activo

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de enero de 1999.

puede ser cualquier ciudadano, pues no se exige ninguna condición natural o jurídica al presunto infractor (Marquez Cardenas & Gonzalez Payares, 2008).

Pueden ser sujetos activos, los dueños de los lotes de terreno objeto de una parcelación ilegal, los constructores (que pueden ser una persona natural o jurídica⁴²), los directores de obra, o cualquier otra persona que debía cumplir con una disposición urbanística.

El único delito en el que se requiere de una cualidad o condición específica, pues es un delito propio o especial, es la prevaricación urbanística, pues esta requiere que el infractor cumpla con una condición específica (Marquez Cardenas & Gonzalez Payares, 2008), que en este caso, es que sea un funcionario administrativo o municipal, encargado de conceder las licencias, o realizar las inspecciones.

En el delito de prevaricación ilegal, puede prorrogarse además la responsabilidad cuando ha habido corrupción al funcionario, es decir un particular de forma dolosa, a través de coimas o cualquier otro medio, provocó que el funcionario le conceda una licencia ilegal o no cumplan con sus actividades de inspección.

Por su parte la legislación española, en el Art. 319 numeral 1 del Código Penal⁴³, establece que los únicos que pueden cometer el delito de construcción no autorizada son los promotores, constructores o técnicos directores.

Para Laura Pozuelo, *“tal selección se basa en que son esos sujetos quienes cuentan con una mayor infraestructura, capacidad y potencial económico para dañar el bien jurídico protegido.”* (Pozuelo Perez, 2008)

Es por eso que un primer momento se pensaba que este era un delito propio que requería de una cualidad específica y el ser profesional, pero la ambigüedad de la disposición jurídica

⁴² Es importante puntualizar que las personas jurídicas también pueden ser sujetos activos de las infracciones urbanísticas.

⁴³ Art. 319.1: *“Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a **los promotores, constructores o técnicos directores** que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables 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 hayan sido considerados de especial protección”* (el subrayado es de mi autoría) (Codigo Penal, 2016)

provocó que existan varios pronunciamientos jurisprudenciales, en los que se estableció que no se requiere ser profesional ni dedicarse habitualmente a la construcción para cometer este delito, por lo tanto se transformó en un delito común (Rodríguez Almiron, 2015).

Al respecto es interesante lo planteado por Carlos Pizarro, quien señala que atendiendo al principio de “ultima ratio” del Derecho Penal, es más acertado que se mantenga el criterio de profesionalidad en estos delitos, para así no tener que aplicar sanciones penales en todos los casos (Pizarro Suarez, 2012).

Al ser un delito que requiere la existencia de una cualidad determinada, la posibilidad de intervención penal disminuye, pues el número de casos en los que el infractor es un profesional de la construcción es menor.

El sujeto pasivo en este tipo de delitos puede ser la Ciudad, con los bienes jurídicos que la componen. O en su defecto pueden ser la sociedad y la colectividad, pues son quienes reciben el perjuicio de los ilícitos urbanos (Sanchez Robert, 2012).

b) Elemento Subjetivo

El elemento subjetivo del tipo es aquella intencionalidad de ánimo, que debe y tiene que acompañar a la acción del sujeto activo de la infracción. Es decir es aquella intencionalidad con la que se produce determinado ilícito, pues pertenece a la parte psíquica del individuo que realiza la acción (Molina, 1983).

Los principales elementos subjetivos son el dolo y la culpa (conductas imprudentes o negligentes), el dolo se considera como un agravante en los delitos urbanísticos, pues se compone de dos elementos que son la voluntad de actuar y el conocer lo que se está haciendo (Rodríguez Almiron, 2015).

Es decir, el dolo supone el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo, como lo es la norma jurídica, el bien jurídico protegido y vulnerado, el sujeto pasivo y el sujeto activo, así como los elementos normativos y descriptivos.

En las infracciones urbanísticas el hecho de haber solicitado una licencia o una autorización, no excluye el dolo, así el infractor las haya solicitado varias veces, pues la premisa es que si se denegó la licencia o esta aun no se concede, el infractor es consciente de esa situación,

por lo que al actuar e incurrir en un delito o infracción, lo hace de manera dolosa, pues sabe que no cuenta con una licencia o permiso.

La determinación del dolo o la culpa, es competencia de la autoridad competente, y es quien va a determinar si en el caso en concreto el ciudadano actuó con dolo o negligencia, ya que para cada delito existen diferentes casos concretos, dependiendo de si se obtuvo la licencia, del desconocimiento de las partes, y varias otras circunstancias.

3.2.2. Sanciones

Para la determinación de las sanciones, se deben tomar en cuenta ciertos aspectos que agravan la infracción, como la gravedad de la violación, o el derecho fundamental vulnerado, el dolo o mala fe del infractor, si la infracción fue en contra de zonas protegidas, reservas naturales o patrimonio histórico. Estos aspectos se encuentran determinadas como agravantes en los delitos, en base al principio de tipicidad.

La manera en la que el Derecho Penal, sanciona las infracciones urbanísticas es a través de los siguientes medios:

- Penas privativas de libertad: Debe ser el último recurso a utilizarse luego de una sanción preventiva, y para delitos que produzcan un alto perjuicio a los bienes jurídicos protegidos. La sanción preventiva que se recomienda es una multa acompañada de una medida de reparación, como la demolición o la construcción.
- Trabajos en beneficio de la comunidad: Es un mecanismo de sustitución de otra sanción penal, como la cárcel o la multa.
- Multa a persona natural: Es la sanción pecuniaria ya analizada anteriormente.
- Inhabilitación especial: Inhabilidad para ejercer una profesión u oficio, cuando el infractor es un profesional de la construcción. Puede aplicarse como una medida sustitutiva de otra sanción. También existe la inhabilidad para personas particulares, en las que se les prohíbe por determinado tiempo, el poder realizar obras de construcción, edificación o demolición, dependiendo el caso. Por ejemplo si va a solicitar una licencia o permiso, una persona con esta inhabilidad, la autoridad

competente inmediatamente se la denegara, pues está prohibido de ejecutar dichos actos (Rodríguez Almiron, 2015).

- Sanciones a las personas jurídicas: Estas pueden ser desde multa, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, y clausura de sus locales comerciales.

Estas sanciones son complementadas por las sanciones administrativas y medidas de restauración, como la demolición y la reconstrucción, lo cual permite que sean aplicadas de manera conjunta, siempre que sean compatibles, con el fin de lograr una restauración mas completa de la legalidad urbana.

En conclusión las infracciones y delitos urbanísticos constituyen aquel mecanismo a través del cual se defiende la legalidad urbana y se protege a la Ciudad (con todos los elementos que la componen), pero deben actuar de manera simultánea para que permitan una efectiva protección de los bienes jurídicos.

A continuación se determinara y analizaran las diferentes infracciones urbanísticas que pueden considerarse delitos, a fin de determinar si pueden ser aplicados y adecuados a la realidad jurídica ecuatoriana, su alcance, y si constituyen propiamente la herramienta jurídica apropiada para proteger los bienes jurídicos urbanos (Ciudad, ordenamiento territorial, uso y gestión del suelo)

Capítulo IV

Delitos Urbanísticos en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano

4.1. Necesidad del Derecho Penal

La primera interrogante o conflicto que se presenta, cuando se pretende introducir nuevos tipos penales en un ordenamiento jurídico, es analizar la real necesidad del Derecho Penal, en temas de eficiencia y racionalidad, para proteger el bien jurídico vulnerado.

Uno de los principios más importantes del Derecho Penal, es el de *ultima ratio*, o última instancia, que establece que esta rama del Derecho debe ser utilizada como último recurso o herramienta jurídica a la que la sociedad recurre para proteger un bien jurídico, es decir cuando sea estrictamente necesaria su intervención (Carnevali Rodriguez, 2008).

Si se logra proteger el bien jurídico y disuadir conductas ilícitas a través de otras medidas o mecanismos menos gravosos o lesivos (como sanciones administrativas), la sociedad debe evitar utilizar a su mecanismo de represión más fuerte, que es el Derecho Penal.

No se puede utilizar al derecho penal como una medida represiva o de miedo, con el fin de obligar a los ciudadanos a cumplir con las normas y disposiciones jurídicas, ni se puede sancionar penalmente todos los actos contrarios a ley. Por el contrario se debe utilizar esta herramienta cuando se vulneren bienes jurídicos protegidos importantes para la sociedad.

