

**JUSTICIA Y DERECHO APLICABLE POR PARTE DEL ESTADO
COLOMBIANO FRENTE A LOS VENDEDORES AMBULANTES**

SILVIA MENESES ESPINOSA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFIA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFIA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

**JUSTICIA Y DERECHO APLICABLE POR PARTE DEL ESTADO
COLOMBIANO FRENTE A LOS VENDEDORES AMBULANTES**

SILVIA MENESES ESPINOSA

**Monografía de grado como requisito para optar el título de:
Especialista en Filosofía del Derecho**

**Director:
ALONSO SILVA ROJAS**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE FILOSOFIA
ESPECIALIZACION EN FILOSOFIA DEL DERECHO
BUCARAMANGA
2008**

CONTENIDO

	pág.
1. OBJETIVOS	1
1.1 OBJETIVOS GENERALES	1
1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	1
2. DERECHO	2
2.1 OTRAS ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO	3
2.2 JUSTICIA Y EQUIDAD	3
3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN, ENFASIS EN LOS DE SEGUNDA GENERACIÓN	7
3.1 LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS CONOCIDOS TAMBIÉN COMO DERECHOS CLÁSICOS O DE PRIMERA GENERACIÓN	7
3.2 DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES	8
3.3 DERECHOS COLECTIVOS O DERECHOS DE LOS PUEBLOS	9
4. DERECHO DE LA CIUDADANIA AL ESPACIO PÚBLICO	11
4.1 LOS ASPECTOS FÍSICOS DEL ESPACIO PÚBLICO (RELACIONADOS CON EL USO PÚBLICO)	11
4.2 LOS ASPECTOS FÍSICOS DEL ESPACIO PÚBLICO (RELACIONADOS CON EL USO PRIVADO)	12
4.3 ESTRUCTURA DEL ESPACIO PÚBLICO	12
4.4 IDONEIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO	12
5. ANALISIS DE LAS POLITICAS PUBLICAS DESDE QUE SE EMPEZÓ A TRATAR EL ASUNTO	14
6. LINEA JURISPRUDENCIAL ADOPTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEMA	16
6.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA PRÁCTICO FRENTE A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL	16

6.2 DEL CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL	17
6.3 ACTUACIONES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA RESPECTO AL ESPACIO PÚBLICO	26
6.4 COMPORTAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE A LA OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO POR VENDEDORES INFORMALES	29
7. PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA	33
8. ¿CUÁL HA SIDO LA TRADICIONAL MEDIDA QUE LA JURISPRUDENCIA HA ACOGIDO PARA LOS VENDEDORES AMBULANTES AMPARADOS POR LA CONFIANZA LEGÍTIMA?	36
8.1 ¿CUÁL ES ESTE ALCANCE DE LA RAZONABILIDAD DE QUE HABLA LA JURISPRUDENCIA?	36
9. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO AL EMPLEO	38
10. LA DIGNIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL COMO HERRAMIENTAS JURÍDICAS QUE ENTRELAZAN EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO AL EMPLEO	42
11. LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL EN EL TEMA DEL DESEMPLEO UNIDO AL DERECHO AL TRABAJO	44
12. LOS GOBIERNOS MUNICIPALES TAMBIÉN PUEDEN PRESENTAR SOLUCIONES AL DESEMPLEO	47
CONCLUSION	50
BIBLIOGRAFIA	52

RESUMEN

TITULO:

JUSTICIA Y DERECHO APLICABLE POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO FRENTE A LOS VENDEDORES AMBULANTES*.

AUTOR:

MENESES ESPINOSA, Silvia**

PALABRAS CLAVES:

Desigualdad, Derecho al trabajo, Espacio público, Tensión entre derechos fundamentales.

DESCRIPCION:

Con ocasión de la vigencia de la Constitución de 1991 y la puesta en marcha del Estado Social de Derecho se han incluido en la Carta Fundamental una serie de derechos fundamentales que frente al tratamiento de una situación determinada entran en tensión en razón a que solo bajo la aplicación de uno de ellos es viable dar solución adecuada a ella.

No es posible perder de vista la relación armoniosa que debe existir entre la justicia y el derecho frente a la situación adecuada por parte del Estado en Colombia a un determinado problema social concreto, como en el caso de los vendedores ambulantes.

