
El precedente constitucional sobre ocupación del espacio público de vendedores ambulantes en
Colombia: Análisis de la sentencia C-211 de 2017 de la Corte Constitucional Colombiana

René Rodrigo Rivera García

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

Sincelejo, Sucre

2022

El precedente constitucional sobre ocupación del espacio público de vendedores ambulantes en
Colombia: Análisis de la sentencia C-211 de 2017 de la Corte Constitucional Colombiana

René Rodrigo Rivera García

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Abogado

Director

Abraham Zamir Bechara Llanos

Doctor en Derecho

Corporación Universitaria del Caribe – CECAR

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Programa de Derecho

Sincelejo, Sucre

2022

Nota de Aceptación

4,3 (APROBADO)

César Rafael Acosta

Director

Viviana Velásquez Salgado

Evaluador 1

Franklin B. A. J.

Evaluador 2

Agradecimientos

Agradezco a Dios por su gran misericordia, por todas sus bendiciones y por permitirme el haber llegado hasta este momento importante de mi formación académica. A mi esposa, por su apoyo incondicional. También agradezco al grupo de docentes de la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria del Caribe por haber compartido sus conocimientos a lo largo de esta etapa preparatoria y a forjar en mí los valores y principios universitarios.

De manera especial quiero expresar mis agradecimientos al profesor Abraham Bechara Llanos, director del proyecto de investigación, quien me ha guiado con su paciencia, sabiduría y dedicación de manera excepcional.

Tabla de Contenido

Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción	10
1. Planteamiento del Problema	12
2. Justificación	14
3. Objetivos.....	15
3.1 Objetivo General.....	15
3.2 Objetivos Específicos.....	15
4. Marco Referencial.....	16
5. Construcción de la línea jurisprudencial que consolida el precedente constitucional de la sentencia C-211 de 2017.....	51
5.1 Sentencia Arquimédica o Punto de Apoyo.....	51
5.2 Patrón Fáctico	51
5.3 Problema Jurídico Planteado por la Corte Constitucional	52
5.4 Elaboración del Nicho Citacional a Partir de la Ingeniería de Reversa.....	54
5.5 Puntos Nodales del Nicho Citacional	57
6. Metodología	65
6.1 Descripción de las Fuentes.....	65
7. Conclusiones	67
Referencias bibliográficas.....	70

Lista de tablas

Tabla 1. Puntos Nodales	58
Tabla 2. Sub-reglas de la sentencia fundadora.....	59
Tabla 3. Sub-regla primera sentencia destacada	61
Tabla 4. Sub-regla de la segunda sentencia destacada.....	62
Tabla 5. Sub-regla de la tercera sentencia destacada	63

Lista de gráficos

Gráfico 1. Nicho citacional N° 1..... 55

Gráfico 2. Nicho citacional N° 2..... 55

Gráfico 3. Nicho citacional N° 3..... 56

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo construir, a partir de la metodología de *línea jurisprudencial* propuesta por el jurista colombiano Diego Eduardo López Medina el precedente constitucional a partir de la sentencia C-211 de 2017, proferida por la Corte Constitucional Colombiana. Los resultados arrojaron que este Tribunal ha jugado un importante rol en la garantía y protección de los derechos fundamentales a población de especial protección, esto es, a aquellos vendedores ambulantes que por un determinado tiempo han ocupado el espacio público como medio de subsistencia social y económica.

Palabras clave: Corte Constitucional, caso de ley, línea jurisprudencial, precedente judicial, vendedores ambulantes.

Abstract

The purpose of this research was to build, based on the methodology of jurisprudential line proposed by the Colombian jurist Diego Eduardo López Medina, the constitutional precedent from the sentence C-211 of 2017, issued by the Colombian Constitutional Court. The results showed that this Court has played an important role in guaranteeing and protecting the fundamental rights of the specially protected population, that is, those street vendors who have occupied the public space for a certain period of time as a means of social and economic subsistence.

Keywords: Constitutional Court, case law, jurisprudential line, judicial precedent, street vendors.

Introducción

Desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, Colombia adoptó la cláusula general del Estado Social de Derecho. Una nueva formulación jurídica del Estado con connotaciones de carácter prestacional más fuertes. La nueva constitución en su momento fue fruto de un gran pacto social y democrático, llamado Constituyente, en la que participaron distintos actores políticos, sociales y culturales. Es un momento de la historia nacional complejo. El país es gobernado por el partido Liberal bajo el programa político de Cesar Gaviria Trujillo y, con unos antecedentes de lucha contra el narcotráfico nunca antes visto. Aunado al ambiente político de la época, luego de las exitosas discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente, la Constitución que deroga la carta política de 1886; es la nueva carta de derechos. Por medio de ella, es creada la Corte Constitucional, órgano de cierre para aquellas materias estrictamente relacionadas con el cuerpo de la Constitución. La acción de tutela fue introducida, como uno de los mecanismos procesales más importantes con el que cuentan los ciudadanos para hacer respetar sus derechos. Un nuevo discurso surge dentro de la base normativa en un texto superior que dirige los destinos del país.

La recién promulgada Constitución, tuvo como base el mejor conceso posible con el fin de garantizar un modelo democrático y participativo en el que se lograra un texto lo más completo posible. Además, intentaba resolver por medio de sus formulaciones jurídicas, la prolongada y desproporcionada violencia que padecía Colombia hasta entonces. Entre la década de los 80 y 90, el país vivió los efectos devastadores de las guerras del narcotráfico, los enfrentamientos entre las distintas guerrillas y el Estado y, el posterior nacimiento de grupos paramilitares que ponían en riesgo no solo la tranquilidad y bienes de la población civil no combatiente sino que, la vulneración de derechos fundamentales producto de ese estado de cosas se incrementaba día tras día. Los frutos generados de las amplias discusiones mientras se iba estructurando la nueva carta de derechos, tuvieron como participación, en sus delegatarios, a grupos indígenas, intelectuales, líderes de izquierda y de derecha, entre otros. La gran mayoría de este grupo de personas, tenía un común tramitar a través de un nuevo orden los problemas más estructurales del país. Ese aspecto, por sí solo, la hace particular. Era una discusión aparentemente consensuada pero con diversidad de ideas

permanentemente confluyendo. “La Constitución del 91, por el contrario, es hija del multipartidismo momentáneo de la Asamblea y proviene de una reacción colectiva, casi anónima, conforme a un procedimiento inductivo, en el cual resulta imposible reconocer una identidad ideológica o política”. (Valencia-Villa, 2010, p. 211).

Ante la cuestión de quién defendería ese nuevo orden jurídico, aparece la Corte Constitucional (que en adelante llamaremos Corte Const.). Nunca antes en Colombia se había creado un órgano de carácter judicial e independiente y especializado en asuntos sobre la Constitución. Hay un curioso antecedente en la historia judicial nacional sobre este aspecto. Se trata de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para resolver asuntos de materia constitucional antes de haber sido derogada la Constitución del 91. Esa competencia se inició con el acto legislativo 03 de 1910 que “le confió a la Corte Suprema de Justicia la atribución de juzgar la constitucionalidad de los decretos y las leyes que ante ella demandaran los ciudadanos, estableciendo así la acción pública de inconstitucionalidad”. (Casas, 2013, p. 426). Una vez entró en vigencia la Constitución del 91, esa función pasó a ser un asunto, únicamente, de la Corte Const. La función de la nueva Corte, es una función judicial que conforme al artículo 241 constitucional, está circunscrita a defender el texto de la constitucional y proteger los derechos fundamentales.

Una de las formas de actuación de la Corte, debe partir de lo estipulado por la Constitución. Esa defensa se verá traducida en la toma de decisiones judiciales independientes. Sobre este asunto, el presente trabajo se concentrará. La administración de justicia constitucional, que además tiene respaldo normativo, por medio de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, es tan importante para el desarrollo de un proyecto democrático, y en especial, de la seguridad jurídica, la protección de los más vulnerables y, de un orden justo y de paz nacional.

1. Planteamiento del Problema

En Colombia, históricamente han existido grupos sociales que han sufrido de la ausencia del Estado en sus territorios, ellas son, por ejemplo, las poblaciones más pobres y con ausencia de una fuerte infraestructura y desarrollo en lo que han llamado “la periferia” y, por otro lado aquellos grupos sociales urbanos, especialmente, que han padecido del desamparo no solo institucional, sino también social, cultural y económico. En el este último, se encuentran las víctimas del conflicto armado interno, en especial mujeres y niños, los habitantes de calle, las personas privadas de la libertad y los vendedores ambulantes o estacionarios que ocupan de manera informal el espacio público.

Este último grupo, conformado en su mayoría por madres cabezas de hogar o personas que superan los 50 años de edad, ha sufrido medidas desproporcionadas, persecución institucional y tratamientos policiales injustos. En la mayoría de los casos son desalojados por parte de las administraciones municipales y distritales en razón de que han ocupado por largos años algunas zonas desde donde realizan -sin ningún tipo de protección- sus actividades comerciales. Uno de las imágenes más conocidas y que pone en evidencia la magnitud de la anterior afirmación, han sido las lamentables escenas publicadas por los diferentes medios de comunicación donde efectivos de la Policía Nacional desalojan a vendedores ambulantes decomisándoles sus pertenencias o productos y en el peor de los casos, destruyéndolas.

Frente a este tipo de escenarios en los que se genera una situación de vulnerabilidad de vendedores ambulantes, la Corte Constitucional Colombiana ha consolidado una línea jurisprudencial sobre demandas ciudadanas que han buscado la protección de esta especial población y ha impartido órdenes principalmente a las autoridades locales y distritales con el fin de respetar los derechos adquiridos de quienes llevan periodos prolongados en la venta dentro del espacio público. Ha impulsado también la asistencia institucional o acompañamiento de las alcaldías con el fin de reubicarlos o vincularlos a programas sociales, descartando así, toda posibilidad de agresión institucional o desconocimiento de sus derechos fundamentales. Algunos de esos pronunciamientos, lo han sido en sentencias como la T-772 de 2003, T-386 de 2013o la

más reciente Sentencia C-211 de 2017 que estudió la constitucionalidad del artículo 140, numeral 4, parágrafos 2º (numeral 4) y 3º del Código de Policía o Ley 1806 de 2016 y decidió declarar la exequibilidad condicionada de este articulado con el fin de proteger a los vendedores ambulantes de medidas administrativas y policiales desproporcionadas.

Hasta ahora, la Corte Constitucional ha creado una consolidada jurisprudencia en la que ha adoptado un rol activo en la protección de los derechos a los vendedores ambulantes, como el mínimo vital o a la confianza legítima. Aunque algunas de las órdenes contenidas en esa línea jurisprudencial han sido dirigidas a las autoridades públicas del orden nacional y local; la labor de la Corte (desde las perspectiva de la justicia social) ha sido reconocer la venta informal como una realidad económica y social para mitigar la criminalización constante contra este grupo vulnerable. Los aportes del juez constitucional dentro del debate que incluye: la garantía de derechos, los problemas estructurales de la venta informal y las familias que dependen de la misma, necesita ser revisado teóricamente; tal y como lo propone la presente investigación.

En consecuencia, la pregunta de investigación que se pretende resolver es la siguiente: ¿Cuál ha sido el alcance jurídico en el contexto del precedente constitucional de la sentencia C-211 de 2017 sobre protección a los derechos de vendedores informales en Colombia?

2. Justificación

La pertinencia del objetivo de esta investigación es, en primer lugar, identificar los aportes y el rol que ha desempeñado la Corte Constitucional a través del precedente constitucional. La discusión sobre a quién le pertenece el espacio público, quién lo administra o cómo se ejerce su uso y su goce, ha sido abordado en Colombia, desde una perspectiva garantista de los derechos adquiridos a favor de una población vulnerable por parte de un Tribunal Constitucional, que ante la omisión legislativa ha definido importantes decisiones que deben ser revisadas a nivel teórico. Y por último, la necesidad de que las autoridades asentadas en las entidades territoriales conozcan los pronunciamientos que los obligan a respetar la situación de especial protección constitucional de vendedores ambulantes, amparados en el principio de confianza legítima y estén al tanto sobre las consecuencias jurídicas del desconocimiento de ese precedente.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Establecer cuál ha sido el alcance jurídico en el contexto del precedente constitucional consolidado en la Sentencia C-211 de 2017 para proteger los derechos de los vendedores informales.

3.2 Objetivos Específicos

Identificar la línea jurisprudencial que constituye el precedente constitucional de la Sentencia C-211 de 2017, por medio de la herramienta de nicho citacional a partir de la ingeniería de reversa propuesta por el profesor Diego Eduardo López Medina.

Determinar el papel de la Corte Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales de vendedores ambulantes que históricamente han sido estigmatizados por la institucionalidad.

Demostrar el reconocimiento iusfundamental de los derechos sociales, económicos, políticos y culturales y su injerencia en las políticas públicas que cobijan a los vendedores ambulantes en Colombia.

4. Marco Referencial

El marco teórico de la presente investigación, tiene como propósito elaborar, de manera organizada, los distintos autores e investigadores y los aportes que desde la doctrina y la investigación jurídica constituyen las bases conceptuales de la presente investigación.

Como se analizó en la introducción, el propósito de la presente monografía es revisar una sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, en especial, aquella que aborde la situación constitucional de los vendedores ambulantes en relación con la ocupación del espacio público. Así, debemos precisar en primer lugar la función de la Corte Constitucional y su relación con el nuevo modelo de Estado consignado en la Constitución de 1991.