Se debe resaltar que en base al principio de *ultima ratio*, si se aplica el Derecho Penal se deben preferir aquellas sanciones menos graves, siempre proporcionales a la infracción cometida, y buscando no solo castigar al infractor, sino reparar el daño causado y reparar la legalidad urbana, en este caso (Carnevali Rodriguez, 2008).

4.1.1. Ineficacia de las Sanciones Administrativas

En el caso del Derecho Urbanístico, como regla general, las medidas para sancionar las infracciones urbanas, han sido de carácter administrativo, como la multa, la demolición, la inhabilidad para realizar profesión u oficio, las cuales como ya se ha revisado, carecen de

eficacia, e inaplicabilidad, por lo que los ciudadanos continúan incumpliendo las disposiciones urbanas⁴⁴, y vulnerando sus bienes jurídicos protegidos.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo, en su Art. 114, establece como sanciones urbanísticas, a las multas (siendo la mayor multa de aproximadamente \$40.000 dólares), el derrocamiento, la restitución de espacios públicos destruidos a costa del infractor, la suspensión de la obra y el decomiso, sobre las cuales se ha analizado los principales problemas que presenta su aplicación.

Claramente, el Derecho Urbano, posee mecanismos menos gravosos a través de los cuales, pretende garantizar el cumplimiento de las disposiciones urbanísticas, y sancionar las infracciones que contra ella se cometan, pero estas no cumplen con los objetivos propuestos, ni son cumplidas por la población, lo cual se puede evidenciar por la forma desordenada en que se construyen las ciudades, así como el caos que existe en los núcleos urbanos y rurales.

Según un reporte de Diario el Comercio, al menos el 60% de las construcciones en la ciudad de Quito, han sido levantadas sin el correspondiente permiso, es decir construidas de forma ilegal, y en zonas consideradas “no urbanizables”, como laderas, pendientes o quebradas (lugares de evidente riesgo), (Jacome, 2017) lo cual pone en peligro la integridad física y la vida, no solo de quienes habitan en esas propiedades, sino de vecinos y el resto de los ciudadanos.

Dentro de las construcciones ilegales se puede identificar a dos tipos: aquellas que se construyeron desde cero sin el correspondiente permiso, y aquellas que en un principio contaron con un permiso de construcción (para edificaciones de una o dos plantas), pero que con el paso del tiempo, y el crecimiento urbano, fueron ampliadas hasta convertirse en viviendas o edificaciones de cinco plantas o más, sin tomar en cuenta que los cimientos y columnas no fueron construidos con la capacidad de soportar tanta carga. Las dos categorías producen riesgo para la colectividad, por lo que requieren una regulación urgente.

Las construcciones ilegales cuando se realizan en zonas no urbanizables (generalmente en periferias) producen un problema social y económico a la vez; y es que los constructores

⁴⁴ Disposiciones urbanas, en sentido amplio, conformadas por normas jurídicas, planes de ordenamiento territorial, planes de uso y ocupación del suelo.

y/o propietarios de dichos bienes, van a solicitar que la Autoridad Municipal les provea de todos los servicios básicos (agua potable, alcantarillado, energía), gasto que el Municipio no había previsto, pues consideraba a la zona como no urbanizable, por lo tanto deberá ampliar e invertir más recursos en esas zona, provocando conflictos económicos dentro de la administración.

Pero ese no es el único gasto que deberá afrontar la Autoridad, y es que una vez que cuentan con los servicios públicos, los asentamientos ilegales piden que se les regularice, provocando otro gasto no planificado para el Estado, y posiblemente tasas municipales mayores que afectan a los contribuyentes.

De igual manera, según un artículo del Diario el Comercio, el Mercado de La Ofelia (feria libre), se ha convertido en un gran problema para la ciudad de Quito, por el desorden, tráfico, malos olores, contaminación y hasta delincuencia que genera a los ciudadanos, en especial para aquellos que viven cerca de donde se realiza esta feria (Jacome, Feria Libre de la Ofelia, en Quito, No tiene control , 2017). Este espacio provoca gran malestar en la ciudadanía, quienes se ven afectados, principalmente en su derecho a la ciudad (el cual engloba a la seguridad, y el bien vivir).

El conflicto urbano de la feria libre presenta dos problemas, por un lado la falta de intervención y regularización por parte de la autoridad, quien señala que no es competente ya que la feria se realiza en propiedad privada⁴⁵, y por otro lado el evidente desorden que provocan quienes forman parte de la feria libre, quienes no solo incumplen con disposiciones urbanas, sino también con normas morales, como no botar basura.

Es evidente el incumplimiento de las disposiciones urbanísticas, incluso por la autoridad competente, lo cual provoca perjuicio a la Ciudad, y a los derechos fundamentales de los pobladores (en especial los residentes de las zonas afectadas), quienes se ven violentados en su integridad, seguridad, y bien vivir.

⁴⁵ Si bien la feria de la Ofelia, se realiza en un predio que no pertenece al Municipio, los efectos que produce, son fuera del núcleo del mercado, son para la ciudad y sus pobladores, como el tráfico, la contaminación, entre otros, por lo tanto es necesaria la intervención de la Autoridad Municipal, para que garantice un efectivo goce del derecho a la ciudad.

La falta de eficiencia y eficacia de las disposiciones urbanas y sanciones administrativas, no es exclusivamente culpa de la Autoridad, si no es provocada además por, un desconocimiento de los ciudadanos, respecto de dichas disposiciones, así como de los requerimientos necesarios, para edificar, o realizar una parcelación, y por un tema cultural, ya que la población es desordenada y prefiere saltarse procedimientos e incumplir normas por mayor facilidad y premura, en especial aquellas que carecen de una sanción fuerte, o carecen de ejecutabilidad, pues saben que nunca serán sancionados.

Se puede tomar como ejemplo, lo que paso en Abril del 2017, cuando un ciudadano Ecuatoriano, escribió los nombres de su esposa e hijos en las paredes del Coliseo Romano, por lo cual fue sancionado (Universo, 2017). Para los italianos este fue un acto reprochable, considerado como una falta de respeto a la Ciudad, y sus habitantes, pero para quien cometió esta infracción, y la sociedad ecuatoriana en general, fue un acto común, sin mayor trascendencia, hasta típico.

Es común que se tergiverse el concepto de derecho a la ciudad, y se considere a los espacios públicos, como lugares que pueden ser destruidos y donde se puede realizar cualquier actividad, bajo el concepto de que son “de todos”. Por lo que no basta con establecer infracciones y sanciones urbanísticas, sino también de crear conciencia de respeto a la ciudad, por su importancia.

Por lo tanto, una de las primeras razones por las cuales se requiere del Derecho Penal, para proteger los bienes jurídicos urbanos, es la ineficiencia de las sanciones urbanas y administrativas, las cuales no han conseguido mitigar y desincentivar el cometimiento de infracciones urbanas, y muchas veces ni si quiera sancionar las infracciones, quedando así en la impunidad.

4.1.2. Relevancia del Bien Jurídico Protegido

El Derecho Penal, debe intervenir cuando sea estrictamente necesario, es decir cuando el bien jurídico que pretende proteger sea considerado un interés vital para el desarrollo de la sociedad, y su violación implique un perjuicio alto a los ciudadanos y sus derechos fundamentales. Este interés vital preexiste a las disposiciones jurídicas, es decir los ciudadanos ya consideran como importante y necesario al bien mucho antes de estar tipificado en la ley. (Kierszenbaum, 2009)

El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos, es la Ciudad (como un macro-bien), la cual se encuentra conformado por varios elementos, como el ordenamiento territorial, el correcto uso y ocupación del suelo, y los derechos fundamentales en relación al espacio público, entre ellos el más importante el derecho a la ciudad.

A lo largo de la presente investigación, se ha dejado clara la importancia que tiene la Ciudad como bien jurídico para los ciudadanos, por lo que no es necesario ahondar nuevamente en el tema, si no recordar que el espacio público, es el lugar en donde la sociedad hace efectivos todos sus derechos, donde los ciudadanos se desarrollan como personas, con plenitud de sus capacidades y habilidades, en donde satisfacen sus necesidades básicas, y pretenden alcanzar una vida digna y el anhelado buen vivir, sin olvidar además que la Ciudad es el espacio donde habitan las personas y pasan la mayor parte de su vida.