La Corte Constitucional en ocasiones se ha pronunciado en sede de tutela sobre el mismo. Dichos fallos se han cumplido en algunos casos, en otros aún no. Pero la realidad es que en Colombia la presencia de vendedores ambulantes es un hecho que debe ser regulado por el Estado con base en el Derecho, la equidad, la justicia, las leyes, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional a fin de que una vez se estudie la situación a fondo se proceda a elaborar y a ejecutar una solución adecuada tanto para los vendedores ambulantes como para la comunidad en general y por supuesto para el Estado.

El marco teórico de la presente investigación lo es el concepto de justicia, equidad y derecho que existen y la relación que debe existir entre ellos, los pronunciamientos de la Corte Constitucional con ocasión de las tutelas instauradas contra las Alcaldías u otras personas jurídicas con ocasión de la presencia de vendedores ambulantes invadiendo el espacio público.

En síntesis cabe preguntarse cuál es la política del Estado Colombiano en la actualidad respecto de los vendedores ambulantes.

* Monografía

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Filosofía. Especialización en Filosofía del Derecho. Director: Alonso Silva Rojas.

SUMMARY

TITLE: JUSTICE AND RIGHT APPLICABLE ON THE PART OF THE COLOMBIAN STATE FRONT TO THE TRAVELING SALESMEN **

AUTHOR:
MENESES ESPINOSA, Silvia **

KEY WORDS:
Inequality, Right to the work, space I publish, tension between fundamental rights, description.

DESCRIPTION:
With occasion of the use of the Constitution of 1991 and the beginning of the Social State of Right they are had including in the Constitution a series of fundamental rights that as opposed to the treatment of a certain situation they enter tensión in reason to that single under the application of one of them is viable to give adapted solution her.

It is not possible to lose of Vista the harmonious relation that must as opposed to exist between justice and the right the situation adapted on the part of the State in Colombia to a certain concrete social problem, as in the case of the traveling salesmen.

The Constitutional Court sometimes it has been pronounced in trusteeship seat on he himself. These failures have been fulfilled in some cases, in others not yet. But the reality is that in Colombia the presence of traveling salesmen is a fact that must be regulated by the State with base in the Right, the fairness, justice, the laws, the the fundamental rights consecrated in the National Constitution in order that once the thorough situation studies is come to elaborárate and to as much execute a suitable solution for the traveling salesmen as for the community in general and by all means for the State.

The theoretical frame of the present investigation is it the concept of justice, fairness and right that exist and the relation that must exist among them, the uprisings of the Constitutional Court with occasion of the trusteeships restored against the legal Mayor ships or other people with occasion of the presence of traveling salesmen invading the public space.

* Monograph

** Faculty of Humanities. School of Philosophy. Specialization in philosophy of law. Director : Alonso Silva Rojas.

1. OBJETIVOS

1.1 OBJETIVOS GENERALES

Determinar cuál es el tratamiento que en Colombia se da a los vendedores ambulantes y si este se ajusta a los principios de derecho, justicia y equidad.

1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Reconstruir el concepto de derecho, justicia y equidad.
- Reconstruir el concepto de derechos fundamentales de primera, segunda y tercera generación haciendo énfasis en la segunda generación
- Reconstruir el concepto de derecho de la ciudadanía a un espacio público.
- Analizar las políticas públicas del Estado de Derecho Colombiano desde que se empezó a tratar el asunto.
- Determinar la línea jurisprudencial que ha adoptado la Corte Constitucional en tal aspecto.
- Elaborar una conclusión en torno a la aplicación de la aplicación de los campos de justicia, derecho e igualdad en relación con el problema de los vendedores ambulantes.

2. DERECHO

Es el sistema racional de normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica.

El derecho es un producto social, muchas normas son naturales y muchas creadas.

El derecho es un sistema natural, porque en un ordenamiento de diversas normas, construido por la razón, no una norma aislada que sería ley cuando se dirige a todos los súbditos o se llama decreto cuando, dirigiéndose a todos los súbditos, particulariza en particular.

El derecho es norma de conducta, o sea, que expresa un deber ser que debe realizar el hombre. Las normas de conducta descansan sobre el presupuesto de la libertad. Sólo se obliga la persona a cierta conducta en cuanto es posible realizar la conducta contraria.