La Constitución de 1991 es la carta de derechos, que abarca, en su primera parte, un listado generoso de derechos fundamentales como las libertades básicas: vida, integridad física, libertad. Se destaca la inserción de la acción de tutela (artículo 86), institución jurídica para protegerlos y, un grupo de derechos sociales, económicos y culturales que tienen un componente social, como el derecho a una vivienda digna, la educación, la salud, al trabajo, entre otros. Antes de precisar conceptualmente, en que consiste cada uno de ellos, se hace necesario destacar la importancia que la cláusula del Estado Social de Derecho trajo para la protección de estos derechos. Autores como Adarme (2012) han señalado que uno de los fundamentos teóricos del Estado Social de Derecho, tiene que ver con que: “El principio del Estado social de Derecho debió su nacimiento al fracaso del Estado de Derecho en encontrar solución a la problemática social, con justicia social”. (p.47). No obstante, el Estado de Derecho debe dialogar con el Estado Social de Derecho. Ello no significa que, ante la formulación jurídica de Estado, se trate de una separación del uno y el otro. Ambos modelos deben dialogar. Lo que hace la diferencia es que, aunque el primero privilegia la formalidad del sistema jurídico, el segundo, por su parte hace énfasis en el alcance de los derechos fundamentales, especialmente, en los derechos de contenido prestacional. El concepto de Estado Social de Derecho (ESD), está por concretarse. Lo que existe, al menos para el caso colombiano, es una generosa lista de aspectos que pueden llegar a definirlo. Una de ellas, la anotada por la autora antes referenciada. El concepto de ESD es una construcción jurídica en permanente tránsito.

En el caso que nos ocupa; la tarea de hacer las elaboraciones o aproximaciones conceptuales de ese nuevo modelo es la Corte Constitucional. Por una razón concreta: Es el órgano judicial encargado de interpretar y proteger el catálogo de derechos fundamentales. Una interesante postura sobre el rol de la Corte Constitucional en la puesta en marcha del ESD lo ha abordado Upegui (2009) al señalar lo siguiente:

Una tesis defendida por la Corte de manera implícita es que a partir del concepto del Estado Social de Derecho, el sentido (pragmática) e incluso el significado (semántica) de las diversas instituciones de la Constitución se transforman. Esta transformación se justifica o se explica precisamente en el poder de irradiación de dicho concepto. // El ejemplo más emblemático de esta transformación o de este “efecto irradiador” lo encontramos en el concepto de igualdad. El significado y la proyección de la igualdad se ensanchan gracias a la inclusión de la disposición que cualifica a la igualdad como “real y efectiva”, que se suma a la tradicional igualdad “formal”, de “trato” o “ante la ley”. El Estado está obligado a reconocer las diferencias, a identificar las precariedades, a ver dónde antes no veía. // Este compromiso con la igualdad real de los habitantes ha sido considerado una consecuencia, una expresión o incluso una condición definitoria del llamado Estado Social de Derecho en el caso colombiano. (p. 24).

Este análisis sobre el aporte de la Corte en el concepto de ESD, es de particular importancia porque, los que han estudiado el tema con rigor, reconocen que la Corte y sus magistrados comprenden que su función va más allá del ámbito orgánico de competencias y debe trascender a una evolución garantista de principios (texto político) y derechos fundamentales de los individuos (interpretación y aplicación efectiva). Una muestra de lo anterior, han sido las múltiples sentencias de la Corte en su primera generación de jueces constitucionales. Ese primer corte de juristas, fueron los responsables, en Colombia de iniciar esa construcción conceptual del ESD. Es por ello que en sentencias como: T-438 de 1996, donde la Empresa de Desarrollo Urbano de Barranquilla “EDUBAR” ejecutó el desalojo de vendedores y ordenó la demolición de sus puestos

de trabajo, la Corte, tratando de conciliar de manera proporcional y armoniosa algunos derechos en conflicto, se expresó de la siguiente manera:

(...) Si unos ocupantes del espacio público, creen, equivocadamente claro está, que tienen un derecho sobre aquél porque el Estado no solamente les ha permitido sino facilitado que ejecuten actos de ocupación, y han pasado muchos años en esta situación que la Nación y el Municipio contribuyeron a crear, es justo que esos ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado social de derecho.

Esta misma expresión fue invocada posteriormente en sentencias como: T-396 de 1997 y SU- 360 de 1999, reafirmando una vez más que preservar el espacio público es factible siempre que se tomen en cuenta algunas consideraciones especiales antes de iniciar el procedimiento de desalojo, precisamente por las garantías que se ofertan en un ESD.

Esas primeras decisiones han sido construcciones filosóficas que han puesto a debate la protección de derechos fundamentales (aspecto sustancial) y el alcance (práctico) de la acción de tutela. No obstante, la justicia constitucional, a diferencia de otras jurisdicciones especializadas, brinda un abanico de posibilidades y herramientas a la ciudadanía, que se complementan con las labores en materia de tutela. Uno de esos aspectos tiene que ver, con el sistema de control de constitucionalidad de la Corte. Esto permitirá dejar claro cómo es su funcionamiento y, a partir de que formas pueden surgir decisiones judiciales. Al respecto Cepeda (2007) señala lo siguiente:

Colombia tiene el sistema de control más abierto y de más fácil acceso que existe en Occidente. En resumen, según el artículo 241 de la Constitución, existen cuatro mecanismos de acceso a la Corte. (i) la acción pública de inconstitucionalidad, abierta a todo ciudadano, que puede dirigirse en contra de cualquier ley, reforma constitucional, o decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de funciones legislativas delegadas; (ii) el control oficioso de cierto tipo de disposiciones, principalmente de los decretos presidenciales expedidos bajo los estados de excepción (o declarándolos); las leyes que convocan a un referendo constitucional o a una asamblea constituyente, las leyes que aprueban los tratados

internacionales y las leyes estatutarias; (iii) la revisión de los proyectos de ley en calidad de árbitro, cuando quiera que el Congreso rechaza las objeciones formuladas contra tales proyectos por motivos de inconstitucionalidad, y (iv) la revisión discrecional de cualquier sentencia de tutela proferida por cualquier juez del país. Los primeros tres mecanismos activan el sistema de control de constitucionalidad abstracto; el cuarto activa el mecanismo de control constitucionalidad en casos concretos en los cuales se alegue que cualquier autoridad pública (...). (p. 42).

En este escenario planteado, aflora un punto supremamente valioso: “El ejercicio del control constitucional de la leyes hecho por la Corte Constitucional ha conducido a este tribunal a proferir diferentes tipos de sentencias de constitucionalidad. El soporte de estas providencias se encuentra en la teoría kelseniana del legislador negativo” (García, 1979, p.303-334). Es decir que, para Kelsen, existe un órgano independiente al poder legislativo o parlamento, que tiene capacidad para revisar leyes y a su vez verificar si éstas se adecuan o no a la Constitución. En caso de ser así, tendrán la aceptación en el mundo jurídico, pero si ocurre lo contrario, entonces serán derogadas total o parcialmente. Sin embargo, la doctrina no se detiene allí, porque –bajo circunstancias especiales- también le atribuye el papel de legislador positivo al Alto Tribunal:

Como se ha expuesto, la Corte Constitucional colombiana ejerce el control de constitucionalidad y cuando estima que una norma es contraria a la Constitución, puede declararla inconstitucional; ella ejerce un rol de legislador negativo tal como fue definido en el numeral 1. Pero la Corte ha ido más allá. También ejerce como legislador positivo por medio de las sentencias manipulativas, en las que el alto tribunal cambia el sentido de la ley, le agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislador y, en ocasiones, le imparte ordenes al Congreso para que legisle de determinada manera. (López, 2011, p. (16) 183)

Es por ello que cuando la Corte Constitucional se pronuncia sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, introduce el principio de conservación del derecho. Este principio predica, de acuerdo a López

(2011), al instruir en la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, lo siguiente: “Es deber de la Corte procurar mantener el orden normativo adoptado por el legislador, como reconocimiento y desarrollo del principio democrático, de manera que el juez constitucional asume una posición limitada frente al legislador”. Obviamente la Corte no puede legislar, pero en diversas ocasiones el Tribunal acude a las sentencias aditivas garantizando el principio en mención y de paso, incidiendo directamente en la Constitucionalización del derecho, pues, suple (sin extralimitarse en sus funciones) la deficiencia de algunas normas.

La Sentencia C-1230 de 2005, indica:

Frente a la existencia de omisiones legislativas relativas detectadas en el juicio de inconstitucionalidad, esta Corporación ha señalado que una manera legítima de remediarlas es acudiendo al expediente de las llamadas ‘sentencias integradoras’ y dentro de ellas a las denominadas ‘sentencias aditivas’, las cuales se caracterizan por producir una extensión o ampliación del contenido normativo examinado, sin el cual la disposición que se revisa resultaría inconstitucional (...)

(...) Por su intermedio se busca, entonces, mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador.

Considero que el ejercicio hermenéutico de la Corte no es caprichoso, como tampoco busca un protagonismo mediático para demostrar que se está administrando justicia, sino que, tal ejercicio suple un vacío y desarrolla verdaderos contenidos normativos y aún prescriptivos –acordes con la norma Superior- que no logran desarrollarse por el procedimiento esencial y ordinario del órgano legislativo.

Un ejemplo sobre este tipo de providencias, lo encontramos en la Sentencia C-892 de 2012, donde un ciudadano instauró acción pública de inconstitucionalidad contra la expresión “de consanguinidad” contenida en el artículo 1° de la Ley 1280 de 2009 “Por la cual se modifica el numeral 10 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, y se establece la licencia de luto”. El accionante considera que hubo vulneración de los artículos 5, 13, y 25 de la Constitución, por cuanto dicha norma establece un trato desigual entre los trabajadores con familia de modelo tradicional y los que tienen familia adoptiva, por cuanto estos no recibían el beneficio de disfrutar la licencia de luto, al fallecer un hermano o abuelo adoptivos (segundo grado civil). Luego de analizar el caso en concreto, la Corte toma la decisión de declarar la exequibilidad de la norma demandada, en los siguientes términos:

Como quiera que la declaratoria de inexequibilidad de la expresión normativa examinada, en lugar de corregir la inequidad identificada ocasionaría una situación de mayor desprotección para los dos grupos de trabajadores que integran los términos de comparación del juicio de igualdad, procede la Corte a proferir una sentencia aditiva o integradora, que incluya en el contenido normativo acusado a los parientes hasta el segundo grado civil, a fin de equiparar la situación de trabajadores que poseen relaciones filiales originadas en vínculos de consanguinidad, y la de aquellos cuyas relaciones familiares se originaron en un vínculo civil.

Considera el Tribunal que la norma demandada contiene una omisión que genera un trato desigual, razón por la cual declara la exequibilidad, pero le adiciona la parte omitida por el legislador, a fin de erradicar la discriminación generada en el texto jurídico. Allí se explica que esta decisión fue tomada con el propósito de evitar el perjuicio que concebiría la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada.

En este caso, se ponderó el efecto de la declaratoria de inexequibilidad sobre los derechos de los que tienen familia tradicional y adoptiva, modulando el sentido del fallo sin extralimitarse, pero creando e imponiendo a través de una decisión judicial un verdadero precedente que, sin lugar a dudas respeta la separación de poderes y mantiene la seguridad jurídica.

Por otra parte, hago énfasis en que la jurisprudencia de la Corte Constitucional merece mayor atención para comprender como se construyen los derechos, como se hacen efectivos y bajo qué razones el juez constitucional procura, en cada caso, la justicia. Uno de esos reveladores ejemplos, y que comúnmente hemos leído, ha sido la extensa y fortalecida jurisprudencia, que el máximo Tribunal Constitucional ha proferido en torno al principio de la dignidad humana. La Corte, ha protegido vía tutela, derechos de contenido prestacional en conexidad con el referido principio. “la dignidad de la persona humana constituye una verdadera directiva hermenéutica que el juez constitucional no podría ignorar al momento de interpretar ciertas normas de la Constitución así como los derechos fundamentales” (Carvajal, 2005, p. 27).

En ese orden, queda claro como los ejercicios hermenéuticos de la Corte han logrado el desarrollo de una jurisprudencia que se ha esforzado en aplicar la Constitución, en especial sus principios, como se ha visto con el caso de la dignidad humana. Al respecto, Bechara (2017) en un análisis sobre casos de la Corte Constitucional, ha indicado que este principio ha sido “una norma fundante de todo el sistema jurídico colombiano, que posibilita ‘un efecto de irradiación’ en palabras de Alexy, al poder determinar que los principios constitucionales y en especial principios de suma importancia como el de dignidad, otorgan contenidos materiales a otros derechos y principios de la misma Constitución, así como normas de inferior jerarquía, o a aquellas donde se necesite mayor desarrollo legislativo” (p.25). Desde que entró en funciones la Corte, ya han pasado 20 largos años haciendo aportes a la jurisprudencia de los derechos fundamentales y, en gran manera, una relevancia al desarrollo de principios. Esto no es un dato menor. Aunque el asunto debe mirarse desde un enfoque crítico, los distintos y diversos aportes que han realizado los magistrados desde la fecha son de notable relevancia. Aspectos positivos ha ocasionado el empleo de la acción de tutela para resolver problemas cotidianos de la ciudadanía, como aquellas situaciones en los que a la Corte le ha tocado proteger el derecho a la salud de inmigrantes; el mínimo vital y móvil de poblaciones vulnerables o hasta la protección de una familia frente a la pérdida de una vivienda, como ocurrió con el caso de los créditos UPAC. Esa y otras situaciones han establecido un connotado conjunto de fallos judiciales en sede de tutela y revisión que ya

tienen valor vinculante y obligatoriedad. Constitucionalistas como Arango (2004) han señalado que:

Una interpretación armónica del artículo 230 junto con el artículo 4 de la Constitución que establece que ésta tiene el carácter de norma de normas, lleva a la conclusión de que no es posible que los jueces estén sometidos a la Constitución dado su carácter normativo, pero a la vez sólo estén sujetas al imperio de la ley en sentido formal. Esta última conclusión es inaceptable, por la sencilla razón de que los jueces deben respetar los principios fundamentales de la Constitución, entre los que se cuentan los principios de igualdad de trato y de derechos, los cuales implican el deber de respetar los precedentes constitucionales. A un juez no sólo le está prohibido aplicar una norma declarada inexecutable; también le está ordenado aplicar la norma declarada inexecutable condicionadamente sólo a las hipótesis cobijadas bajo el campo semántico compatible con la Constitución. En virtud del valor normativo de la Constitución, los jueces no sólo deben obedecer la ley sino también la Constitución y a la jurisprudencia constitucional que la concreta. (p.38).