Por las consideraciones expuestas, y la evidente importancia del bien jurídico Ciudad, es necesaria una protección especial a través del Derecho Penal, y los delitos urbanísticos, con los cuales se garantizara una mayor protección del espacio público y los elementos que la componen, así como de los derechos humanos de los ciudadanos.

4.1.3. Gravedad de las infracciones

En base al principio de mínima intervención penal, las únicas infracciones que deben ser consideradas y tipificadas como delitos urbanísticos, son las más graves (Carnevali Rodríguez, 2008), es decir aquellas que provocan un perjuicio mayor a la Ciudad, y los

derechos de los ciudadanos, que lesionan de gran manera la legalidad urbana, y que producen daños o perjuicios irreversibles.

No todas las infracciones contra las disposiciones urbanas, requieren de la intervención penal, puesto que pueden ser solucionadas y legalizadas en vía administrativa, o por otro lado no producen mayor perjuicio a los bienes jurídicos protegidos, ni a la legalidad urbana, como el cambio de destino de un bien inmueble, o el realizar ventas ambulantes sin el permiso municipal correspondiente.

Se debe partir de la premisa de que si puede legalizarse o revertirse, no requiere de intervención penal (Sanchez Robert, 2012), tomando en cuenta además el perjuicio provocado. En el primer supuesto en el caso de carecer de permiso para realizar ventas ambulantes, puede ser legalizado o subsanado a través de la obtención de dicho permiso, por lo que sancionar a través de un mecanismo penal es demasiado lesivo. Por otro lado en el segundo supuesto, la destrucción de espacios públicos, puede ser reversible, como en el caso de que el infractor destruya un poste de electricidad, o las maquinas de ejercicios que hay en los parques, en donde se le cobrara por el daño causado, más un multa, como medida de restauración de la legalidad urbana.

La posibilidad de legalizar la infracción o restaurar el daño cometido, permite a los ciudadanos un efectivo uso y goce del derecho a la ciudad, ya que pueden acceder y disfrutar libremente del espacio público satisfaciendo con sus necesidades básicas, siempre que cumplan con las disposiciones urbanas, para lo cual la autoridad competente además les deberá brindar las oportunidades y mecanismos adecuados.

Es importante tener en cuenta esta premisa, pues permite disminuir el número de tipos penales urbanos que se requieren, enfocándolos exclusivamente a aquellos demasiado graves, como la destrucción de patrimonio histórico (Iglesia), o la apropiación ilegal del espacio público, entre otros.

En conclusión, se requieren tipificar tipos penales urbanísticos, para proteger a la Ciudad, en base a las siguientes consideraciones: 1) Las sanciones administrativas y urbanísticas cercen de eficiencia y eficacia, respecto de las infracciones más graves, los cual produce

ciudades caóticas y desordenadas; 2) El bien jurídico Ciudad, requiere de un tratamiento especial, por la importancia que tiene en el desarrollo de la vida de los seres humanos; y por ultimo 3) Se tipificarán tipos penales urbanos únicamente de aquellas infracciones muy graves, que producen un gran perjuicio a la Ciudad, y a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

4.2. Delitos Urbanísticos en el Código Orgánico Integral Penal.

Actualmente, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano (específicamente en el Código Orgánico Integral Penal) existen disposiciones legales, que protegen algunos bienes jurídicos urbanos (Ciudad), por lo cual podrían considerarse como delitos urbanísticos, o al menos un gran avance o acercamiento a estos.

Es importante analizarlos, para poder determinar cuáles son los actos urbanos tipificados penalmente, y cuales se requieren tipificar, para formar un régimen sancionador urbano completo.

Estos delitos son:

a) Ocupación, uso ilegal del suelo o tráfico de tierras:

El Art. 201 del COIP⁴⁶, establece lo siguiente:

“La persona que para obtener provecho propio o de terceros, promueva u organice la ocupación o asentamiento ilegal en terrenos ajenos, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El máximo de la pena se impondrá a la persona que sin contar con las autorizaciones administrativas necesarias de fraccionamiento de un predio urbano o rural ofrezca en venta lotes o parcelas de terreno del predio y reciba del público, directa o indirectamente, dinero o cualquier otro bien de su patrimonio.”⁴⁷

⁴⁶ Abreviatura para Código Orgánico Integral Penal

⁴⁷ Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemente de Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero del 2014.

Los dos supuestos de este delito, constituyen lo que en otras legislaciones se tipifica como delito de “urbanización ilegal”, que se configura cuando de manera dolosa se induce a la urbanización de inmuebles y su parcelación sin los debidos permisos de la autoridad competente (Hoyos Piñeres, 2010).

En el caso ecuatoriano, al ser tratado como un delito contra la propiedad, se establece la condición de que los terrenos que se urbanizan de manera ilegal, deben ser de propiedad de terceros. Por otro lado en el ámbito urbanístico, la propiedad del bien, no tiene mayor trascendencia, sino los efectos que produce el cometimiento de la infracción, por lo que el hecho de que el terreno sea de propiedad de un tercero podría considerarse como un agravante.

En ambos supuestos del delito tipificado en el Art. 201, el bien jurídico que se afecta y se pretende proteger es la Ciudad, respecto del desarrollo territorial, el uso y ocupación del suelo, y el efectivo goce del derecho a la ciudad, a pesar de que sea cometido en terrenos de propiedad privada, (aunque el tipo penal no especifica si se comete en terreno de propiedad pública o privada).

Se pueden identificar dos afectados directos, por un lado los dueños de los predios que han sido objeto de asentamiento ilegal, y por otro lado las personas que adquirieron, muchas veces de buena fe, esos predios ilegales; en los dos casos existe una vulneración del derecho a la ciudad debido a que ninguno de ellos puede usar, ni gozar libremente de los bienes, lo cual deriva en la imposibilidad de satisfacer sus necesidades básicas, y evidentemente una vulneración a las disposiciones de ordenamiento territorial.

Este delito (que en otras legislaciones se considera delito urbanístico), permite determinar que la Ciudad, se conforma por varios bienes jurídicos que requieren tutela, como en este caso, la propiedad, aunque el fin último es la regulación del uso y gestión del suelo, y del espacio público en general. Sin esta regulación se producirían varios conflictos sociales, como los desalojos forzados, que vulneran el derecho a la ciudad y el derecho al hábitat.

Por lo tanto, este tipo penal, a pesar de no ser considerado como tal en la ley, teóricamente puede ser interpretado como un delito urbanístico, por el bien jurídico que tutela, ya que

protege la distribución del suelo, garantiza que no existan parcelaciones ilegales, y salvaguarda los derechos fundamentales de los individuos, relacionados con la Ciudad.

b) Destrucción de bienes de patrimonio cultural

El COIP, en la parte pertinente del Art. 237 establece lo siguiente:

“La persona que dañe, deteriore, destruya total o parcialmente, bienes pertenecientes al patrimonio cultural del Estado, considerados como tales en la legislación nacional o en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, sin importar el derecho real que tenga sobre ellos, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Con la misma pena será sancionado la o el servidor o la o el empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, modificaciones, alteraciones o derrocamientos que causen la destrucción o dañen bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.”⁴⁸

La doctrina considera que los delitos contra el patrimonio, forman parte del conjunto de delitos contra el ordenamiento territorial y el urbanismo⁴⁹ (de la Cuesta Arzamendi, 1998), es decir de los delitos urbanísticos, principalmente por el bien jurídico de especial protección, que tutelan, y que se encuentra en la Ciudad.

El tipo penal tipificado en el Art. 237, abarca de manera amplia al delito urbanístico de construcción ilegal (sin licencias) que produce la destrucción de bienes con valor patrimonial, histórico, cultural, paisajista, o de especial protección, debido a que el hecho generador de este delito es la destrucción de patrimonio como tal, mas no la destrucción a partir de la ejecución de una obra de infraestructura no autorizada.

⁴⁸ Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemente de Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero del 2014.

⁴⁹ Artículo 321 del Código Penal Español. Actualizado 3 de Noviembre del 2016.

Es interesante lo establecido en el primer inciso del artículo citado, y es que sin perjuicio de tener un derecho real de dominio sobre el bien inmueble objeto de protección, no se puede atentar contra este, caso contrario se impondrá la sanción correspondiente. Muchas veces cuando la sanción para esta una infracción, es una multa pecuniaria, los propietarios prefieren destruir el bien sin licencia y pagar la multa, pues les resulta más barato que mantener la propiedad objeto de protección.