Las normas sociales, unas bilaterales, otras originadas del hecho social y otras dirigidas al bien común de la sociedad.

Las bilaterales son las establecidas entre dos o más personas como una interrelación de deberes y derechos correlativos, pero no se habla de origen y fin de esas relaciones.

Las que brotan del hecho social se producen cuando la norma social indica que la correlación de derechos y deberes debe su existencia a un hecho social.

Las que se dirigen al bien común de la sociedad, así lo hacen cuando las normas de derecho deben estar dirigidas al mejor ordenamiento de la sociedad de acuerdo al bien común.

2.1 OTRAS ACEPCIONES DE LA PALABRA DERECHO

- Vivir honestamente, no hacer daño a otros y dar a cada cual lo suyo.
- Arte de lo bueno y equitativo.

2.2 JUSTICIA Y EQUIDAD

Aristóteles también reflexionó sobre la relación existente entre *justitia* y *aequitas*. Afirmó que la equidad se ha caracterizado de manera predominante como la justicia del caso concreto.

El problema radica en cómo se puede, en suma, conducir la equidad hacia una confrontación con la justicia, allí donde la justicia es, con todo, el más alto valor jurídico o es que finalmente no lo es ?

Justicia en sentido estricto: principio de igualdad.

Aristóteles conocía dicho dilema. Pensaba, por una parte, que la equidad es mejor que el derecho legislado, pero no lo es en el sentido de pertenecer a un género diferente. Ahora los pasajes decisivos literalmente: La dificultad se origina en que la equidad es, en efecto, un derecho, más no en cuanto derecho legislado, sino una corrección del mismo. La causa de esta dificultad es que la ley es siempre general y sobre algunos objetos no es posible emitir disposiciones correctas por medio de normas. En todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo del todo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que se disimulen los

vacíos que deja. Este procedimiento no es incorrecto. Pues el error no reside en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa. Por consiguiente, cuando la ley dispone en forma general, pero sucede un caso in concreto, no dejó de considerar este caso y, hablando en general, cometió un error, se procede correctamente cuando su falta se corrige, tal como lo haría el legislador mismo si tuviese el caso ante sí o cuando, de haberlo conocido, lo habría contemplado en la ley.

No es por tanto acertado que la equidad sea la justicia del caso concreto. Toda norma debe generalizar. Una norma que concretiza, una norma propia para éstos, otra norma propia para aquellos, una tercera norma propia para los terceros, es en sí una contradicción, eso no son normas. Por supuesto, la generalización puede presentarse con diferente amplitud, la norma no tiene que valer siempre para todas las personas, pero sí para todos los menores de edad, para todos los comerciantes, para todos los asesinos. Y en este aspecto se diferencian la justicia y la equidad, desde el punto de vista del legislador, de un lado, y desde el punto de vista del juez, del otro: aquel parte de una norma general hacia el caso (deducción) éste parte del caso concreto hacia la norma general (inducción).

La justicia y la equidad tienen que repartir a cada quien lo suyo en relación con los otros. Así se confirma de nuevo el pensamiento sobre el carácter de relación del derecho.

Sobre la justicia en general se puede decir todavía más. Kant entendió la igualdad como algo numérico y formal, por tanto, en el sentido del principio del talión. Lo cual debe retribuirse con lo exactamente igual: Ojo por ojo, diente por diente. Por su parte Aristóteles y más pertinente que la justicia como igualdad tuvo una concepción diferenciada. No se trata en forma decisiva de igualdad numérica, sino de igualdad proporcional, geométrica, relacional. Lo igual es un punto medio, dice él, un punto medio entre lo mucho y lo poco. Puesto que lo igual es un punto

medio, también el derecho es un punto medio y, en consecuencia, algo proporcional. Para Aristóteles la forma determinante de la justicia es, por consiguiente, la justicia distributiva, La igualdad proporcional en el trato de una pluralidad de personas: el reparto de derechos y deberes de acuerdo con la medida de dignidad, capacidad, necesidad....La justicia distributiva es, en otras palabras, el principio del *summ cuique tribuere*, ella es la forma primigenia de la justicia. Para Aristóteles lo esencial del derecho es la justicia distributiva y, por ende, la igualdad proporcional. La justicia legal es concebida por Aristóteles incorporada en la justicia distributiva. Su distintivo especial lo constituye claramente el momento de la obligación del individuo frente a la comunidad: la propiedad habilita, pero también tiene obligaciones. Sin duda quien ha vulnerado el orden jurídico también tiene deberes frente a la sociedad.