De este modo, la Constitución Política y sus contenidos, no son un mero programa de enunciados sin sentido alguno. Tiene esencia. Ella es su fuerza normativa que encuentra respaldo en el artículo 4 superior, como se ha visto, en desarrollos conceptuales cuyas expresiones se han puesto en evidencia por medio de las sentencias de la Corte Constitucional. Algunas con construcciones filosóficas destacables. Sin embargo, no hay que olvidar que ese componente normativo debe su aplicación a las decisiones judiciales. En este caso, los magistrados de la Corte son los llamados a crear el derecho y a realizar la aplicación directa de la Constitución para resolver los casos sometidas a ella. Autores como Quinche (2014) han señalado que:

La expedición de la Carta Política de 1991, el establecimiento de la Corte Constitucional, y sobre todo, los hechos, propiciaron la puesta al día del sistema colombiano, la transformación del derecho y sus prácticas, y la irrupción del precedente judicial como fuente formal de derecho, todo lo cual estuvo marcado, entre otros, por dos hechos

innegables e inevitables: (i) la transformación del sistema de fuentes ya señalada, y (ii) la internacionalización del derecho, que implicó además de la limitación del provincialismo jurídico, tan amado en Colombia, las fusiones e intercambios entre las “familias jurídicas”, para el caso, entre el derecho de origen anglosajón y el derecho de origen continental europeo. (p.36)

Nótese que en la cita anterior, el autor se dirige al precedente como fuente formal de derecho, lo cual es refrendado por la Sentencia C- 284 del 2015,

Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas (...)

Este pronunciamiento dice claramente que el precedente judicial goza de una “posición especial”, lo cual me conlleva a comentar que el precedente dejó de tener el mismo nivel que aún conservan las demás fuentes formales del derecho y pasó a una esfera superior al ser comparado con aquellos que todavía son “criterios auxiliares de la actividad judicial” de la que hace referencia el artículo 230 C.P.

La Corte Constitucional en Sentencia C-539 de 2011 afirmó:

Una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.

Este y otros pronunciamientos la Corte (Sentencias C-131 y C-486 de 1993 y C-836 de 2001), de alguna manera, hacen que se deseche la interpretación exegética convencional y se adopte un análisis amplísimo, bajo el argumento de que el imperio de la ley es mucho más que la ley formal. Lo anterior me lleva a concluir que el constitucionalismo en Colombia no ha perdurado como un modelo estático e inmutable, pues, aún dentro del sistema de fuentes del derecho surge uno que considero “alterno” y ese es el precedente, el cual se encuentra inmerso en la jurisprudencia expedida por las Altas Cortes. El precedente, a su vez, se convierte en una estrategia conveniente y efectiva para solucionar conflictos entre los asociados.

Bernal C. (2008) al preparar un Informe nacional para el Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, en Utrecht (Holanda) esbozó:

En primer lugar, el artículo 230 de la Constitución ha experimentado una mutación por vía jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional se ha apartado de la interpretación común del concepto de “criterio auxiliar” como un concepto que excluye la fuerza vinculante. Correlativamente, ha enfatizado que la jurisprudencia forma parte del imperio de la ley al que el juez está sometido. Con base en la distinción entre disposición y norma, bien conocida en la teoría del derecho, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia contiene las normas que resultan de la interpretación de las disposiciones jurídicas y que especifican su contenido. De este modo, por ejemplo, ha señalado que “la interpretación constitucional fijada por la Corte Constitucional determina el contenido y el alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del “imperio de la ley” a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución”. En una interpretación amplia, la Corte ha sostenido que el concepto de imperio de la ley se refiere a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal. Como consecuencia, hoy día sólo podría decirse que la jurisprudencia es un “criterio auxiliar”, en el entendido de que la jurisprudencia, como parte del imperio de la ley, auxilia la plena determinación del sentido, contenido y alcance de las disposiciones que conforman las fuentes del derecho. (p. (7) 87-88)

Evidentemente, la Corte Constitucional no puede crear normas jurídicas positivas porque debe respetar, a toda costa, el principio de separación de poderes, tal como lo describió Montesquieu. Sin embargo, debido al impacto que ha tenido la jurisprudencia y su asiduo uso en la práctica jurídica, ha logrado tener un carácter esencial al momento de emitir fallos en otras sentencias, acudiendo constantemente al precedente judicial. Por tal motivo, el Alto Tribunal, en el desarrollo de sus pronunciamientos, ha venido ubicando a la ley y a la jurisprudencia en un mismo nivel.

Este enunciado puede entenderse desde el método de la interpretación sistemática, pues, legislar no es lo mismo que interpretar, de manera que, la Sentencia C-569 del 2000, en relación con el precitado método, expresa:

(...) de nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a los límites de una sola disposición –v.gr. el artículo acusado–, cuando la adecuada comprensión de dicho precepto depende de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones. El ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; sólo de este modo es posible superar supuestas incongruencias al interior de un orden normativo.

Luego entonces, podemos apreciar que la ley y la jurisprudencia son receptoras de un tratamiento de interpretación sistemática. Así que, la normativa contenida en el artículo 230 de la Constitución no debe interpretarse aisladamente, sino en conjunto con otros preceptos que hacen parte del ordenamiento jurídico. Además de ello, la Corte, en la sentencia C-836 de 2001, realiza una comprensión ampliada de la noción de “ley” argumentando que ella no tiene voz propia, que por sí misma no dice nada y por consiguiente es dependiente de la interpretación. Es el operador jurídico quien le adjudica sentido y el significado que puedan tener las palabras usadas por el legislador, es decir, que la ley es el resultado de la sumatoria de las palabras del legislador más la interpretación que los jueces hacen de ella, fijando su sentido exacto para que los ciudadanos comprendan con mayor facilidad el mensaje normativo.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sido un aporte en la construcción de como entendemos el llamado derecho de los jueces. López (2011), señaló: “Si aplicamos los parámetros expuestos por Troper para Colombia, podríamos concluir que, efectivamente, la Corte Constitucional ejerce un gobierno de los jueces” (p.16). Destaco aquí entonces la importancia del precedente judicial. Para el caso que nos ocupa, la Corte Constitucional ha dado a su jurisprudencia un valor cuyo impacto se ha convertido en una práctica entre magistrados (producción de las decisiones), abogados (quienes emplean en sus escritos los precedentes para resolver los casos) y ciudadanos, a quienes las decisiones de los primeros les repercutirán negativa o positivamente. No obstante, a pesar de esta dinámica judicial en medio de largos periodos de tiempo, como ha ocurrido con la creación de la Corte desde 1991, la práctica y así ha estado documentado, ha reflejado en una reacción por parte de este Tribunal respecto de los jueces de inferior rango que han llegado a desconocer el precedente vertical sin justificación alguna. Cuando se hace referencia a una ausencia de justificación de la decisión, a veces, no se trata de un asunto que no está fundamentado *per se*, o que carece de fundamentación normativa. La falta de razones por parte de un juez en la adopción de una decisión, por ejemplo, en un caso de tutela, puede llegar a ser la de desconocer aspectos sustanciales de derechos en los que la Corte (superior) e incluso jueces de su mismo rango (precedente horizontal) ya se han pronunciado con anterioridad. Veamos el caso de la sentencia SU-120 de 2003, sobre la orden de conceder indexaciones económicas a un grupo de trabajadores por razones de justicia y equidad. En esa oportunidad, la Corte dejó claro que: “la jurisprudencia constitucional tiene definido que constituyen vías de hechos las decisiones judiciales caprichosas, arbitrarias e irrazonables, doctrina que aplicada a la labor de interpretación judicial comporta infirmar las decisiones en las que el juez elige la norma aplicable o determina su manera de aplicación i) contraviniendo o haciendo caso omiso de los postulados, principios y valores constitucionales, ii) imponiendo criterios irracionales o desproporcionados, iv) sin respetar el principio de igualdad, y v) en desmedro de los derechos sustantivos en litigio” (p.17). Este aspecto ha sido uno de los temas más importantes desarrollados a propósito del precedente. El desconocimiento del mismo implica como lo es la vinculatoriedad de las decisiones, un asunto que hay que tomarse en serio.

Por lo anterior, existe pues un reconocimiento de la jurisprudencia como una fuente de obligatorio cumplimiento. Un pronunciamiento anterior además de ofrecer alternativas para resolver un caso posterior (sobre situaciones fácticas similares), logra que se eviten decisiones judiciales desafortunadas que vulneren derechos fundamentales. “El precedente, entonces, adquiere relevancia especial por una cuestión de justicia básica: los ciudadanos no acuden a la administración de justicia para que los jueces resuelvan sus litigios con base en algún derecho recién creado por los mismos jueces, sino respetando y aplicando las reglas y el derecho establecido previamente. De allí que la igualdad aparezca concatenada con otros valores esenciales para todo sistema jurídico: la seguridad jurídica entendida como legítima”. (Blanco, 2016, p. 114). Es esa seguridad jurídica que dista de cualquier variación caprichosa que pueda generar incertidumbre en todas las esferas de la sociedad ante cambios intempestivos en la normatividad o en la interpretación de la misma, produciendo así un parte de tranquilidad a los individuos quienes tienen la expectativa que sus derechos no serán violados, pero en caso de que ocurra lo contrario, se puede hacer uso de mecanismos establecidos para la defensa de tales derechos o el resarcimiento respectivo. La sentencia SU-047/99, señala:

El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. (...)

Ante la expedición de códigos, se evidencia –muchas veces– un lenguaje lleno de ambigüedades e imprecisiones, donde un término o una frase pueden guardar diferentes significados y por consiguiente, da lugar a diversas interpretaciones de la norma. Por tal motivo, ha sido necesario que se haya dotado de una fuerza obligatoria al precedente jurisprudencial porque

brinda seguridad jurídica al realizar un análisis hermenéutico con base a lo desarrollado por la magistratura en otras sentencias que guardan relación con el texto, el articulado o la frase de determinada ley que requiere de una interpretación correcta. Ello apunta, sin lugar a dudas, a la estabilidad en la aplicación del derecho durante la vigencia de la normativa.

Bechara (2019) asevera:

El papel de la coherencia del sistema jurídico frente al uso de los precedentes en Colombia, ha sido reafirmado en los desarrollos teóricos del profesor Carlos Bernal Pulido: la atribución del carácter de precedente a las sentencias judiciales es imprescindible para garantizar 1. La coherencia del sistema jurídico –si se ha decidido en el pasado un caso de determinada manera de acuerdo con el derecho, es coherente que hoy sea obligatorio decidir del mismo modo un caso idéntico o similar–; 2. su estabilidad –la estabilidad de todo sistema jurídico exige la permanencia en el tiempo de las reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho a los casos concretos y la uniformidad de su aplicación–; y 3. El respeto del principio de igualdad –el derecho debe tratar del mismo modo a los sujetos implicados en casos idénticos o similares, anteriores, presentes y futuros. (p. 231)

Pensemos en un caso: Un juez laboral de cualquier municipio del Chocó desconoce en una situación concreta la amplia jurisprudencia de la Corte sobre mínimo vital y móvil para proteger la subsistencia económica y la vida en condiciones dignas de un antiguo trabajador, en avanzada edad y grave situación de salud. Lo que está haciendo no es una actitud autoritaria propia de hacer valer su forma de interpretar el derecho como la única solución para resolver el caso, lo que hace, en últimas, es apartarse de un conjunto de decisiones judiciales anteriores que pueden proteger las aspiraciones del involucrado. En estas situaciones ya no está en juego, exclusivamente el contexto cultural, moral y hasta psicológico de que es lo que motiva a ese juez, sino también, cuál es su deber de coherencia frente al precedente. Parra, (2020) intenta aportar algo interesante a este debate. Él propone que en la argumentación de la decisión judicial, cualquier juez, en aras de respetar lo que llama la disponibilidad de materiales jurídicos puede optar por elaborar una

argumentación jurídica que avance y no retroceda en lo establecido en pronunciamientos anteriores. El autor señala que:

(...) La argumentación jurídica cumple el rol de materializar uno de los muchos mundos posibles, especialmente, el mundo imaginado por el juez activista que emplea una estrategia para leer e interpretar el derecho de tal forma que avance o conserve su valor político. Así como los buenos abogados litigantes imaginan los mejores argumentos posibles de la contraparte para anticipar las objeciones a su propia posición e imaginar alternativas para responder a ellas, los jueces críticos idean el mejor argumento posible, dados los materiales jurídicos disponibles en contextos de plasticidad y rigidez, para que el *derecho-que-es* (los materiales jurídicos) se acerque al *derecho-que-quiero-que sea* (p. 51).