Por último se debe señalar lo establecido en el inciso segundo del artículo, respecto de la sanción al funcionario público que concedió la licencia o autorización de destrucción de un bien patrimonial. Esta sanción es similar a la producida en el delito de prevaricación urbanística, salvo el hecho de que en el supuesto del Art. 237, no existe el elemento subjetivo del dolo.

En conclusión este artículo debe ser considerado como un delito urbanístico, pues tutela el bien jurídico Ciudad, y dentro de esta el patrimonio histórico, por lo tanto no es necesario establecer un nuevo tipo penal. Si es que una construcción ilegal produce destrucción de patrimonio, inmediatamente habría que remitirse a esta norma penal.

c) Invasión de áreas de importancia ecológica

La parte pertinente del Art. 245 del COIP, establece lo siguiente:

“La persona que invada las áreas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas o ecosistemas frágiles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se aplicará el máximo de la pena prevista cuando:

1. Como consecuencia de la invasión, se causen daños graves a la biodiversidad y recursos naturales.”⁵⁰

⁵⁰ Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemente de Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero del 2014.

La primera interrogante que surge, al revisar este tipo penal, es el alcance del concepto “invasión”, es decir a que se entiende por esta y cuando se configura; para el particular del Derecho Urbanístico, se entenderá como invasión a la ejecución de obras de infraestructura dentro del área protegida o reserva natural que suponga la destrucción del medio ambiente.

Por lo tanto todo acto de construcción, edificación y demolición no autorizada en áreas de especial protección y reserva naturales, se enmarca dentro del tipo penal establecido en el Art. 245 del COIP.

Puede considerarse un delito urbanístico, en el sentido del bien jurídico protegido, ya que tutela la naturaleza, el medio ambiente y la biodiversidad, todos elementos que forman parte de la Ciudad.

El citado artículo contiene una disposición bastante amplia respecto de los actos que pueden producir daños al medio ambiente, entre ellos las obras de infraestructura, por lo que no es necesario tipificar otro tipo penal urbanístico específico. Si una construcción no autorizada provoca destrucción de un espacio protegido o reserva natural, se deberá remitir expresamente a este artículo, para restaurar la legalidad urbana.

d) Delitos contra el suelo

El Art. 252 del COIP, establece:

“La persona que contraviniendo la normativa vigente, en relación con los planes de ordenamiento territorial y ambiental, cambie el uso del suelo forestal o el suelo destinado al mantenimiento y conservación de ecosistemas nativos y sus funciones ecológicas, afecte o dañe su capa fértil, cause erosión o desertificación, provocando daños graves, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”⁵¹

Se considera un delito urbanístico el cambio del uso del suelo (no urbanizable) que tiene funciones ecológicas, pues pretende proteger el medio ambiente y la naturaleza. En este tipo

⁵¹ Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemente de Registro Oficial No. 180 del 10 de Febrero del 2014.

penal, se puede ubicar dos fines concretos, el primero es el correcto uso y gestión del suelo, y por otro lado la conservación de los ecosistemas.

Las características principales de este tipo penal, es que: contraviene de manera expresa a disposiciones jurídicas urbanas, como los planes de ordenamiento territorial; prohíbe el cambio de uso y de destino de un bien considerado como no urbanizable, y los bienes jurídicos que protege tienen relación con la Ciudad, por lo cual es propiamente un delito urbanístico/ambiental, aunque la legislación no le considere como tal.

En conclusión, el Código Orgánico Integral Penal, y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, establecen varios delitos urbanísticos, aunque no los tipifique, ni considere de esa forma, los cuales protegen los siguientes bienes jurídicos: el ordenamiento territorial, el correcto uso y ocupación del suelo, el patrimonio, el medio ambiente y ecosistema, y el derecho a la ciudad.

4.3. Tipificación de posibles Delitos Urbanísticos

Con el fin de generar un sistema urbano sancionador completo, y proteger a la Ciudad, es necesario que se tipifiquen ciertos tipos penales, que no se encuentran previstos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y que son importantes pues permitirán proteger los bienes jurídicos urbanos de mejor manera, y garantizar el cumplimiento de las disposiciones y demás normas de Derecho Urbanístico.

Los delitos que se pretende introducir al ordenamiento jurídico del Ecuador son:

a) Prevaricación Urbanística

Es uno de los delitos de corrupción urbanística más comunes, que consiste básicamente en la concesión de licencias y permisos manifiestamente ilegales, por parte de un sujeto activo calificado, como lo es un funcionario público (Pizarro Suarez, 2012).

La prevaricación urbanística supone 4 supuestos que constituyen delito: el primero es la concesión de licencias ilegales de construcción, edificación y demolición; por ejemplo la Autoridad concede un permiso de construcción en una zona declarada como no urbanizable por el plan de uso y ocupación del suelo, o como en el caso del Hotel Algarrobico, donde se concede una licencia de construcción en una reservas natural, lo cual contraviene de forma expresa las disposiciones urbanas.

El segundo supuesto es la aprobación y aceptación de proyectos de urbanización y parcelación que contravienen a las disposiciones urbanas; por ejemplo el funcionario es consciente de que las laderas o quebradas son una zona no urbanizable, pero de todos modos aprueba un proyecto de urbanización en ese sector.

El tercer supuesto es el no realizar la actividad de inspección y control correspondiente. La actividad municipal no se restringe a conceder licencias o permisos, además debe haber un control y seguimiento de que se esté cumpliendo con aquello concedido en la licencia, por lo tanto el funcionario que a sabiendas de que no se está cumpliendo con lo autorizado por el Municipio, no realiza la actividad de inspección por beneficiar al constructor, está incurriendo en el delito de prevaricación urbanística.

El último supuesto es cuando el funcionario evita sancionar una evidente infracción urbanística de la que tiene conocimiento, permitiendo así que se continúe con la violación de la legalidad urbana.

Cuando el funcionario incurre en cualquiera de estos 4 supuestos, está cometiendo el delito de prevaricación urbanística y debe ser sancionado penalmente, con las siguientes penas: remoción de su puesto de trabajo, multa, y según los efectos que produjo su infracción, una pena privativa de la libertad, que en el caso del Derecho Penal español, es de 1 año y medio a cuatro años⁵².

El delito de prevaricación urbanística presenta 3 características, que es un delito propio, y solo puede ser cometido por un sujeto activo calificado, que en este caso es un funcionario

⁵² Art. 320. Código Penal Español. Actualizado el 3 de Noviembre del 2016.

público (hasta el Alcalde); que es un delito doloso, es decir que el funcionario es plenamente consciente de lo que está haciendo y de los efectos jurídicos que se producen, es decir comete la infracción de forma intencional; por último es que se contravienen disposiciones urbanas expresas, de las que el funcionario tiene pleno conocimiento.

Si bien quien comete esta infracción es un funcionario público, también es responsable aquel que obtuvo la licencia de construcción, o se benefició de la actividad del funcionario si es que tenía conocimiento de que esta había sido obtenida ilegítimamente, y más aun si dicho individuo realizó actos de corrupción con el funcionario (como los sobornos o coimas).

b) Construcción, edificación y demolición ilegal

Se denominan construcciones ilegales, y requieren un tratamiento penal, las siguientes:

- Obras de infraestructura que se realizan en territorios protegidos, reservas naturales, y suelo con funciones ecológicas. Este supuesto se encuentra ya tipificado como delito penal en el Art. 245 del COIP, por lo que no es necesario incluirlo dentro de este delito.
- Actividades que provocan la destrucción de lugares de valor patrimonial, histórico, cultural, arquitectónico, y de especial protección. Se encuentra ya previsto como delito en el Art. 237 del COIP, por lo que no será incluido en el tipo penal de construcciones ilegales.
- Aquellas que se realizan en lugares de dominio público, como calles, veredas, plazas, y que implican la apropiación de un espacio público de forma permanente, convirtiéndose en un bien de “propiedad privada” del infractor.
- Construcciones y edificaciones que suponen un riesgo para los derechos fundamentales de terceros, vida, salud, integridad bien vivir, propiedad privada, por la manera irresponsable en la que son construidas.