Aristóteles distinguió, de manera determinante hasta hoy, dos clases de justicia dentro de las cuales la igualdad se manifiesta en dos formas diferentes, justicia compensatoria *iustitia commutativa* y la justicia de distribución *iustitia distributiva*. La compensatoria es la justicia entre los desiguales por naturaleza, pero iguales ante la ley, significa la igualdad absoluta de prestación y contraprestación entre los que la ley ha colocado en igualdad de posición (mercancía y precio, daño y reparación). La distributiva, por el contrario, se refiere a la igualdad proporcional en el tratamiento de una pluralidad de personas: la repartición de derechos y deberes conforme a medida de dignidad, capacidad, necesidad, culpa.

La justicia distributiva es la forma primigenia de justicia, pues la justicia conmutativa del derecho privado supone un acto público de la justicia distributiva, por ejemplo, la concesión de determinado estatus, v. gr. La personalidad jurídica o la capacidad de contratación. De esta manera, se hace posible la fórmula del *summ cuique tribuere*, no entendida como igualdad uniformadora, que otorga a cada uno lo mismo, sino en el sentido de dar a cada cual lo suyo, es decir, la oportunidad para realizar lo que en él mismo existe de posibilidades positivas.

Tomás de Aquino, complementó el sistema aristotélico con una tercera forma de justicia: la justicia legal (*iustitia legalis*). Esta pone de relieve el deber del individuo frente a la comunidad, por ejemplo, el deber electoral, el deber judicial, el deber de hacer uso social de la propiedad.

La justicia distributiva es propia del derecho público, mientras que la justicia conmutativa es propia del derecho privado. La justicia legal penetra ambos y los vincula, en donde se manifiesta, así mismo, la forma particular del derecho social. La justicia es el tema principal de la filosofía política, según afirma Iris Marion Young. Desde Aristóteles se la consideró la única de las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los todos, hasta Rawls, que la elevó a primera virtud de las instituciones sociales, muchos filósofos, al preguntarse por el orden social moralmente aceptable, respondieron que era aquel que satisfacía las exigencias de la justicia. Lo que se quiere decir con esto es que usualmente todos en una sociedad tuvieran las mismas cosas o tuvieran claros y aceptados los principios por los cuales unos podrían tener más de ellas que otros y algunos, incluso, no tenerlas.

David Hume, sostiene: el de repartir correctamente en una sociedad en una situación de moderada escasez.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN, ENFASIS EN LOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

3.1 LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS CONOCIDOS TAMBIÉN COMO DERECHOS CLÁSICOS O DE PRIMERA GENERACIÓN

Por ser de más antiguo desarrollo normativo. Coincide su promulgación, con la constitucionalización del Estado moderno. Su consagración es producto de la lucha emergente durante varios siglos contra el oscurantismo medieval y el absolutismo monárquico. Producto es del racionalismo cartesiano, del iluminismo francés, de la filosofía kantiana y del utilitarismo inglés. Fue el liberalismo filosófico y político el que señaló el camino para que la burguesía conquistara el poder.

Alimentado de la teoría contractualista sobre la noción de pacto social en que se renunciaba a la libertad natural para adquirir seguridad en las relaciones sociales de producción, se defendió la tesis de la libertad política.

El triunfo de la burguesía significó la reivindicación del individuo frente al Estado. Por tanto el individuo tenía que ser objeto de una serie de prerrogativas para su desenvolvimiento pleno en unas nuevas relaciones sociales en las que primaba la competencia como un factor de comparación para la superación económica. La libertad, la igualdad, la seguridad, la igualdad y el culto a la propiedad privada se erigieron en valores del nuevo modo de producción: el capitalismo.

El Estado moderno alcanzó el calificativo de derecho, cuando las prerrogativas y garantías individuales comprometieron en su respeto institucional a todas las autoridades.

Hoy su vigencia y aplicación encuentran su realización, no en sí mismos, sino en la evolución que conlleva a extender los lazos de solidaridad entre todos los pueblos del mundo. De la libertad natural, pasamos a la libertad política y de ésta a la liberación social.