Esta reflexión académica ofrece una claridad a los problemas que pueden surgir de la aplicación al precedente: La adopción de una argumentación crítica de los jueces, especialmente, de las altas Cortes (precedente vertical) contribuirá a lo que se quiere sea el derecho. Esto encaja perfectamente en lo que Bechara (2019) manifestara en su tesis doctoral: “(...) surge precisamente a lo que denominamos “jurisprudencia jerarquizada”. Ya que en el ordenamiento normativo colombiano, a diferencia del modelo del *stare decisis* o del *case law* anglosajón, para que una decisión judicial pueda llegar a ser considerada como precedente, y constituya valor normativo como producción jurisdiccional de las normas, esta debe provenir de una corte o tribunal de cierre de una jurisdicción (...) “Solo confieren precedentes las decisiones de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, como tribunales de cierre, de las jurisdicciones constitucional, ordinaria y contencioso administrativa” (p. 232-233).

De manera que, un previo pronunciamiento de las altas cortes frente a un caso concreto dará luces a futuros casos, que se resolverán coherentemente no solo analizando el contexto social y político del momento sino un mirar hacia atrás para reconocer el derecho que se ha consignado en otras sentencias. Eso fue lo que precisamente hizo la Corte al pronunciarse en la sentencia C-

211 de 2017, que declaró la exequibilidad condicionada de los parágrafos 2º (numeral 4) y 3º del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016:

8.3.2. La Corte reafirma sus precedentes en el sentido de reiterar que las medidas previstas en la norma demandada sólo podrán imponerse por las autoridades atendiendo estrictamente al principio de legalidad, siguiendo la regla del debido proceso administrativo, con observancia plena de los principios de buena fe y confianza legítima, respetando los valores constitucionales que amparan la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho a la vida y al trabajo en condiciones dignas.

Es decir, que para encontrar una solución a la confrontación que históricamente ha surgido entre el derecho al espacio público (constitucionalmente protegido) y los derechos de los vendedores ambulantes o informales que utilizan tal espacio para realizar sus labores diarias, el Tribunal tuvo que acudir a pronunciamientos anteriores relacionados con la misma problemática, decantar la correspondiente línea jurisprudencial y fijar el precedente constitucional correspondiente. Observemos lo expuesto en la parte resolutive:

(...) que cuando se trate de personas en situaciones de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional se encuentren protegidas por el principio de confianza legítima, no se les aplicarán las medidas correccionales de multa, decomiso o destrucción, hasta tanto se les haya ofrecido por las autoridades competentes programas de reubicación o alternativas de trabajo formal, en garantía de los derechos a la dignidad humana, mínimo vital y trabajo.

De lo anterior puedo deducir que los destinatarios de esta decisión serán exonerados de las sanciones (multa, decomiso o destrucción del bien con el cual se ocupa el espacio público) previstas en la norma enunciada, siempre y cuando reúnan una serie de requisitos, los cuales fueron extraídos de otros pronunciamientos en casos similares, como por ejemplo: T-225/92 (reubicación de vendedores ambulantes pero con medidas adecuadas), T-372/93 (principio de confianza

legítima), T-578/94 (principio de la buena fe), T-438/96 (respeto por el debido proceso), SU-360/99 (protección del derecho al trabajo concatenado a la dignidad humana), T-772/03 (evitar programas proclives a la regresividad en materia de los Derechos Económicos Sociales y Culturales) y T-244/12 (vendedores ambulantes: personas en situación o estado de vulnerabilidad). Como se ha disertado en la introducción del presente trabajo, la jurisprudencia ha adoptado un valor normativo de importantes alcances, de modo que en la actualidad cualquier juez en Colombia debe acatar los precedentes en materia de decisiones judiciales, o en su lugar, apartarse de el mismo, siempre que medie una argumentación.

El verdadero uso de la línea jurisprudencial y del precedente depende de cómo se utilicen los contenidos normativos de los derechos fundamentales y del Estado Constitucional, pero no solo el contenido abstracto de los principios que enmarcan a estos derechos desde una textura abierta (Bechara, 2015, p. 63).

La discusión aquí expuesta tiene varias visiones del problema, que han sido resueltos en la actividad judicial. Hoy es más común que jueces y abogados recurran en sus escritos a mencionar y tener en cuenta las razones que adoptó un juez determinado para resolver un caso. ¿Qué ocurre cuando la ley tiene vacíos para ofrecer solución a un caso? La respuesta a esta pregunta contribuye a resaltar que por medio de la jurisprudencia actuando bajo criterios de justicia y de argumentación crítica un juez puede resolver un problema en el que la ley no ofrece alternativas. Asimismo, surge la pregunta de ¿qué ocurre cuando un juez quiere mantener en el contenido del artículo 230 y adoptar su decisión según sus razones de derecho? En la sentencia C-386 de 2001, la Corte Constitucional defendió la tesis para que, si un juez debe apartarse del precedente, está obligado a exponer las razones que fundamentan la decisión, siempre y cuando según el constitucionalista colombiano Bernal (2009) se configuren los siguientes presupuestos:

El primer supuesto consiste en que, a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente por una alta Corte “existan diferencias relevantes no consideradas en el primero y que impidan igualarlos”. || El segundo supuesto se presenta cuando la jurisprudencia que ha sido “adecuada en una

situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”. || El tercer supuesto (...) el juez “puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”. || Por último, el juez posterior puede apartarse de la jurisprudencia “por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante”. || Estos cuatro supuestos pueden ser aplicados tanto por las altas cortes como por los jueces de inferior jerarquía. (p. 163)

En consecuencia, la posibilidad de apartarse del precedente no debe ser un acto caprichoso. Los anteriores supuestos son la muestra de que, dependiendo cada caso concreto, la jurisprudencia de precedentes puede llegar a cambiar. Esto no es malo. Por el contrario, es una buena reacción al cambio social, en los que la sociedad y sus problemas van evolucionando. Una postura que defiende esta tesis la acompaña Arrázola (2015), al sostener que cuando ocurren estas situaciones, lo que hacen los jueces es no asumir “el rol de simples voceros del precedente judicial establecido por sus antecesores, generando una nociva petrificación del derecho que flaco servicio le presta al ordenamiento. (...) el derecho es por naturaleza dinámico y en manera alguna puede aspirarse a que el precedente judicial permanezca indefinidamente en el tiempo” (p. 11). Lo contenido en el artículo 230 superior ha adoptado una interpretación dinámica y, esa postura, nos parece conveniente (lectura material de la ley). Un juez no puede apearse estrictamente a la ley si puede contar con otras fuentes valiosas para dar respuestas a un caso. Aunque en Colombia, la obligatoriedad del precedente, como se ha visto, ha sido a partir de los pronunciamientos de las altas Cortes y, no así, porque exista una normatividad que lo disponga de tal manera, veamos a nivel de derecho comparado como esa fuerza vinculante en países de la región ha avanzado a tal punto, que ya cuenta con una regulación sobre la materia. Autores como Amaya (2015) señalan que:

El artículo VII título preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú (sistema dual) señala al respecto: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la fuerza de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la

sentencia. || La Ley del Tribunal Constitucional de Bolivia, en su artículo 4.1 referente a interpretación constitucional determina: “Los Tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional”. A su vez, el artículo 44, en su literal I, precisa: “Los poderes públicos están obligados al cumplimiento de las resoluciones pronunciadas por el Tribunal Constitucional. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional son obligatorios y vinculantes. (...). (p. 259)

Este análisis comparado tiene un importante aporte que vale la pena destacar. En países como Perú y Bolivia la vinculatoriedad del precedente está codificado, de tal manera que, estamos ante un asunto de especial importancia para la evolución del derecho constitucional reciente. La jurisprudencia que dictan los jueces en sus decisiones es fuente válida de derecho y revisten de importancia como la ley u otro tipo de interpretación. Por ejemplo, hasta el momento, en Colombia no existe un Código Procesal Constitucional. Si llegase a existir una reglamentación de este tipo, las reglas sobre precedente judicial fueran mucho más fáciles de abordar y se evitarían probablemente los conflictos ocasionados por los jueces desobedientes o la falta de coherencia sobre un mismo punto para resolver casos específicos. Marinoni (2012) nos ilustra con un ejemplo, cómo en el sistema brasilero de modelo federal la aplicación del precedente y su reconocimiento ha sido un ejercicio frustrante en relación con las sentencias de sus altas Cortes:

(...) Las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, no son respetadas ni en el ámbito interno de la Corte. Las Cámaras no guardan respeto por las decisiones de las Secciones y, lo que es peor, se consideran libres para decidir los casos iguales de forma desigual. Como resultado de eso, como no podría ser diferente, es la completa desatención de los jueces de primer grado de jurisdicción y de los Tribunales Estatales y Regionales Federales en relación a las decisiones tomadas por el Supremo Tribunal de Justicia. Eso configura un atentado contra la esencia del derecho y contra la efectividad del sistema jurídico. Como es obvio, al ser la seguridad jurídica un derecho fundamental y subprincipio concretizador del principio del Estado de Derecho, tales decisiones pueden ser ignoradas, admitiéndose su fácil y constante

alteración en el ámbito de la Corte y permitiéndose que los jueces de primer grado y tribunales ordinarios puedan libremente discordar de ellas o ni si quiera considerarlas. (p. 255)

Hasta ahora, una respuesta similar en nuestro contexto, al del caso peruano lo puede arrojar el contenido del artículo 243 de la Constitución Política Nacional al disponer que, “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Así las cosas, tanto en el ejercicio de control constitucional concreto y abstracto, como las decisiones de la Corte Constitucional adquieren un alcance material y jurídico que debe ser estrictamente acatado. No obstante, surge en la discusión otra visión de los problemas en la aplicación del precedente. Así, vale la pena resaltar los aportes que hace el profesor Javier Tamayo Jaramillo.

Veamos como en el caso brasilero, el profesor Marinoni ilustra con gran detalle las implicaciones a la seguridad jurídica de que jueces de inferior y similar jerarquía no acaten los pronunciamientos previos y, lo peor, se ocasione una especie de desorden institucional interno que conlleva a una dispersión en las decisiones judiciales, esto es, varios jueces que se pronuncien sobre un mismo asunto en diferentes líneas argumentativas. Una preocupación similar señala Tamayo (2011) al indicar que “pese a la importancia intrínseca que tiene la jurisprudencia en el Derecho colombiano y, en general, en el comparado (*in crescendo*), aún se evidencia cierta resistencia a su empleo sistemático, en atención a que no en pocas ocasiones el funcionario se limita a un escrutinio meramente preceptivo, más propio de una concepción exegética, de suerte que cuando se acude a la jurisprudencia, lo que no es una práctica generalizada, como debiera ser, se hace de un modo limitado, casi formal” (p. 258). Tal aspecto, es importante tenerlo en cuenta, porque si en los actuales tiempos se ha llegado a una concertación sobre las ordenes de las altas Cortes y sus implicaciones en jueces inferiores, que es mejor tener en cuenta, que desconocer, también habrá que detenerse (posición crítica) en la forma en que se debe aplicar el precedente. La coherencia no solo supone que varios jueces fallan con base a una decisión previa para evitar

dificultades y dar razones a sus decisiones (sentido de la justicia); sino que también esa elaboración argumentativa debe ser lo más organizada posible.

Lo destacable hasta ahora, es cómo la jurisprudencia se ha consolidado en una fuente normativa de importancia de modo que el debate si la ley es más importante que las sentencias judiciales está desgastado. Hay una aceptación, según la revisión documental que hasta ahora se ha consultado, que jueces en Colombia bajo su autonomía administran justicia teniendo en cuenta el precedente con el fin de no vulnerar los principios constitucionales y, en especial las garantías de los ciudadanos. Una muestra de ello, ha sido los avances que en materia legal se han venido adelantado con la ley 1395 de 2010 y la ley 1437 de 2011, esta última, que estableció la figura del mecanismo de extensión de jurisprudencia para que las autoridades administrativas, resolvieran una petición ciudadana teniendo en cuenta pronunciamientos anteriores sobre los fundamentos fácticos y jurídicos del caso por parte del Consejo de Estado. “Todo el mundo parece estar de acuerdo ahora que hay una distinción clara entre los textos y las normas. Los primeros son los insumos del proceso argumentativo y las segundas los resultados de dichos procesos. Esta distinción proveniente del positivismo genovés, que parecía hace poco años heterodoxa y difícil de entender para los logocentristas monológicos, ya ha sido ampliamente asumida como una presuposición básica de la teoría del derecho” (López, 2016, p. 200).

En suma, hasta aquí queda demostrada la importancia del precedente y su gran impacto, muy a pesar del régimen jurídico predominantemente legislado de nuestro país (*civil law*), el cual pertenece a la familia del derecho romano germánico, donde la ley (obviamente se incluye la constitución) es la principal fuente del derecho y la jurisprudencia no es más que una fuente subordinada a la ley. La influencia de la tradición americana (*Common law*) ha sido significativa hasta el punto que existe una aproximación por vía jurisprudencial a este sistema por darle al precedente una posición especial. Para el caso colombiano, ese dualismo antagónico que alguna vez existiera entre el *common law* y *civil law* queda relegado, pues, algunos autores hablan de una convergencia de los dos sistemas jurídicos clásicos dando origen a una mixtura con rasgos de ambas familias, preservando en todo tiempo la seguridad jurídica.

El precedente vertical contiene un criterio orientador pero al mismo tiempo es obligatorio, su aplicación no es opcional, es un deber para los funcionarios judiciales, tanto así que cuando se pone en evidencia la violación del precedente, se constituye en una vía de hecho y por consiguiente es susceptible de que se impetre la acción de tutela. En retrospectiva, la Sentencia T-309 de 2015 se refiere a este tema:

En cuanto a las **causales específicas de procedibilidad** de la acción de tutela contra providencias judiciales, ese mismo fallo los resumió así:

(...) h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

En ese mismo fallo se reafirmó que el desconocimiento del precedente constitucional viola los derechos a la igualdad, al debido proceso y además transgrede el principio de supremacía constitucional.