En base a lo expuesto, existen dos supuestos que ya tiene protección penal, por lo que no requieren ser tipificados de nuevo, por lo tanto se consideran delitos urbanísticos por un lado las construcciones, edificaciones y demoliciones ilegales que supongan un riesgo para

los derechos fundamentales de los individuos (por ejemplo se construye en una quebrada sin los respectivos permisos, dicha obra podría desplomarse y afectar en la integridad y la vida, de los habitantes del sector, y los mismos propietarios del bien).

Y por otro lado las construcciones y edificaciones que se realicen sobre bienes de dominio público, y que implique la apropiación permanente de las mismas (existen casos en los que los ciudadanos deciden cerrar calles, pasajes, veredas y hacerlas parte de su propiedad privada)

Se denomina construcción ilegal, en los siguientes casos: 1) cuando no se solicito la licencia ante la autoridad competente; 2) cuando la licencia se solicito y aun se encuentra en trámite, por lo que no pueden iniciarse las obras, y 3) la licencia o el permiso de construcción ya caduco por no haberse iniciado la obra en un tiempo determinado, o haberse paralizado de manera ininterrumpida por el mismo tiempo; y 4) se posee una licencia, pero el infractor no cumple con lo que dispone, por ejemplo si el permiso es para una construcción de 2 pisos, pero el constructor decide hacer una de 10 pisos.

Por otro lado constituirá un agravante, cuando la obra haya sido calificada como no autorizada, es decir cuando la licencia fue desechada y no concedida, por no cumplir con las disposiciones urbanas, y aun así el ciudadano decide construir, contraviniendo una orden expresa de autoridad.

En base al principio de mínima intervención penal, no se consideran delitos todas las construcciones ilegales, sino únicamente aquellas que cumplen con los dos supuestos señalados en líneas anteriores, es decir aquella que produce un perjuicio alto a los derechos de los individuos y a los bienes jurídicos protegidos. Se debe recordar la premisa de que si puede ser legalizado, no requiere intervención penal.

De igual forma para evitar aplicar el Derecho Penal de manera inmediata, los GAD's, deben prestar las facilidades y oportunidades para que los ciudadanos obtengan las licencias, pues las principales razones por las que no se piden los permisos son por desconocimiento y falta de recursos económicos.

La autoridad competente debe hacer campañas de socialización sobre la necesidad de las licencias de construcción, y debe prestar un servicio gratuito de arquitectos e ingenieros, para que realicen los planos y evalúen el terreno en donde se va a realizar la construcción.

Claro está este servicio será para las personas que no puedan acceder a un profesional, por lo que el GAD deber evaluar las condiciones económicas del peticionario.

En base a eso, este delito, admite dolo y culpa, ya que la mayoría de las personas realizan construcciones ilegales, por imprudencia, o por satisfacer una necesidad básica, sin buscar perjudicar a nadie.

Este delito es un delito común, que puede ser cometido por cualquier persona, sin necesidad de una calidad o condición específica, incluso puede ser cometido por personas jurídicas. Partiendo del análisis jurisprudencial hecho en España sobre la necesidad de profesionalidad o no para cometer el delito (Rodríguez Almiron, 2015), se puede establecer como un agravante el hecho de que el infractor tengan un conocimiento técnico, como arquitecto o ingeniero y aun así infrinja las disposiciones.

Las sanciones en este tipo de delitos van desde las multas, el derrocamiento de lo construido que provoca un riesgo, y hasta una pena privativa de libertad en el caso de que la construcción ilegal haya provocado un perjuicio a un derecho fundamental como la vida. En el caso de que se tome como agravante al factor de la profesionalidad, la sanción sería una prohibición de ejecutar la profesión u oficio.

c) Lucro del espacio público

El último delito, que sería importante tipificar dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano es el lucro doloso del espacio público, que se configura cuando una persona cobra, utilizando incluso la fuerza, por el uso de un espacio público, atribuyendo que dicho espacio le pertenece.

Podría darse el caso en que el propietario de un bien inmueble, cobre a los vendedores ambulantes, o trabajadores informales, que se instalan en la vereda adyacente a su propiedad, un valor diario, semanal o mensual, para permitirles ejercer sus funciones de comercio ahí, caso contrario serán “desalojados”, pues se consideran los dueños de la calzada y del espacio público, lo cual es un gran limitante del derecho a la ciudad, el cual establece que todos los ciudadanos pueden usar y gozar del espacio público en igual de condiciones y sin restricciones.

Cualquier persona puede ser sujeto activo en este tipo penal, ya que no requiere de ninguna calidad en especial; la práctica común es que los propietarios o habitantes cercanos al espacio público, sean los que lucren del mismo, pero esa no es la totalidad de los casos. El agravante en este tipo penal, es el uso de la fuerza, o de amenazas para conseguir que las personas paguen por el uso de la Ciudad.

Es interesante analizar el tema de la proporcionalidad de la pena, en relación al monto cobrado, ya que no será lo mismo cobrar 20ctvs por el uso del espacio público, que \$100 dólares, y la pena debe estar direccionada en ese sentido, a sancionar con mayor severidad a aquellos que lucran en mayor medida de un bien colectivo como es la Ciudad; el hecho generador de la infracción es el cobro ilegal por el uso del espacio público, pero los efectos que produce, o el beneficio que obtiene de manera ilegal, el que cobra más, es mayor.

Estos delitos que podrían y deberían incluirse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para proteger de mayor forma a la Ciudad, y mejorar el aparataje urbanístico sancionador, comparten algunas características:

En primer lugar permiten el efectivo goce del derecho a la ciudad, según el cual los ciudadanos pueden usar y acceder de forma libre a todos los espacios públicos, con lo que pueden satisfacer sus necesidades básicas, como el derecho a la vivienda, a un buen vivir, a la salud, entre otros.

Al igual que en las infracciones urbanísticas (administrativas), todos los ciudadanos están habilitados para solicitar la intervención de la autoridad judicial competente, cuando presuman la existencia de un delito urbanístico, para lo cual tienen la figura de la “denuncia”, con la que ponen en conocimiento a la autoridad de una posible falta urbana.

Las sanciones a las infracciones urbanísticas, deben ser proporcionales a los efectos producidos, y al grado en que se ha vulnerado la legalidad urbana, por lo tanto una construcción ilegal de 10mts cuadrados no puede ser sancionada como se sancionará una construcción ilegal de un complejo hotelero. Además lo que se pretende con la tipificación de estos delitos es garantizar el derecho a la ciudad, y proteger los bienes jurídicos urbanos, por lo que las penas deben ser impuestas siempre que produzcan un real perjuicio.

Como ejemplo, es interesante revisar lo ocurrido en Londres, en donde la autoridad municipal, sancionó con una multa de 150 libras esterlinas, a una niña de 5 años, por vender limonada casera en la calle, sin el correspondiente permiso (Albavision, 2017).

En este caso, hay dos situaciones a revisar, en primer lugar el incumplimiento de la niña, de una disposición urbana, y por otro lado, y mucho más importante, el derecho a la ciudad de la menor, el cual permite poder gozar y usar de la Ciudad de manera libre, incluyendo el vender limonada de manera eventual (como una forma de expresión del derecho a la ciudad), porque es su espacio público, es su espacio de auto realización.

Por lo tanto las sanciones no deben ser aplicadas, sin antes determinar si el derecho que están protegiendo es mayor o menor al derecho que están castigando, como en este caso en concreto. Se debe evitar esa rigidez de norma, si no analizar las circunstancias y así el derecho penal se seguirá manteniendo de *ultima ratio*.

Otra situación hubiera sido, si la niña recurrentemente vendía limonada, y ya lo ha convertido en una especie de negocio, porque ahí si requería un permiso o licencia, pero en el caso en concreto lo que se logro al sancionar fue mitigar una expresión del derecho a la ciudad.

En conclusión, las sanciones urbanas y penales deben ser impuestas cuando existe un verdadero perjuicio, o una posibilidad real de perjuicio a los bienes jurídicos protegidos.

Conclusiones:

- La Ciudad, es un concepto complejo, es un “macro bien” que se encuentra formado por una gran cantidad de bienes jurídicos urbanos, como lo son el ordenamiento territorial, el uso y gestión del suelo, el urbanismo, el espacio público, el medio ambiente, el patrimonio histórico cultural, el derecho a la ciudad, y varios derechos fundamentales de los ciudadanos. Todo este conjunto de bienes y derechos conforman lo que se conoce como Ciudad.
- Uno de los elementos más importantes en la vida de los seres humanos, es la Ciudad, pues este es el lugar en donde se auto realizan, donde se desarrollan como personas, desarrollan sus capacidades y potencialidades, el lugar donde se hacen efectivos sus derechos fundamentales (hábitat, derecho a la ciudad, vida, propiedad privada), donde manifiestan sus relaciones sociales, en donde pasan toda su vida, donde satisfacen sus necesidades básicas y sus requerimientos, por lo tanto requiere de especial protección, porque sin Ciudad el ser humano pierde parte de sí mismo.
- La Ciudad es un ente dinámico, que se va transformando, en base a las circunstancias, condiciones y realidades sociales, políticas, económicas, y culturales que experimenta la sociedad, por eso es tan difícil regularla, ya que está en proceso de constante cambio, y siempre requiere nuevas disposiciones urbanas que se adecuen a su realidad.
- La Ciudad es una expresión del ser humano y de la sociedad, la que se adecua a sus necesidades, requerimientos, dependiendo del ideal de ciudad que tiene cada individuo, de cómo la usa, la goza y la construye.
- El espacio público no solo debe ser entendido en función de a quien le pertenece, en este caso a la administración pública, como las calles o las plazas, también debe entenderse en función del uso que se les da, a tal punto de que los lugares de interacción social, como centros comerciales o estadios, entre otros, también pueden ser considerados como espacios públicos, pues son espacios en donde los seres humanos se relacionan.

- Una ciudad construida sin atención a los requerimientos y necesidades de los ciudadanos, no puede ser llamada propiamente Ciudad, pues no cumple con la función de ser un espacio de expresión, de desarrollo, de relación e interacción social.
- La manera adecuada de construir Ciudad, debe incluir como actor principal a la ciudadanía, quienes son los principales beneficiarios del espacio y los servicios públicos, por lo cual la Autoridad competente, debe generar las vías o mecanismos adecuados de participación ciudadana través de los cuales la población intervenga de manera activa y efectiva en el proceso de construcción y urbanización, expresando sus necesidades e ideales. La participación de la ciudadanía en el proceso de construcción de Ciudad, debe abarcar desde la toma de decisiones respecto de la construcción y disposición de espacio público, hasta la posibilidad de presentar proyectos urbanos.
- El urbanismo es el proceso ordenado de construcción de ciudad, que se basa en disposiciones urbanas y planes de ordenamiento territorial, por otro lado el urbanismo es el proceso desordenado por medio del cual crece la ciudad, y que provoca espacios públicos desordenados y núcleos urbanos caóticos.
- El Derecho Urbanístico (como rama del Derecho Administrativo) regula la Ciudad, y los demás bienes jurídicos urbanos, a través, a través de disposiciones y normas que regulan el urbanismo, el ordenamiento territorial, el espacio público, y el uso correcto del suelo
- El Derecho Urbanístico, puede ser percibido en todas las situaciones cotidianas tanto en ciudades ordenadas como desordenadas, en las primeras se percibe en la zonificación, la correcta prestación de servicios públicos, en la construcción de espacios públicos de calidad, por otro lado en las ciudades desordenadas se percibe en el transporte urbano deficiente, en la contaminación, y en la ausencia de espacios públicos.

- El concepto de derecho a la ciudad, al ser un derecho colectivo, engloba una gran cantidad de garantías y derechos, como el derecho al hábitat, derecho a un ambiente sano, derechos de participación, y derechos de movilidad.
- El Derecho ha pretendido proteger a la Ciudad, a través de dos mecanismos jurídicos, el primero es el Derecho Urbanístico, a través de disposiciones administrativas y urbanas, que permiten construir ciudades ordenadas, y regular el ordenamiento territorial y el uso del suelo; y por otro lado el derecho humano a la ciudad, el cual permite a los individuos hacer uso y goce del espacio público sin restricciones y de manera libre.
- El derecho a la ciudad es más que la facultad o la posibilidad que tienen los ciudadanos de acceder a los bienes y recursos que ofrece el espacio público, a fin de satisfacer necesidades personales; es aquel derecho activo que permite a la población intervenir en la planificación, desarrollo y construcción de la Ciudad, en base a sus requerimientos e ideales.
- El derecho a la ciudad, es un “macro derecho”, que se encuentra formado por varios derechos urbanos y prerrogativas, como el derecho de seguridad, derecho de acceso a los servicios básicos, derecho de accesibilidad, derecho de movilidad, derecho a una vida digna, derecho a la vivienda, derecho a la monumentalidad, los cuales forman una unidad, por lo cual, para que exista un efectivo derecho a la ciudad, deben garantizarse y protegerse todos en la misma medida.
- La manera en la que se prevé el derecho a la ciudad en el Art.31 de la Constitución del Ecuador, es incompleta, ya que carece de uno de los elementos más importantes, que es la participación ciudadana, es decir aquella facultad que tienen las personas de intervenir en los procesos de construcción y toma de decisión respecto de su ciudad.
- El ser humano tiende a inobservar las disposiciones jurídicas por lo tanto el Derecho Urbanístico requiere un derecho coactivo, un régimen jurídico sancionador, que garantice el cumplimiento de las disposiciones jurídicas, y establezca límites y

sanciones a los comportamientos urbanos, que no permiten el efectivo ejercicio del derecho a la ciudad.

- El régimen jurídico sancionador del Derecho Urbanístico se encuentra formado por la tipificación de infracciones y delitos urbanísticos, los cuales protegen los bienes jurídicos urbanos, garantizan el cumplimiento de las disposiciones urbanísticas, y permiten el efectivo goce del derecho a la ciudad. El régimen sancionador urbanístico tiene el fin primordial de obligar a la población al cumplimiento de las disposiciones urbanas, ya que este cumplimiento permite que se garanticen el resto de bienes jurídicos protegidos.
- La clasificación de las infracciones urbanísticas depende de, la magnitud del acto ilícito, la relevancia del bien jurídico tutelado, el interés social que lesionan, la reincidencia de la falta, e incluso el tipo de suelo en que se producen.
- Cuando se vulneran las disposiciones legales de Derecho Urbanístico, se producen dos efectos jurídicos, que recogen la sanción penal y la urbanística, el primero es que se impone una sanción y el segundo es que se genera una obligación para el infractor, de reparar el daño causado y restaurar la legalidad urbana.
- La criminalidad de las infracciones contra la Ciudad, no son sancionadas moralmente por la sociedad, ya que son vistas como una práctica común, y hasta natural. La sociedad ecuatoriana no está acostumbrada a solicitar autorizaciones o licencias para construir, por el contrario es visto como algo raro, y hasta sospechoso cuando una persona solicita el respectivo permiso.
- El bien jurídico protegido en los Delitos Urbanísticos es la Ciudad, como un macro bien jurídico, que se compone de varios elementos que son, el ordenamiento territorial, el correcto uso del suelo, el espacio público, el urbanismo, el patrimonio histórico, la naturaleza, el medio ambiente, y el derecho a la ciudad, conformado a su vez por varios derechos urbanos y no urbanos que se reivindican a través de este derecho. Se debe proteger la Ciudad, por la importancia que esta tiene en la vida de los individuos, pues es el lugar donde estos satisfacen sus necesidades básicas, se auto realizan como personas y ejercen todos sus derechos fundamentales.

- El Derecho Penal, tipifica penas similares a las urbanísticas, pero su aparato judicial, le permite al juez obligar al cumplimiento de las sanciones, debido a que tiene varias atribuciones y capacidades que el comisario municipal o los funcionarios administrativos no tienen, lo cual hace más efectiva a la aplicación del Derecho Penal.
- Las sanciones penales, se complementan con las sanciones urbanísticas, en la medida que son compatibles, para producir un aparato urbano sancionador completo y eficaz, que logre castigar por la infracción cometida, prevenir el cometimiento de más infracciones, restaurar la legalidad urbana y el daño producido.
- El Derecho Penal es de mínima intervención por lo cual requiere de tres supuestos fundamentales para intervenir y regular conflictos urbanos: el primero es la falta de eficacia, eficiencia, aplicabilidad y conocimiento de las disposiciones y sanciones urbanísticas; las cuales presentan varios inconvenientes la momento de ser aplicadas, en especial por el hecho de que la autoridad Municipal no puede obligar a cumplir con la sanción, además las normas son comúnmente inobservadas, porque las personas no tienen conocimiento de la cantidad de ordenanzas municipales que existen y que nunca han sido socializadas. El segundo aspecto es la importancia que tiene el bien jurídico “Ciudad”, para la vida de los pobladores, pues es un concepto que abarca un sinnúmero de prerrogativas, facultades, y derechos que necesitan los ciudadanos para satisfacer sus necesidades básicas. El último aspecto es que solo se tipifican como delitos urbanísticos aquellas infracciones muy graves y que producen un alto perjuicio a los bienes jurídicos protegidos.
- La tendencia de la sociedad a inobservar e incumplir las normas jurídicas, requiere que no solo existan mecanismos coactivos para conseguir que se cumplan las disposiciones jurídicas, además es importante que se establezcan incentivos y procesos de socialización que permitan a la ciudadanía conocer respecto de los procedimientos para obtener licencias de construcción, o demás procedimientos administrativos.