Sí, es cierto que, los jueces, en el momento de tomar decisiones en un caso concreto lo están haciendo dentro de la autonomía y en el marco del principio de la separación de poderes, pero aun así deben considerar siempre los límites formales o sustanciales concernientes al respeto por el precedente judicial, más aún cuando lo más conveniente para el conglomerado es propender por la economía procesal, porque si se acude a una acción de tutela ante el desconocimiento del precedente sin existir razones fundadas, generaría un mayor desgaste para la administración de justicia.

Pero no todo queda allí porque cuando el juez realiza su fallo sin exponer la carga argumentativa exigida por la misma jurisprudencia para fundamentar la decisión de apartarse del

precedente, conllevaría a la apertura de un proceso penal, inclusive, de manera oficiosa, por el punible de prevaricato por acción (artículo 413 de la Ley 599 de 2000):

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

La Sentencia C-335 de 2008, que declaró la exequibilidad del artículo 413 del Código Penal, aclaró que el término “ley” supera el concepto tradicional del mismo y confirmó la interpretación que la Corte Suprema de Justicia hizo en su debido momento:

En otras palabras, de conformidad con la jurisprudencia sentada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la expresión “ley”, contenida en el artículo 413 del Código Penal no ha sido entendida y aplicada únicamente como sinónimo de acto normativo expedido por el Congreso de la República. Por el contrario, el significado más empleado en la jurisprudencia de la Sala Penal al término “ley” ha sido aquel de “*norma jurídica aplicable al caso concreto*”, interpretación que es plausible y ajustada a la Constitución, como quiera que aquélla puede ser la Constitución, las normas que integran el bloque de constitucionalidad o la jurisprudencia constitucional en los términos que se explican a continuación:

Nótese que habla de “jurisprudencia constitucional”, la cual, es considerada como fuente formal y material del derecho en nuestro sistema jurídico y es precisamente de allí que procede su fuerza vinculante, característica fundamental del precedente. Es más, este carácter vinculante conduce a ubicar a la subregla contenida en el precedente en el más alto nivel del escalonamiento jurídico, desdibujando por completo el modelo romano-germano acogido inicialmente por nuestra

nación; porque, según la situación presentada en este punto, se ha adoptado algo que es propio o subsidiario del derecho anglosajón.

Armenta (2014), expresa:

Al revisar la evolución del concepto de precedente judicial en Colombia, pese a que el sistema de derecho colombiano se sitúa en uno de derecho continental, se observa que desde antes de la expedición de la Carta Política de 1991, venía tejiéndose la tesis de que la jurisprudencia no era un simple criterio auxiliar a la hora de administrar justicia, sino que constituía una fuente formal del derecho, tesis que se consolidó con los pronunciamientos de la Corte Constitucional como suprema guardiana de la Carta. Asimismo, el Alto Tribunal Constitucional también se preocupó por determinar los efectos de sus sentencias y defender la postura de que solo a ella le estaba dado indicar los efectos de sus providencias, las cuales serían por regla general vinculantes hacia futuro, pero que también podían serlo con efectos retroactivos o de inconstitucionalidad diferida. (p. 3)

En definitiva, resulta impresionante el arraigo del precedente en nuestro ordenamiento jurídico, su proyección e influencia en las decisiones que los jueces tomarán hacia el futuro, la protección inmensurable ofrecida por la Corte Constitucional y el status en que ésta lo ha llevado, hasta el punto que el precedente constitucional se configura con una sola sentencia, a diferencia de la doctrina probable proveniente de la Corte Suprema de Justicia, donde se requieren “tres decisiones uniformes” “sobre un mismo punto de derecho” para que los jueces de la jurisdicción ordinaria puedan aplicarla “en casos análogos”. Así aparece descrito en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, declarado exequible por la sentencia C- 836 de 2001.

Por otro lado, se hace necesario dedicar un espacio a los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) que son los Derechos Humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, y hablan de cuestiones tan básicas como el trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la

vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura, los cuales hacen parte integral de la Constitución Política de 1991, ubicados en el Título II, Capítulo 2°.

Tradicionalmente, la doctrina jurídica (Fischer-Lescano & Möller, 2012) ha clasificado los derechos humanos en derechos de primera, segunda y tercera generación, demostrando que no todos los derechos relacionados tienen una misma categoría, pues, existe una posición especial y privilegiada en lo que respecta a los derechos fundamentales constitucionales, que para el caso colombiano, el amparo de los mismos se puede solicitar *prima face* por vía de tutela y aplicables directamente, así como exigibles judicialmente. Mientras que en el caso de los DESC el panorama es distinto por cuanto carecen de una acción judicial expresamente consagrada en la Constitución, por un asunto meramente formal y por consiguiente necesitan de una acción positiva del Estado para lograr su realización.

Sin embargo, ha surgido una línea jurisprudencial que produjo un cambio significativo en este asunto, determinando que todos los derechos consagrados en la Constitución son fundamentales, incluyendo obviamente a los DESC. (Corte Constitucional. Sentencias T-585 de 2008, T-580 y T-016 de 2007 y T-1041 de 2006). De esta manera adquieren la calidad de tutelables, recibiendo así una protección inmediata por parte del Estado. Sin embargo, esta evolución significativa no se produjo en tiempo récord, si no que se ha materializado a través de varias etapas acordes con los pronunciamientos de la Corte Constitucional que se ha suscitado con el paso de los años, de los cuales voy a referirme de manera muy sucinta. En primer lugar, los DESC eran amparables por vía de tutela cuando se demostraba que los mismos tenían conexión o relación directa, por lo menos, con un derecho de primera generación.

La sentencia T-491 de 1992, con respecto a este tema se pronunció:

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.

Estos pronunciamientos eran repetitivos especialmente cuando una enorme cantidad de pacientes acudía a la acción de tutela por cuanto las EPS negaban servicios, procedimientos, medicamentos o tratamientos hospitalarios por estar fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS). En retrospectiva, la sentencia T-161 de 2013 hace remembranza sobre esa etapa que simplemente quedó en la historia:

Sobre la naturaleza del derecho, inicialmente, la jurisprudencia consideró que el mismo era un derecho prestacional. La fundamentalidad dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como fundamental – *tesis de la conexidad* –, y por tanto sólo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Inicialmente el derecho a la salud, como lo pudimos ver, no era considerado un derecho fundamental, pero ante la reiteración de la jurisprudencia pasa a gozar de esta categoría cuando la falta de atención de un enfermo amenazaba con poner en peligro su vida.

Puede decirse entonces, como lo señala Julio César Ortiz (2012), que en Colombia se ha dado un proceso de fundamentalización de los derechos sociales en el que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha protegido derechos sociales de rango constitucional, fundamentándose en su conexidad con los derechos fundamentales —sobre todo derechos innominados como la dignidad humana o el mínimo vital—, protegiendo a la postre de esta forma el contenido básico de algunos derechos económicos y sociales y creando un medio idóneo para el logro de la igualdad sustancial o “real y efectiva derechos”. Derechos como la salud, la seguridad social o la remuneración mínima, vital y móvil y la efectividad de otros derechos fundamentales, como las libertades civiles y políticas, dan buena muestra de ello (Carrera 2011, p 87).

Posteriormente, se presenta un giro muy singular con los DESC, teniendo en cuenta que los sujetos de protección especial y la población discriminada necesitaban una procura existencial

mínima por parte del Estado, produciéndose una situación jurídica importante con esta clase de actores. Con relación a ello, la Sentencia C-615 de 2002 expone: “(...) la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta” (sentencia C-615 de 2002 en López, J. y otros, 2009).

Por último, los DESC pasaron de ser normas programáticas a derechos subjetivos plenos, exigibles jurisdiccionalmente en cuanto el Estado implemente políticas públicas a grupos de especial protección y en ese orden de ideas, exenta de todo tipo de regresividad. En síntesis, se trata de una “transmutación”, pues, ya no estarían supeditados a condiciones jurídicas (ley) y materiales (presupuesto suficiente) para hacerlos derechos plenos.

Con relación a lo anterior, la sentencia T-585 de 2008, señala,

Como se advierte, la jurisprudencia constitucional se ha ido apartando, cada vez con mayor claridad, de los pronunciamientos iniciales que catalogaban la protección de derechos económicos, sociales y culturales en sede de tutela como algo excepcional en atención al carácter no fundamental de las prerrogativas que integran dicha categoría.

Tal constatación ha conducido a que en pronunciamientos recientes, la Corte en sus distintas Salas de Revisión haya replanteado la consideración que dio origen a la línea jurisprudencial que viene de comentarse y en consecuencia, admita el carácter fundamental de aquellas garantías catalogadas como sociales, económicas y culturales. (...)

Autores como García (2012) reafirma lo acotado expresando:

Los liberales verdaderamente comprometidos con la protección de los derechos de libertad, deben reconocer los derechos sociales como precondiciones para el ejercicio de todos los derechos. Por ello es que, en la actualidad en lugar de derechos

fundamentales y derechos sociales, se habla de derechos constitucionales fundamentales.

De manera que, la figura de la *transmutación de derechos* parte de situaciones fácticas donde el Tribunal trasciende las barreras de justiciabilidad, aplicándolos directamente en los DESC y favoreciendo así al conglomerado que ha sufrido la afectación de tales derechos que en un principio no eran tutelables.

La protección de los DESC se desarrolla en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969, es la misma Carta Magna la que establece en su artículo 53 lo siguiente: "los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna". Asimismo, el resto de los tratados de derechos humanos, incluyendo a los que guardan relación con derechos económicos, sociales y culturales, son guía de interpretación y tienen prevalencia en el derecho interno, de conformidad con el artículo 93 constitucional. "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno". Estas normas integran el denominado *bloque de constitucionalidad stricto sensu* y tienen idéntico valor, jerarquía y eficacia que las normas constitucionales.

Por consiguiente, forma parte del bloque de constitucionalidad el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en San Salvador, donde se afianza la indivisibilidad de todos los derechos humanos, incluyendo, ente otros, los siguientes: Derecho al trabajo, derecho a la seguridad social y derecho a la salud; los cuales –ostensiblemente- hacen parte de los DESC en nuestra Constitución Política. El Protocolo apuntala en el preámbulo:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra

su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros. (Secretaría Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2018)

El estudio de constitucionalidad de este protocolo adicional se llevó a cabo en la sentencia C-251 de 1997 y en ella, reafirma lo siguiente.

Como lo señala el Preámbulo, conforme a la filosofía de los convenios internacionales, los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Así lo señalan con claridad la propia Declaración Universal, los pactos internacionales y los documentos finales de las dos conferencias mundiales de derechos humanos, a saber la Declaración de Teherán de 1968 y la de Viena de 1993.

Esta misma sentencia, para demostrar que el preámbulo del Protocolo Adicional en mención coincide con los principios y valores que la orientan, se remite a otra, la T-570 de 1992, señalando:

La Carta de Derechos de la Constitución colombiana contempla en el Título II, Capítulo 2o. los llamados "Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Estos derechos implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Su razón de ser está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos, con lo cual adquieren el carácter de fundamentales.

Queda claro que las libertades políticas, si no se cortejan de un desarrollo económico y social, no tendrían la misma efectividad. Esta interdependencia implica que todos los derechos humanos están interrelacionados, concepción que está lejos de la interpretación errónea que dilucida la especificidad de cada derecho en el orden que fueron reconocidos con el paso de los años. Desde esa óptica, se demuestra que todos los derechos humanos, indistintamente a las generaciones que pertenecen, se encuentran en el mismo status.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, también ha realizado importantes pronunciamientos, consolidando así la indivisibilidad, objeto de nuestro estudio. Traigo a colación la Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 2985 172. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador:

172. Por otra parte, la Corte también considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos 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.

Resulta entonces que, sería imposible la realización plena de los derechos civiles y políticos sin el goce de los DESC, puesto que ellos se encuentran unidos por un mismo cuerpo de principios y tienen la misma importancia hasta el punto que ningún derecho humano es intrínsecamente inferior a otro que se encuentra enmarcado en una generación diferente.

Por su parte, la ONU, por intermedio del documento denominado “Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, reunidos en Masstricht del 2 al 6 de junio de 1986, con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC, expone:

1. Los derechos económicos, sociales y culturales forman parte integral del derecho internacional de derechos humanos. Estos derechos son el objeto de

obligaciones específicas contratadas en el contexto de varios instrumentos internacionales, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

2. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo, entraron en vigencia en 1976. Estos Pactos ayudan a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos instrumentos en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos

3. En vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación, promoción y protección de ambos los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Se colige entonces, que existe una interrelación férrea entre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, elevándolos al mismo nivel de importancia y exigibilidad, hasta el punto que –bajo condiciones especiales- puede exigirse su garantía ante algunos de los comités de las Naciones Unidas, tal como lo recalca el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2º:

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

Como ejemplo de lo citado, me permito dar a conocer dos decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: La primera de ellas, Sentencia del 1º de septiembre de 2015, Serie C No. 2985172, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, donde se condenó a ese Estado suramericano por no ejercer supervisión a un banco de sangre de la Cruz Roja que auspició transfusión sanguínea a un paciente, el cual quedó infectado por VIH en dicho procedimiento. La corte manifestó:

(...) el Ecuador es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicios de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida, lo cual vulnera los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de la misma.