- Las normas urbanas y penales, deben ser proporcionales a la infracción cometida, y deben aplicarse cuando efectivamente exista un perjuicio o riesgo real de perjuicio a los bienes jurídicos protegidos.
- Aunque el Código Orgánico Integral Penal no los considere como tal, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha tipificado varios delitos urbanísticos, que son: el tráfico de tierras, la destrucción de patrimonio cultural, la invasión de reservas ecológicas y los delitos contra el suelo. Estos delitos protegen el mismo bien jurídico, que los delitos urbanísticos por lo tanto debe ser considerados como tales.
- Los delitos urbanísticos son efectivamente el medio o herramienta jurídica apropiada a través de los cuales se protege efectivamente la Ciudad, y los bienes jurídicos que la componen, como el correcto uso del suelo, el ordenamiento territorial y el derecho a la ciudad.

Recomendaciones:

- Se deben tipificar los siguientes delitos urbanísticos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: 1) La prevaricación urbanística, 2) la construcción ilegal que supone perjuicio para los derechos de terceros, o que supone la apropiación ilegal de espacio público, y 3) el lucro del espacio público o de la Ciudad. Los cuales complementarán a aquellos tipos penales que ya existen y formarán un régimen urbano sancionador, fuerte, eficaz y completo, que castigue efectivamente las conductas contrarias al urbanismo, que mitigue las infracciones, y repare la legalidad urbana. Estos delitos están tipificados con el objetivo de permitir el efectivo goce del derecho a la ciudad, y los demás derechos que lo conforman, sin restricciones.

- Para la instauración de los delitos urbanísticos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se requiere un trabajo conjunto entre el Gobierno Central y los Municipios, que debe darse de la siguiente forma: El primer paso debe ser la concientización y socialización de las disposiciones urbanas y ordenanzas, por parte del Municipio, en donde se eduque a la gente sobre las infracciones urbanísticas y la necesidad de obtener una licencia de construcción, es decir el primer paso es crear una cultura de respeto a las disposiciones urbanas, a través de su socialización. El segundo paso requiere que el Municipio preste las facilidades necesarias a los ciudadanos, para obtener las licencias de construcción (dotar de arquitectos e ingenieros para aquellas personas que demuestren no tener la capacidad económica para contratar un profesional), e incentive el cumplimiento de las disposiciones urbanas, a través de descuentos en los pagos de impuestos municipales o descuentos especiales. El último paso es la tipificación de delitos penales y la correspondiente sanción, cuando después de haberse dado todas las facilidades para cumplir con las normas urbanas, no se lo hizo, ahí corresponde la sanción penal.

- La complejidad del concepto Ciudad, y los constantes cambios que esta presenta, requieren de normativa flexible, que pueda adaptarse a estas circunstancias, por lo tanto se puede establecer un Derecho Urbano Penal, que no es tan lesivo pues combina el aparataje judicial penal, con sanciones urbanísticas y que permite

proteger todos los bienes jurídicos que conforman la Ciudad, adecuando cada uno a la realidad del espacio público y a las circunstancias.

Bibliografía:

- Red de Noticias Albavision. Insolita multa a una niña de 5 años por vender limonada sin licencia en Londres. *El Comercio*. 22 de Julio del 2017. Quito.
- Auzelle, Robert. (n.d.). Clefs pur l'urbanisme. In M. E. Ducci, *Conceptos Basicos de Urbanismo* (p. 3). Trillas.
- Boldova Pasamar, Miguel Angel. *Los Delitos Urbanisticos*. Madrid, Editorial Atelier, 2007.
- Boldova Pasamar, Miguel Angel; Gracia Marin, Luis;., & Alastuey Dobon, Maria Carmen. *Lecciones de Consecuencias Juridicas del delito*. Madrid, Editorial Tirant lo blanch, 2015
- Borja, Jordi. *La Ciudad Conquistada*. Madrid, Alianza Editorial, 2003.
- Borja, Jordi. Espacio Publico y Derecho a la Ciudad. In I. d. Catalunya, *El Derecho a la Ciudad*. Barcelona.2011. Pags. 139-164.
- Borja, Jordi. *Revolucion Urbana y Derecho Ciudadanos: Claves para interpretar las contradicciones de la ciudad actual*. Barcelona, Alianza Editorial, 2013.
- Borja, Jordi; Muxi, Zaida. *Espacio Publico, ciudad y ciudadania*. Barcelona. 2000. Documento de sitio web. http://www.esdi-online.com/repositori/public/dossiers/DIDAC_wdw7ydy1.pdf
- Bueno Vasquez, Rodrigo. *Fundamentos del Derecho Urbanistico en Bogota*. . Bogota, Pontificia Universidad Javeriana, 1987.
- Carnevali Rodriguez, Raul. *Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una politica criminal racional*. *Ius Ex Praxis*. 2008.
- Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. *Revista paz y conflictos*. 2015.Pags. 184-196.
- Cavafis, Constantin. *Espacios en Blanco*. Internet. <http://despuesdelnaufragio.blogcindario.com/2009/05/00541-la-ciudad-constantin-cavafis.html>
- Chaves Salcedo, Miguel Angel. *Dosimetria de las Sanciones Urbanisticas y su aplicacion a personas de escasos recursos*. Bogota, Universidad Libre de Colombia, 2012.

- Coquis Velasco, Francisco Javier. *El derecho urbanístico como una rama del derecho Administrativo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2014. Pág. 619-637.
- Correa Montoya, Lucas. Algunas Reflexiones y Posibilidades del Derecho a la Ciudad en Colombia. In J. F. Pinilla, & R. Mauricio, *La Ciudad y el Derecho*. Bogota, Editorial Temis. 2012. Pags. 58-104.
- Costes, Laurence. *Del "Derecho a la ciudad" de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna*. 2011.
- De la Cuesta Arzamendi, Jose Luis. Delitos Relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995. *Actualidad Penal*. 1998. Pags. 309-328.
- Ducci, Maria Elena. *Conceptos Basicos de Urbanismo*. Madrid. Editorial Trillas. 2016.
- Fernandez Ruiz, Jorge. Derecho Urbano en Mexico, Administracion Federal . *Boletin Mexicano de Derecho Comparado*. 2003.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Urbanismo y Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Págs. 705-736.
- Fierro, Bertha. *Derecho Urbanístico en el Ecuador*. Quito. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2006.
- Galvis Gaitan, Fernando. *Manual de Derecho Urbanístico*. Bogota, Editorial Temis, 2014.
- Garcia Macho, Ricardo; Blasco Diaz, Jose Luis. *La disciplina Urbanística*. Instituto Nacional de Administración Pública. Documento de Sitio Web. <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=viewFile&path%5B%5D=9642&path%5B%5D=9683>
- Garcia Vazquez, Maria de Lourdes. *Espacio Publico*. Mexico, Facultad de Arquitectura UNAM. Documento de Sitio Web. <http://www.ub.edu/multigen/donapla/espacio1.pdf>
- Greenpeace. *Quien esta detras del El Algarrobico*. Internet. <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/2015/Report/oceanos/algarrobico-2015-LR.pdf>
- Habermas, Jurguen. In J. Borja, *Espacio Publico, ciudad y ciudadanía*. Barcelona. 1993.