En la segunda sentencia - agosto 31 de 2017. Serie C No. 340, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, el Alto Tribunal declaró la responsabilidad del Estado peruano en perjuicio del señor Alfredo Lagos del Campo por haber sido despedido de su puesto de trabajo injustificadamente. Asimismo, se declaró la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, a la libertad de expresión, a libertad de asociación y el derecho al acceso a la justicia. Se demostró también que hubo violación flagrante del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ubicado en el Capítulo III, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

Esta clase de decisiones que trascienden al escenario internacional son de obligatorio cumplimiento para todas las naciones signatarias del Pacto de San José de Costa Rica, hasta el punto que la Sentencia T- 653 de 2012, la cual conmina al Ministerio de Relaciones Exteriores a que se cumpla con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Caso 19 Comerciantes vs. Colombia”, recalca:

Los fallos proferidos por los tribunales internacionales de derechos humanos, en ejercicio de la función jurisdiccional que le reconocen los estados, no deben encontrar obstáculos en su cumplimiento y no deben tener oposición por parte de las autoridades encargadas de cumplirlos.

Los argumentos de derecho interno –sean estos de la índole que sean- no deben servir de pretexto para la mora en su acatamiento.

Vemos hasta aquí la extensa cobertura que reciben los DESC tanto en el plano nacional con la evolución favorable que han tenido en el trasegar constitucional, acompasado con el blindaje proporcionado por los instrumentos internacionales de los derechos humanos, ratificados por el Estado Colombiano.

Todo este andamiaje se ha convertido en el argumento por excelencia de los vendedores ambulantes que ocupan el espacio público para acudir a los estrados judiciales –vía tutela- e invocar los derechos constitucionales vulnerados en cada caso en particular, verbigracia: la dignidad humana, el mínimo vital, la igualdad, el debido proceso e ineludiblemente el derecho al trabajo (integrante de los DESC, tal como se expuso anteriormente); máxime en una sociedad donde los índices de pobreza permanecen elevados y el acceso a un empleo formalizado se torna cada vez más utópico. Surge entonces la imperiosa necesidad, por parte del Estado y en cabeza del gobierno, implementar medidas que trasciendan las competencias de las entidades territoriales (tanto municipales como distritales) en la formulación efectiva de Políticas Públicas para garantizarle a esta población vulnerable la satisfacción de ciertas necesidades y el desarrollo progresivo de la actividad económica que ejercen sin dejar a un lado el uso y goce del espacio público y el ambiente sano con que contamos. Al respecto, la Sentencia T-772/03, advierte:

- (i) por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas encaminadas a lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados, dando así cumplimiento a sus obligaciones internacionales y constitucionales de lucha contra la pobreza y progresiva satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población -en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado “cláusula de erradicación de las injusticias presentes”-; y (ii) por otra, se debe abstener de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos,

sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a generar más pobreza de la que actualmente agobia al país, y agraven la situación de exclusión o marginación de determinados sectores de la sociedad, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones económicas precarias.

Mientras que la T-386/13, añade:

Es así como en desarrollo del deber de las autoridades de luchar por la erradicación de las desigualdades sociales existentes, especialmente de aquellas que están en situación de precariedad económica, existe la obligación de diseñar y ejecutar las políticas públicas que permitan alcanzar una igualdad real y efectiva. Sin embargo, como se dijo anteriormente, éstas medidas no pueden ser regresivas ni pueden agravar más la situación de marginación de la población más vulnerable.

Las políticas públicas, en su mayoría, emergieron en forma de respuesta frente a las demandas sobre derechos económicos y sociales (derechos promocionales). Después de la segunda guerra mundial se ejecutó un sinnúmero de programas sociales y económicos que propendieron a la reconstrucción, reactivación económica y a la consagración de los DESC, bajo el auspicio total del estado y con el ánimo de forjar el bienestar de los asociados. Por ello el *Welfare State* (Estado de bienestar) es el escenario que permitió la aparición de la mayoría de políticas públicas, que hasta entonces no existían como tales (Meny y Thoenig, 1992). Así que, estos derechos promocionales son los derechos que hacen posible el acopio de otros derechos como los civiles y políticos. Resulta obvio entonces que promotores de derechos humanos fijen toda la atención sobre el campo de las políticas públicas.

En consecuencia, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico la Ley 1988 de 2019 “*Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación, implementación y evaluación de una política pública de los vendedores informales y se dictan otras disposiciones*”, cuyo contenido, específicamente en el artículo 2, expone: “La Política Pública de los vendedores

informales, constituye el conjunto de principios, lineamientos, estrategias, mecanismos, programas y proyectos, que orientarán las acciones del Estado, con el fin de disminuir el impacto negativo que trae la ejecución de las políticas públicas de recuperación del espacio público”. Esta normativa tiene sustento en instrumentos internacionales, en las disposiciones constitucionales y en los antecedentes jurisprudenciales sobre espacio público y vendedores informales, creando expectativas en favor de los mismos con apuestas socio-políticas con tendencia a comprender, proteger y satisfacer sus necesidades con la participación activa del Ministerio del Trabajo y del Ministerio del Interior, con la coadyuvancia de entidades territoriales, organizaciones de vendedores informales, entes de control y la Academia, los cuales no podrán desconocer las garantías relacionadas con el derecho al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana.

5. Construcción de la línea jurisprudencial que consolida el precedente constitucional de la sentencia C-211 de 2017

La jurisprudencia no solo ha sido importante para el derecho por su aporte dinámico a los problemas que han sido objeto de su estudio. También lo ha sido porque ha brindado la posibilidad de estudiar con detenimiento la forma en que los jueces interpretan el derecho, lo aplican y toman decisiones. Esas decisiones tienen una particularidad frente a otras disciplinas u oficios; que se traducen en decisiones que pueden transformar realidades sociales, a tal punto que tienen efectos en la vida de la gente, en su diario vivir, en la relación del individuo con el sistema jurídico.

Por medio de la presente investigación se pretende identificar esa línea de decisiones en materia judicial-constitucional que ha adoptado la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-211 de 2017. La herramienta para alcanzar tal propósito será la identificación de (i) la sentencia arquimédica, (ii) ingeniería de reversa y nicho citacional. Esta metodología de análisis dinámico pretende que establezcamos organizadamente cual es la línea jurisprudencial del tema que nos ocupa.

5.1 Sentencia Arquimédica o Punto de Apoyo

Sobre la protección que ha realizado la Corte Constitucional sobre derechos fundamentales de vendedores ambulantes debemos establecer, en primer lugar, cual ha sido la sentencia fundadora de línea o hito de la línea jurisprudencial que se planea elaborar. El objetivo es determinar cuál es esa primera sentencia en la que el máximo Tribunal abordó el referido tema. La relación de esa sentencia que hay que identificar debe guardar un patrón fáctico con el tema que estamos investigando. Para lograrlo, el punto de apoyo, en este caso, es la sentencia C-211 de 2017.

5.2 Patrón Fáctico

La sentencia C-211 de 2017, contiene un patrón fáctico que debe ser claramente identificado. En esa oportunidad, la Corte resolvió revisar algunas disposiciones del Código

Nacional de Policía porque un ciudadano presentó acción pública de inconstitucionalidad contra aquellos artículos que ordenan a esa institución imponer multa, decomiso o incluso destrucción de los bienes que emplean los vendedores informales para vender sus productos. La referida ley pasó los debates parlamentarios y fue aprobado como tal. A juicio del accionante, esa autorización que está en una ley contraviene la esencia del Estado Social de Derecho y vulnera derechos fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital de los vendedores, pero principalmente el precedente constitucional sobre ocupación del espacio público y derechos de los vendedores informales. La demanda ciudadana, alegó que, para estos casos quien es víctima de la destrucción de sus bienes por ocupar el espacio público está en una situación de vulnerabilidad, que al despojarlo desproporcionadamente de sus bienes de subsistencia se le está afectando en su dignidad.

5.3 Problema Jurídico Planteado por la Corte Constitucional

Sobre vulneración de derechos fundamentales de vendedores informales, la Corte, como veremos adelante, ha resuelto las distintas tutelas interpuestas contra autoridades que por medio del trámite de revisión constitucional, ha adoptado sentencia de tipo (t). Para el caso que nos ocupa esa revisión será distinta y más compleja. La sentencia objeto de análisis es una sentencia de constitucionalidad o tipo (c); que por su naturaleza tuvo una discusión teórica mucho más interesante y una decisión importante en el debate sobre venta informal y espacio público en Colombia. Algunos datos relevantes del fallo que se destacan preliminarmente, evidencian que el ciudadano que interpuso la demanda de inconstitucionalidad es un Congresista de la República y, coadyuvó a la demanda el Comité Distrital de Vendedores Ambulantes de la ciudad de Bogotá; la Corte defendió su postura de defensa de vendedores ambulantes frente a medidas represivas del Estado (precedente); y por medio de la aplicación del test de proporcionalidad analizó si la medida contenida en el articulado que se demandó, al declararla innecesaria, idónea o proporcional.

El problema jurídico formulado por la Corte fue el siguiente: “La Corte deberá determinar si el numeral 4 y los párrafos 2 (numeral 4) y 3 del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016, que establecen la prohibición de ocupar el espacio público en violación de las normas vigentes y prevén

sanciones pecuniarias para quien incurra en las conductas tipificadas, como también el decomiso o la destrucción de los bienes cuando se verifique que el comportamiento ha ocurrido en dos o más ocasiones; desconocen los derechos constitucionales, así como la jurisprudencia constitucional existente sobre los vendedores informales al exponerse como una medida catalogada por el accionante como desproporcionada que, además, no incluye acciones afirmativas para este sector de la población, infringiendo los principios del Estado social de derecho, la dignidad humana, la efectividad de los derechos, la participación y el orden justo, la protección especial de los sujetos vulnerables, el trabajo, el debido proceso, la confianza legítima y ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”. (sic) (El subrayado es nuestro).

La decisión adoptada por el máximo tribunal, fue la de declarar la exequibilidad de los numerales 3 y 4 del artículo 140 de la ley 1801 de 2016 bajo lo que llamamos un “entendido constitucional”. Dispuso la Corte que, cuando se trate de personas en situaciones de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional se encuentren protegidas por el principio de confianza legítima, no se les aplicarán las medidas correccionales de multa, decomiso o destrucción, hasta tanto se les haya ofrecido por las autoridades competentes programas de reubicación o alternativas de trabajo formal, en garantía de los derechos a la dignidad humana, mínimo vital y trabajo. (Corte Constitucional, 2011, p. 73). De ese modo, la Corte dictó una orden basándose en el precedente sobre la tensión entre espacio público y los derechos fundamentales de vendedores informales. Aunque no moduló los efectos de su fallo sí dejó claro que, el Congreso de la República no puede limitar los derechos de aquellas personas que por su condición socioeconómica se vean obligados a recibir represión del Estado como multas o decomisos. Algunas de estas personas han adquirido con el tiempo, por medio de permisos especiales o incluso promesas de gobernantes de turnos, la posibilidad física de estar y ubicarse en algún lugar del espacio público para poder subsistir económica y socialmente. Enfatizó que la respuesta del Estado y sus instituciones como la Policía Nacional no puede ser desconocer que este grupo especial de la población debe ser protegido en el marco de concertaciones sin que su situación se vea desmejorada. Concluyó que la medida contenida en el artículo 140 del Código de Policía es innecesaria, desproporcional y no es idónea. A continuación profundizaremos en el

conjunto de sentencias que tuvo en cuenta la anterior decisión y que el Congreso de la República, al expedir el Código Nacional de Policía desconoció.

5.4 Elaboración del Nicho Citacional a Partir de la Ingeniería de Reversa

Para lograr nuestro objetivo se utiliza la técnica adoptada en el libro El derecho de los jueces del profesor Diego E. López Medina que se ha denominado como ingeniería reversa. Este paso “consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédica”. (López, 2006, p.170). Básicamente lo que se logra es construir una línea sobre aquel conjunto de sentencias que la Corte cita en la sentencia de apoyo; que en este caso es la Sentencia C-211 de 2017. De esa manera se identifica i) la primera sentencia que la Corte adoptó sobre la materia objeto de estudio, en la que se tendrá que apreciar cual sentencia o sentencias hito constituye la mayor citación de la Corte a lo largo del tiempo; y, ii) el contenido retórico y patrón fáctico de ese grupo de sentencias que se identificaran con el patrón de la sentencia objeto de estudio. Con base a lo anterior, veamos los siguientes gráficos:

Gráfico 1

Nicho citacional N° 1

Sentencia arquimédica							
C-211 de 2017							
1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
T-225	T-372	T-091	T-133	T-438	T-398	T-550	SU-360
T-508	T-001	T-578	T-115	T-345	T-391	T-778	T-940
			T-617	T-160		SU-250	T-295

Fuente: Elaboración propia

Gráfico 2

Nicho citacional N° 2

Sentencia arquimédica							
C-211 de 2017							
2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
C-1335	C-653	C-506	T-772	T-521	C-731		
			T-1142	T-597	C-929		
			T-196		C-1189		

Fuente: Elaboración propia

Gráfico 3

Nicho citacional N° 3

Sentencia arquimédica								
C-211 de 2017								
2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
T-1098		C-980	C-372	T-264	C-156	T-204	T-334	C-316
T-028				T-407	C-157	T-231	T-607	
				T-244	C-279	T-481		
						C-083		
						C-507		
						C-880		

Fuente: Elaboración propia

Los anteriores gráficos han arrojado como resultado un amplio nicho citacional. La sentencia de apoyo hizo una citación completa de sentencias debidamente identificadas de un

número de 50 decisiones, entre sentencias de tutela, de constitucionalidad y de unificación. De ese grupo 13 son sentencias importantes que están representadas por el color amarillo. Estas sentencias que en mayoría son de tutela, resolvieron tensiones entre el derecho al trabajo de vendedores informales y la ocupación del espacio público por parte de este grupo. En estos casos, la Corte revocó las decisiones de primera instancia y señaló que, aquellas personas que tienen a cargo un puesto de venta en espacio público hacen parte de un sector de la sociedad que se le ha desprotegido y, no se le han brindado posibilidades de mejoramiento en sus condiciones de subsistencia. La vulneración de derechos fundamentales alegadas en las demandas de tutela consistieron en patrones de violencia y represión por parte de alcaldías y la policía nacional que decomisaron, desalojaron y en el peor de los casos destruyeron algunas ventas ambulantes alegando protección del espacio público. Por su parte, en color verde se identifican 4 sentencias que representan decisiones que, aunque hayan abordado problemas jurídicos sobre derechos de vendedores ambulantes se trata de asuntos que confirmaron las decisiones impugnadas. El contenido de las mismas no aportan a la línea que se ha elaborado porque no desarrollan argumentos sobre el problema jurídico que plantea la sentencia arquimédica (aporte analógico). La Corte hizo una mención a este grupo de fallos, al referirse que: La sentencia T-398 de 1997 negó la protección por ausencia de vulneración de derechos y las providencias T-160 de 1996, T-550 de 1998 y T-778 de 1998 negaron la tutela de los solicitantes, como quiera que se probó que no existían permisos o licencias que autorizaran el uso del espacio público. (sic)

Por último, las sentencias en color azul que equivalen a 33 decisiones, se trata de un grupo de fallos de contenido retórico. Las mismas, guardan poca relación con los hechos del escenario constitucional que se ha planteado. Se trata de sentencias que hacen más bien referencias a conceptos generales y abstractos sobre principios como la buena fe o la confianza legítima, pero sobre casos que nada tienen que ver con los derechos de vendedores ambulantes. De este modo, hemos podido establecer que la sentencia fundadora de la línea jurisprudencial es la sentencia T-225 de 1992. Es el primer caso que la Corte resolvió a favor de la subsistencia de un grupo de vendedores ambulantes en la ciudad de Ibagué, Tolima, a quienes las autoridades prohibieron de sus puestos de trabajo en espacio público sin ofrecer a estas alternativas o programas de reubicación.

5.5 Puntos Nodales del Nicho Citacional

Como se ha podido observar, el nicho citacional de la sentencia de apoyo es tan amplio que genera algunas dificultades (primer nivel). La primera tiene que ver con que si bien identificamos la sentencia fundadora de la línea no se ha podido establecer la sentencia hito o ese conjunto de sentencias que van a constituir un aporte de carácter argumentativo al tema sobre la limitación de las autoridades, pero en especial de la Policía, en lo que respecta a ordenar decomisos o desalojos bajo la figura de la contravención (segundo análisis). El objetivo, es encontrar esos puntos nodales de las 13 sentencias y reducir ese grupo a aquellas que tenga una relación de patrón factico similar a la de la sentencia C 211 de 2017 y que sea la que con frecuencia la Corte cita dentro de ese grupo.

Tabla 1

Puntos Nodales

	línea jurisprudencial	sentencias de la línea que se citan
1	T-372/1993	No se cita ninguna sentencia anterior
2	T-091/1994	T-225/92
3	T-578/1994	No se cita ninguna sentencia anterior
4	T-115/1995	T-225/92; T-372/93; T-578/94
5	T-617/1995	T-225/92; T-372/93
6	T-438/1996	T-225/92; T-372/93; T-617/95
7	SU-360/1999	T-225/92; T-372/93; T-091/94; T-578/94; T-115/1995; T-617/1995 y T-438/1996
8	T-940/1999	T-617/1995; SU-360/1999
9	T-772/2003	T-372/1993; SU-360/1999
10	T/521/2004	T-225/92; SU-360/1999; T-772/2003
11	T-244/2012	T-772/2003
12	T-607/2015	T-115/1995; T-617/1995; SU-360/1999; T-772/2003; T-244/2012

Fuente: Elaboración propia

De los datos incorporados en la tabla se aclara que la sentencia T-225/1992 no se incluye por haber sido objeto del examen y resultado del primer nivel análisis. Es la primera sentencia de la línea que no tiene precedentes ni citas de decisiones anteriores por tratarse de una decisión que hace parte de la primera generación de magistrados de la Corte Constitucional (periodo de creación judicial iniciante).

5.6 Sub-reglas Jurisprudenciales de las Sentencias Hitos

De las sentencias que componen la línea, de las 13 importantes, en el segundo nivel de análisis, solo tres han sido citadas reiterativamente en decisiones subsiguientes. Las sentencias más citadas, después de la sentencia fundadora han sido: T-372 de 1993, SU-360 de 1999 y la T-772 de 2003. Por ser las más destacadas dentro de la línea las consideraremos sentencias hitos. El resto de sentencias, como por ejemplo, T-091 de 1994 y T 578 de 1994 fueron escasamente citadas y quedan junto con el resto en el grupo de las sentencias retóricas. Con base a las sentencias destacadas veamos como la Corte adopta sub-reglas jurisprudenciales en cada caso:

Tabla 2

Sub-reglas de la sentencia fundadora

Sentencia	T-225 de 1992
Magistrado Ponente	Jaime Sanín Greiffenstein, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz.
Sub-reglas	(i) La Corte establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza de la especial protección del Estado y, además, es uno de los bienes que para todos pretende conseguir la organización política.

	<p>(ii) Sin embargo, de otro lado está el interés general en el espacio público que está igualmente en la mente de la Constitución, pues los bienes de uso público figuran, entre otros, en una categoría de tratamiento especial, ya que son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 63, C.N.).</p> <p>(iii) Del libre ejercicio del derecho fundamental al trabajo depende la subsistencia de las familias de los vendedores ambulantes. Sin embargo, su ocupación del espacio público no está legitimada por la Constitución. Se impone por lo tanto establecer una pauta de coexistencia entre los derechos e intereses en conflicto, que resulte proporcional y armoniosa en relación con los valores y principios consagrados en la Constitución y que permita al Estado dar cumplimiento a la obligación a su cargo de "velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común" (CP art. 82), así como de "propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar" (CP art. 54).</p> <p>Lo anterior supone, en consecuencia, que cuando una autoridad local se proponga recuperar el espacio público ocupado por vendedores ambulantes titulares de licencias o autorizaciones concedidas por el propio Estado, deberá diseñar y ejecutar un adecuado y razonable plan de reubicación de dichos vendedores ambulantes de manera que se concilien en la práctica los intereses en pugna.</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

Tabla 3

Sub-regla primera sentencia destacada

Sentencia	T-372 de 1993
Magistrado Ponente	Jorge Arango Mejía
Subreglas	<p>(i) El conflicto entre el deber del Estado de recuperar y proteger el espacio público y el derecho al trabajo, ha sido resuelto en favor del primero de éstos, por el interés general en que se fundamenta. Pero se ha reconocido, igualmente, que el Estado en las políticas de recuperación de dicho espacio, debe poner en ejecución mecanismos para que las personas que se vean perjudicadas con ellas puedan reubicar sus sitios de trabajo en otros lugares.</p> <p>(ii) la prevalencia de la obligación del Estado de recuperar el espacio público sobre intereses particulares, no lo exonera del deber de diseñar políticas tendientes a proteger el trabajo de quienes resulten afectados con tales decisiones. Políticas que deben ser eficaces y oportunas.</p> <p>(iii) Las autoridades tendrán que hacer lo que esté a su alcance para lograr ubicar a los vendedores a quienes con anterioridad se le había permitido ocupar parte del espacio público, en sitios donde puedan desarrollar su actividad de manera permanente, sin el temor a ser desalojados, donde puedan ofrecer sus mercancías con las mínimas garantías de higiene y seguridad y donde no causen perjuicios a la comunidad en general</p>

Fuente: Elaboración propia

Tabla 4

Sub-regla de la segunda sentencia destacada

Sentencia	SU-360 de 1999
Magistrado Ponente	Alejandro Martínez Caballero
Subreglas	<p>(i) las autoridades no pueden apuntar a un solo objetivo de carácter policivo en el momento en que se deciden a cambiar las condiciones que han generado ellas mismas, para el ejercicio de una actividad o para la ocupación de zonas de uso público, porque ellas son, por mandato constitucional, también las responsables de las alternativas que en este sentido se puedan desplegar para darle solución a los problemas sociales de sus propias localidades.</p> <p>(ii) la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades, aplicando el principio de confianza legítima como mecanismo para conciliar, de un lado el interés general que se concreta en el deber de la administración de conservar y preservar el espacio público y, de otro lado, los derechos al trabajo e igualdad de las personas que ejercen el comercio informal.</p> <p>(ii) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional</p> <p>(iv) El desalojo de trabajadores informales con el cual termina el procedimiento policivo tiene que ir acompañado de algunas</p>

	medidas en favor de aquellos, si están amparados por la confianza legítima.
--	---

Fuente: Elaboración propia

Tabla 5

Sub-regla de la tercera sentencia destacada

Sentencia	T-772 de 2003
Magistrado Ponente	Manuel José Cepeda Espinosa
Subreglas	<p>(i) La Corte adopta un enfoque progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales para aquellas personas en situación de vulnerabilidad como los vendedores ambulantes.</p> <p>(ii) En el caso de operativos policivos para recuperar el espacio público, ha establecido la Corte que las autoridades deben evaluar cuidadosamente el contexto real en el cual habrán de surtir efectos sus políticas, programas y medidas, así como la incidencia que tendrán sus decisiones sobre el goce efectivo de los derechos fundamentales, ya que de no hacerlo, sus decisiones pueden resultar abiertamente lesivas de los primados constitucionales de mayor trascendencia para la protección de los derechos de las personas</p> <p>(iii) conforme con los mandatos de la Carta Política, las medidas policivas destinadas a recuperar el espacio público, desalojar a sus ocupantes y decomisar sus bienes, se deben adelantar con plena observancia del debido proceso, conforme al artículo 29 constitucional.</p>

Fuente: Elaboración propia

Las anteriores subreglas jurisprudenciales arrojan interesantes resultados que vale la pena examinar. Uno de ellos tiene que ver con la evolución que la Corte tuvo, al transcurrir de los años respecto a la tensión entre el espacio público y la venta informal. Esa tensión que no ha sido fácil de resolver por las enormes implicaciones de interpretación de decretos de alcaldías y procedimientos policivos y, la razonabilidad de las medidas ha dado respuestas a ciudadanos desamparados en tres escenarios constitucionales diferentes. Aunque el patrón fáctico de la sentencia C- 211 de 2011 sea la revisión del texto de una ley, la temática que allí se ha resuelto coincide con las anteriores sentencias hitos, que de una u otra forma, han ordenado vía sentencias de tutela exigirle a las autoridades que sus procedimientos no solo deben reñirse a la Constitución sino a la jurisprudencia que ha desarrollado la defensa de vendedores que ocupan informalmente el espacio público. En ese orden de ideas, la Corte adopta las siguientes subreglas jurisprudenciales sobre ocupación del espacio público por vendedores informales:

- (i) Las personas que demuestren haber estado durante un tiempo o se les haya prometido beneficios de planes o licencias para vender en el espacio público están cobijados por el principio de la confianza legítima.
- (ii) Los vendedores informales no ocupan al espacio público para afectar los derechos de otras personas o perturbar la tranquilidad y honra del resto de la población sino que ocupan el espacio como medio de subsistencia sin que el Estado pueda ofrecer alternativas a corto y mediano plazo de formalización de su forma de trabajo.
- (iii) Por medio de la jurisprudencia constitucional que va desde 1992 hasta el 2017, la Corte ha protegido a los vendedores informales como sujetos de especial protección dada su situación de vulnerabilidad. El enfoque de esa protección tuvo un destacado pronunciamiento en la Sentencia SU 360 de 1999 que desarrolla la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales a favor de esta población.
- (iv) Cualquier tipo de medida administrativa tiene límites en la Constitución. Un desalojo o decomiso por parte de instituciones como la Policía Nacional debe respetar la buena fe, la confianza legítima y el debido proceso, pero sobre todo los derechos fundamentales a la dignidad, mínimo vital, igualdad y trabajo de vendedores ambulantes. Su desconocimiento sería una clara violación al precedente constitucional

sobre la materia y, en consecuencia, cualquier vulneración de derechos fundamentales puede ser protegida por cualquier juez mediante la acción de tutela.

6. Metodología

El tipo de investigación a emplear, será de tipo jurídico-descriptivo. Se enfocará en hacer una revisión y análisis de la sentencia C-211 de 2017 que consolida el denominado precedente constitucional sobre la situación constitucional de los vendedores ambulantes en relación con el uso del espacio público en Colombia. El propósito principal es identificar la incidencia o los alcances de los fallos que han sido recogidos en esta sentencia y que han servido al reconocimiento de derechos fundamentales de vendedores informales, de una forma referencial para identificar el llamado nicho citacional. El análisis global será únicamente sobre la sentencia en mención.

El enfoque será cualitativo dado que, consistirá en la revisión de la Sentencia C-211 de 2017. La recolección de la información a partir de esa revisión se hará bajo la metodología propuesta por el jurista colombiano Diego Eduardo López Medina, a la que ha denominado *línea jurisprudencial*. Este modelo permitirá principalmente dos cuestiones: La primera, busca analizar los escenarios en que la Corte Constitucional ha abordado casos sobre el debate: venta informal y ocupación de espacio público, pero particularmente establecer que tanto ha variado (para bien o para mal) los distintos pronunciamientos en diferentes periodos de tiempo. Lo segundo, identificar el patrón constitucional que ha incorporado la Corte en esa línea por medio de las herramientas de sentencia arquimédica y nicho citacional a partir de la ingeniera reversa.

6.1 Descripción de las Fuentes

Está investigación empleara el recurso de las fuentes secundarias, que consistirán en el análisis e interpretación de sentencias judiciales.