- Harvey, David. *Ciudades Rebeldes: Del derecho de la ciudad a la revolucion urbana*. Salamanca. Editorial Akal S.A. 2013.
- Hoyos Piñeres, Angela Rosa. *El Delito de la Urbanizacion Ilegal*. Bogota. Pontificia Universidad Javeriana. 2010.
- Jacobs, Allan. Great Streets. *ACCESSMagazine*.1993.
- Jacome, Evelyn. El 60% de la edificaciones son informales en el Distrito Metropolitano de Quito. *El Comercio*. 8 de Enero del 2017. Quito.
- Jacome, Evelyn. Feria Libre de la Ofelia, en Quito, No tiene control . *El Comercio*. 30 de Julio del 2017. Quito.
- Jacquignon, Louis. In A. Carceller Fernandez, *Instituciones de Derecho Urbanistico*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1984.
- Kierszenbaum, Mariano. El bien juridico penal. Algunas nociones basicas desde la optica de la discusion actual . *Lecciones y ensayos*, 2009. Pags. 187-211.
- Lefebvre, Henri. *El Derecho a la Ciudad*. Barcelona, Ediciones Peninsula. 1978.
- Lemus Chois, Victor Daniel. Licencias e Infracciones Urbanisticas. In M. Rengifo, & P. J. Felipe, *La Ciudad y el Derecho*. Bogota. Universidad de los Andes. 2012. Pags. 409-426.
- Lemus Chois, Victor; Lemus Chois, Aida. *Introduccion a las Infracciones Urbanisticas*. Bogota. Editorial Temis. 2009.
- Lopez Velarde Vega, Oscar. Nociones Basicas del Derecho Urbanistico Mexicano. *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. 1991. Pags. 176-209.
- Marquez Cardenas, Alvaro; Gonzalez Payares, Orlando. La coautoria: delitos comunes y especiales. *Dialogos de Saberes*. 2008. Pags. 29-50.
- Martin Pallin, José Antonio. Delitos urbanísticos: defensa de los intereses generales. *V congreso internacional de ordenación del territorio*. Págs. 1911-1924
- Martinez Rodriguez, Jose Antonio. *Delitos Urbanisticos en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*. pasionporloslibros. 2011.
- Mathivet, Charlotte. *Dialogos, propuestas, historias para una Ciudadania Mundial*. Internet. <http://base.d-p-h.info/es/fiches/dph/fiche-dph-8034.html>
- Molina, Carlos Mario. El dolo especifico y el elemento subjetivo del tipo penal. *Facultad de Derecho UPB*. 1983. Pags. 145-158.

- Orozco Giraldo, Consuelo. Las vecindades y los urbanismos imaginarios son organismos con vida propia. *Miradas No. 10*. 2012. Pags. 126-134.
- Parejo Alfono, Luciano. *La Disciplina Urbanistica*. Madrid. Editorial Iustel. 2011.
- Park, Robert. In D. Harvey, *Ciudades Rebeldes: Del derecho a la ciudad a la revolucion urbana*. Salamanca: Ediciones Akal. S.A. PA. 2013. Pag. 11-20.
- Perez Lledo, Juan Antonio. *Sobre la funcion promocional del Derecho. Un analisis conceptual*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2005.
- Pizarro Suarez, Carlos. *Dictamen sobre la corrupcion urbanistica en el articulo 319 del codigo penal*. Andalucia. Universidad Internacional de Andalucia. 2012.
- Plascencia Villanueva, Raul. La Tipicidad. *Instituto de Investigaciones Juridicas UNAM*. Pags. 85-111.
- Pozuelo Perez, Laura. La respuesta penal a la delincuencia urbanistica . *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autonoma de Madrid*. 2008. Pags 71-98.
- Ramon Fernandez, Tomas. *Manual de Derecho Urbanistico*. Madrid. 1984.
- Renat Garcia, Felipe. Urbanismo y Derecho Penal. Una aproximacion a la problematica del tipo de injusto del Art. 319.1 delCodigo Penal de 1995. *Doctrina y Jurisprudencia*, 2001. Pags. 11-22.
- Rengifo Gardeazabal, Mauricio. El concepto de "Derecho Urbano". In J. F. Pinilla, & M. Rengifo, *La Ciudad y el Derecho*. Bogota. Editorial Temis. 2012. Pags. 4-19.
- Rodriguez Almiron, Francisco. *Los delitos contra la ordenacion del territorio y el urbanismo. Analisis jurisprudencial del articulo 319 CP*. Granada: Universidad de Granada. 2015.
- Sanchez Martinez, Flor. Alcances y limites de la clausula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanistica. *Cuadernos de Politica Criminal*. 1998.
- Sanchez Robert, Maria Jose. *Los Delitos sobre la ordenacion del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El articulo 319 del codigo penal*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada. 2012.
- Souto Garcia, Eva Maria. *Los Delitos Urbanisticos en España: La proteccion dispensada por el Art. 319 delCodigo Penal español a la ordenacion del territorio*. Dialnet.
- Universidad de Barcelona. *Que es una ciudad? Aportaciones para su definicion desde la prehistoria*. Barcelona. Universidad de Barcelona. 2003.

- El Universo.. Ecuatoriano podría recibir 20\$ de multa por garabatear en el Coliseo Romano. *El Universo*. 11 de Abril del 2017. Quito.
- Vidal Perdomo, Jaime. Temas Municipales y Regionales. *Revista del Instituto de Derecho Publico de Venezuela*. 1983.
- Vizcaino Ferre, Jose. Noticias Juridicas. *La prescripcion en los delitos y las infracciones urbanisticas, algunas cuestiones de interes en la nueva legislacion urbana valenciana*. Valencia. 2014.
- Wyrobisz, Andrzej. La Ordenanza de Felipe II del año 1573, y la construccion de las ciudades coloniales españolas en America. *Estudios Latinoamericanos*. 1980. Pags. 11-34.

Fuentes:

- Asamblea Nacional. Constitución de la Republica del Ecuador. Suplemento Registro Oficial No. 449, 20 de Octubre del 2008.
- Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. Suplemento Registro Oficial No.180 del 10 de Febrero del 2014.
- Asamblea Nacional. Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización. Suplemento Registro Oficial No. 303 del 19 de Octubre del 2010.
- Asamblea Nacional. Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo. Suplemento Registro Oficial No. 790. 5 de Julio del 2016.
- Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad. Foro Social de la Américas 2004-2005.
- Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995 ultima actualización 3 de Noviembre del 2016.
- Ley General de Urbanismo y Construcciones de Chile. No. 458 de 1976. Ultima actualización 26 de Mayo del 2017.
- Ordenanza Metropolitana No. 3457. Ordenanza sustitutiva a la ordenanza No. 3445 que contiene las normas de arquitectura y urbanismo.
- Ordenanza Metropolitana No. 3746. Ordenanza que contiene las normas de arquitectura y urbanismo para el Distrito Metropolitano de Quito.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

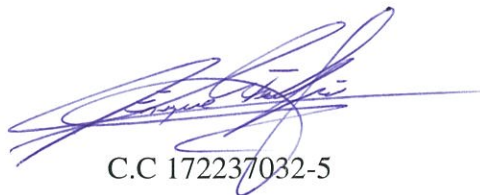
DECLARACION y AUTORIZACION

Yo, MIZRAIM ENRIQUE TUFÍÑO LOZA, C.I 172237032-5, autor del trabajo de graduación intitulado: “DELITOS URBANÍSTICOS COMO MECANISMO APROPIADO PARA GARANTIZAR EL CORRECTO USO Y GESTIÓN DEL SUELO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO”, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 6 de Octubre del 2017



C.C 172237032-5


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

No. **172237032-5**

CÉDULA DE CIUDADANÍA
 APELLIDOS Y NOMBRES
TUFIÑO LOZA MIZRAIM ENRIQUE
 LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
SANTA PRISCA
 FECHA DE NACIMIENTO **1995-01-19**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**




INSTRUCCIÓN BÁSICA

PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE

V4443V4444


APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
TUFIÑO MARCA CARLOS RENE
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
LOZA CEVALLOS VERONICA PATRICIA
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2013-05-20
 FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-05-20







DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO




CERTIFICADO DE VOTACIÓN
 ELECCIONES GENERALES 2017
 2 DE ABRIL 2017



003
 JUNTA No

003 - 015
 NUMERO

1722370325
 CÉDULA

TUFIÑO LOZA MIZRAIM ENRIQUE
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
 PROVINCIA

QUITO
 CANTÓN

KENNEDY
 PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN 1
ZONA 5