Las bases de datos a utilizar serán Scielo, Redalyc, Dialnet y demás portales web cuyas bases de datos registren el contenido de publicaciones académicas y científicas de alto rigor.

A nivel de aportes teóricos sobre la función judicial y el rol de la Corte Constitucional en la consolidación de una línea jurisprudencial, veremos los teóricos del derecho, como el jurista Diego López Medina, entre otros.

7. Conclusiones

El espacio público es un derecho colectivo cuyo uso común y goce adecuado se encuentra protegido por el Estado, el cual debe propender por la protección y conservación del mismo, atendiendo claros imperativos constitucionales y legales, bajo el presupuesto que el interés general prima sobre el particular. Por tal motivo existen políticas públicas de protección y recuperación del espacio público, las cuales, en principio han sustentado su accionar con medidas coercitivas, represivas y excluyentes. Sin embargo, la obligación estatal de proteger el espacio público, de acuerdo a la jurisprudencia, no es absoluta, especialmente cuando entra en confrontación con los derechos fundamentales de los vendedores ambulantes o informales, tales como: la dignidad humana, el mínimo vital, el derecho al trabajo y el debido proceso o cuando entra en confrontación con el principio constitucional de la confianza legítima.

La Corte Constitucional se ha convertido en el actor principal de la confrontación enunciada en el ítem anterior porque logró condicionar la jurisprudencia en defensa de los derechos de los vendedores ambulantes y por otra parte, impuso límites tanto a la función como a la actividad de policía, quienes podrán iniciar el desalojo de los ocupantes del espacio público teniendo en cuenta –previsiblemente- lo ordenado en la sentencia C-211 de 2017, confirmando así el precedente constitucional que ofrece garantías para esta población, el cual extenderá sus efectos a comunidades que, en la posteridad, se verán afectadas en casos similares de hecho y de derecho.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte compilada en la sentencia C-211 de 2017, se puede colegir que el principio de confianza legítima fue invocado desde un comienzo como mecanismo efectivo para conciliar intereses en pugna. La administración (distrital o municipal) debe asumir su responsabilidad en los siguientes casos: i) Si se han expedido u otorgado licencias y permisos (T-160/96, T-550/98, T-778/98). ii) Si se ha permitido el uso del espacio público de manera tácita (T-396/97, T-438/96). iii) Si la administración ha incumplido promesas pactadas con los ocupantes (T-617/95). Ante este escenario planteado, las entidades territoriales deben articular políticas públicas en favor de vendedores ambulantes donde ellos puedan seguir laborando en

condiciones dignas, teniendo en cuenta que éste es el único medio lícito de subsistencia con el que cuentan.

El reconocimiento iusfundamental concedido por la Corte Constitucional a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) junto con pronunciamientos de instrumentos internacionales (PIDESC, Pacto de San José de Costa Rica, entre otros) que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han ejercido una influencia muy poderosa en el mundo jurídico por cuanto lograron el ensanchamiento del universo de los derechos protegidos por la acción de tutela, hasta el punto que vendedores ambulantes han sido los más beneficiados. Esto se ha visto reflejado en Sentencias como: T-372/93, T-091/94, SU 360/99, T-521/04, donde la Corte ha tutelado, entre otros, el derecho al trabajo pero en el marco de la dignidad humana: “Al derecho al trabajo se le reconoce la iusfundamentalidad, pero ha sido prudente a la forma de protegerlo mediante tutela. La dignidad es el sostén, objetivo e iluminación de las diversas facetas del derecho al trabajo” (SU 360/99).

Así como existen políticas públicas de recuperación del espacio público que, primigeniamente, acudían al desalojo como el máximo instrumento para lograr sus objetivos, existe también una política pública de vendedores informales, la cual se encuentra estructurada en la Ley 1988 de 2019. Este gran logro fue posible gracias a las reiteraciones hechas por el Tribunal (sentencias: T-772/03, T-386/13 y C-211/17) en las cuales se insta en el diseño y ejecución de tales políticas, dando paso a un abanico de posibilidades para que la satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales sea tangible.

La constitución política de 1991 establece en su artículo 230 a la jurisprudencia como fuente auxiliar de derecho. Sin embargo su interpretación ha sido abordada de manera distinta. La práctica es que los jueces y magistrados de altas Cortes han acudido a las sentencias judiciales previas para resolver casos concretos. Ha sido como se ha visto, un ejercicio de argumentación para decidir cómo debe ser el derecho para establecer coherencia en el sistema jurídico y estabilidad en las decisiones judiciales.

La sentencia C-211 de 2017, constituye en materia de ocupación del espacio público por parte de vendedores ambulantes un fallo que tuvo en cuenta el precedente constitucional construido por la Corte Constitucional. Por medio de la metodología de análisis jurisprudencial adoptado por el profesor Diego Eduardo López Medina se logró establecer que ese Tribunal nunca se apartó del precedente constitucional que ha defendido por un extenso periodo de tiempo los derechos de vendedores ambulantes en diferentes momentos.

Referencias bibliográficas

- Adarme, D. (2012). *Evolución de la jurisprudencia constitucional económica de 1992 a 2008*. Colección de Estudios Breves. Editorial Ibáñez.
- Amaya, J. (2015). La doctrina del precedente constitucional. Una propuesta institucional para el sistema argentino. En D. López Escobar (Ed.), *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. Universidad de Medellín.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2004). El valor de la coherencia y el precedente constitucional. En Zuluaga, R. (Ed.), *Interpretar y Argumentar. Nuevas perspectivas para el derecho*. Editorial Universidad Pontificia Javeriana.
- Arango, R. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Editorial Legis.
- Armenta, M. K. (2014). *Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia. Diálogos de Derecho y Política*. <https://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/19903/16840>.
- Arrázola, F. (2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*. (34).
- Bechara, A. (2015). Análisis del precedente judicial y sentencia de unificación jurisprudencial en la ley 1437 de 2011: del precedente constitucional al precedente contencioso

- administrativo. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*. Vol. 10. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2015v10n1.869>
- Bechara, A. (2017). Jurisprudencia de principios e interpretación de la Constitución: el escenario de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Justicia*. (32). <https://doi.org/10.17081/just.23.31.2903>
- Bechara, A. (2019). *La carga invertida de los derechos fundamentales: el estado constitucional como principios y como garantías, diálogos entre los modelos de interpretación colombiano, español e italiano*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=275020>.
- Bechara, A. y Caballero, J. (2021). *La justificación del Derecho, teorías reconocidas en los sistemas jurídicos actuales*. Editorial CECAR. <https://libros.cecar.edu.co/index.php/CECAR/catalog/view/125/180/2684-1>.
- Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*. (21). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493/471>
- Bernal, C. (2009). *El neo constitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Blanco, D. (2016) Sobre el precedente judicial y su obligatoriedad. Una revisión de la jurisprudencia reciente. *Revista Misión Jurídica* 9 (10).
- Cajas, M.A. (2013). La Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista Historia Constitucional*. (14).
- Carrera, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de puebla*. Año V. (27) IUS. <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/80/429>.

Carvajal, B. (2005). *El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Cepeda, M. (2007). *Polémicas constitucionales*. Editorial Legis.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". 22 de noviembre de 1969. Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955.

Fischer-Lescano, A., & Möller, K. (2012). *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte*. Editorial Verlag KlausWagenbach.

García J., L. (2012). *Aproximación a la discusión sobre justicia constitucional y políticas públicas: A propósito del estado de cosas inconstitucionales*. En Hernández C.A. & Varón, N. (eds.) Filosofía Política. Universidad Libre.

Henrik S. (2011). *Módulo de formación judicial. constitucionalización del derecho*. Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado. Traducción de Eduardo García Máynez. Un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo*. UNAM.

Ley 1801 de 2016. 29 de julio de 2016. Por la cual se expide el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana. DOI. No. 49949.

Ley 1988 de 2019. 2 de agosto de 2019. Por la cual se establecen los lineamientos para la formulación, implementación y evaluación de una política pública de los vendedores informales y se dictan otras disposiciones. DOI. No. 51.033.

López, D. E. (2016). *Eslabones del Derecho*. Editorial Legis y Universidad de los Andes.

López, D. E. (2019). *El derecho de los jueces*. Editorial Legis.

López, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Revista Cuestiones Constitucionales*. (24).

Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Masstricht, 6 de junio de 1986.

Marinoni, L.G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. *Revista Ius et Praxis* 18 (1). Universidad de Talca.

Mèny, Y. & Thoenig, J. C. (1992). *Las Políticas Públicas*. Editorial Ariel, 1992. ISBN 84-344-1684-0.

Ortiz, J.C. (2006). *Los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional de Colombia. Una aproximación a la jurisprudencia de la corte constitucional*, libro PDF en *Derecho constitucional para el siglo XXI*. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Aranzadi.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Protocolo Facultativo. Aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Parra, N. (2020). *Argumentar y persuadir. Subir las escaleras de la argumentación jurídica al derecho y al revés*. Grupo Editorial Legis.

Quinche, M, F. (2017). *El precedente judicial y sus reglas*. Editorial Universidad del Rosario.
Sentencia T-225. (1992, 17 de junio). Corte Constitucional. (Jaime Sanín Greiffestein, M.P.).

Sentencia T-491. (1992, 13 de agosto). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.)

Sentencia T-570. (1992, 26 de octubre). Corte Constitucional. (Jaime Sanín Greiffestein, M.P.)

Sentencia T-372. (1993, 3 de septiembre). Corte Constitucional. (Jorge Arango Mejía, M.P.)

Sentencia T-091. (1994, 3 de marzo). Corte Constitucional. (Hernando Herrera Vergara, M.P.)

Sentencia T-578. (1994, 14 de diciembre). Corte Constitucional. (José G. Hernández, M.P.)

Sentencia T-115. (1995, 16 de marzo). Corte Constitucional. (José Gregorio Hernández, M.P.)

Sentencia T-438. (1996, 17 de septiembre). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez, M.P.)

Sentencia T-393. (1997, 19 de agosto). Corte Constitucional. (José Gregorio Hernández, M.P.)

Sentencia T-772. (2003, 4 de septiembre). Corte Constitucional. (Manuel José Cepeda, M.P.)

Sentencia T-1041. (2006, 5 de diciembre). Corte Constitucional. (Humberto A. Sierra, M.P.)

Sentencia T-016. (2007, 22 de enero). Corte Constitucional. (Humberto A. Sierra, M.P.)

Sentencia T-580. (2007, 30 de julio). Corte Constitucional. (Humberto A. Sierra, M.P.)

Sentencia T-028. (2008, 23 de enero). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil, M.P.)

Sentencia T-585. (2008, 12 de junio). Corte Constitucional. (Humberto A. Sierra, M.P.)

Sentencia T-653. (2012, 23 de agosto). Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio, M.P.)

Sentencia T-161. (2013, 22 de marzo). Corte Constitucional. (Jorge I. Pretelt Chaljub, M.P.)

Sentencia T-386. (2013, 28 de junio). Corte Constitucional. (María Victoria Calle, M.P.)

Sentencia T-309. (2015, 22 de mayo). Corte Constitucional. (Jorge I. Pretelt Chaljub, M.P.)

Sentencia SU-047. (1999, 29 de enero). Corte Constitucional. (Carlos Gaviria, M.P.)

Sentencia SU-360. (1999, 19 de mayo). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez, M.P.)

Sentencia SU-120. (2003, 13 de febrero). Corte Constitucional. (Álvaro Tafur Galvis, M.P.)

Sentencia C-131. (1993, 1 de abril). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez, M.P.)

Sentencia C-486. (1993, 28 de octubre). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes, M.P.)

Sentencia C-1335. (2000, 4 de octubre). Corte Constitucional. (Carlos Gaviria, M.P.)

Sentencia C-836. (2001, 9 de agosto). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil, M.P.)

Sentencia C-615. (2002, 8 de agosto). Corte Constitucional. (Marco Monroy Cabra, M.P.)

Sentencia C-1230. (2005, 29 de noviembre). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar Gil, M.P.)

Sentencia C-335. (2008, 16 de abril). Corte Constitucional. (Humberto A. Sierra, M.P.)

Sentencia C-980. (2010, 1 de diciembre). Corte Constitucional. (Gabriel Mendoza Martelo, M.P.)

Sentencia C-539. (2011, 6 de julio). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas, M.P.)

Sentencia C-892. (2012, 31 de octubre). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas, M.P.)

Sentencia C-156. (2013, 20 de marzo). Corte Constitucional. (Luis Ernesto Vargas, M.P.)

Sentencia C-157. (2013, 12 de julio). Corte Constitucional. (Mauricio González Cuervo, M.P.)

Sentencia C-279. (2013, 15 de mayo). Corte Constitucional. (Jorge I. Pretelt Chaljub, M.P.)

Sentencia C-083. (2014, 12 de febrero). Corte Constitucional. (María Victoria Calle, M.P.)

Sentencia C-507. (2014, 16 de julio). Corte Constitucional. (Mauricio González Cuervo, M.P.)

Sentencia C-880. (2014, 19 de noviembre). Corte Constitucional. (Gloria Stella Ortiz, M.P.)

Sentencia C-284. (2015, 13 de mayo). Corte Constitucional. (Mauricio González Cuervo, M.P.)

Sentencia C-316. (2016, 20 de junio). Corte Constitucional. (Luis Guillermo Guerrero, M.P.)

Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 2985 172. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador.

Sentencia del 31 de agosto de 2017. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Serie C No. 340. Caso Lagos Vs. Perú.

Tamayo, J. (2011). *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Editorial Ibáñez.

Upegui, J.C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia.

Valencia, V. (2010). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Panamericana Editorial.