Se encuentran los derechos de la persona individualmente considerada que hacen relación a la libertad y seguridad individual. El derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la intimidad, el derecho a la libre expresión de la personalidad, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de expresión.

3.2 DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

Estos derechos complementarios o antagónicos de los individuales surgieron de la crisis del Estado Gendarme, que solo satisfacía los intereses de los propietarios de los grandes medios de producción y como consecuencia de las cíclicas crisis del capitalismo que lanzaban cada vez a más millones de seres humanos a la miseria. Se instauró el Estado benefactor que habría de garantizar los nacientes derechos económicos y sociales. Surgió entonces la protección laboral y la seguridad social, el trabajo como derecho y como obligación social, la igualdad de oportunidades, la remuneración mínima, vital y móvil, la estabilidad en el empleo, la garantía a la capacitación y al adiestramiento, al descanso necesario, al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, el derecho a la huelga, derecho a la educación, ciencia y tecnología, el derecho a la cultura, derechos de la familia, la mujer, el niño y el adolescente, derecho a la recreación y al deporte y aprovechamiento del tiempo libre, el derecho a la vivienda, el derecho a la protección asistencial.

3.3 DERECHOS COLECTIVOS O DERECHOS DE LOS PUEBLOS

La llamada tercera generación de derechos nace en las luchas de liberación de los pueblos colonizados o neocolonizados para alcanzar la autonomía política y defenderse de la explotación de los recursos naturales. Toman fuerza entonces a partir de la mitad del presente siglo, con el proceso de descolonización y fundación de los países No alineados en cabeza de hombres como Nasser, Tito y Fidel Castro.

Numerosas resoluciones del Movimiento de los países no Alineados fueron dando cuerpo teórico y desarrollo doctrinal a estos derechos. Pero quizá la más importante declaración al respecto la encontraremos en La Declaración Universal de los Derechos de los pueblos, proclamada en Argel, en 1976 que condensa no solo las aspiraciones de entonces, sino que también responde a las necesidades que tienen los pueblos de hoy.

Dicha declaración está conformada por partes que es su orden son:

- El derecho a la existencia que comprende el derecho de todo pueblo a su identidad nacional y cultural así como la de conservar en paz la posesión de su territorio o retomar a él en caso de expulsión.

- El derecho a la autodeterminación política, significa que todo pueblo pueda determinar su status político con toda libertad y sin ninguna injerencia exterior, así como el derecho de liberarse de toda denominación colonial extranjera directa o indirecta y de todos los regímenes racistas. Reivindica el derecho de todo pueblo a la democracia y al respeto efectivo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

- Derechos económicos de los pueblos, resalta el derecho a la exclusividad de las riquezas y recursos naturales.
- Derecho a la cultura, el derecho de todo pueblo a hablar su propia lengua, a preservar y desarrollar su cultura, a mantener sus riquezas artísticas, históricas y culturales y a no ser dominado por una cultura extranjera.
- El derecho al medio ambiente y a los recursos comunes, lo que cobija el derecho a la conservación, protección y mejoramiento del mismo, así como utilizar el patrimonio común de la humanidad.
- Derechos de las minorías dentro de un pueblo para respetar su dignidad, sus tradiciones, su lengua y su patrimonio cultural.
- Derecho a la paz, con una doble connotación, en el orden internacional y en el orden interno. Sobre el primero, el Estado colombiano se obliga a la resolución pacífica de los conflictos que se presenten en el orbe. Sobre el segundo, tiene el Estado que propiciar las condiciones adecuadas para superar la ancestral.
- Derecho de los pueblos indígenas.
- Derecho de los consumidores y usuarios. Las necesidades básicas o las creadas por los usos sociales buscan ser satisfechas mediante la adquisición y utilización de bienes y servicios, en el mercado.
- Medio ambiente, recursos naturales y espacio público.

4. DERECHO DE LA CIUDADANIA AL ESPACIO PÚBLICO

Señala el artículo 82 de la Constitución Nacional que es deber del Estado velar por la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.

La protección del espacio público, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

La ley 9º de 1989, en su artículo 5º establece, la definición de espacio público: Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación a las necesidades urbanas colectivas que trascienden por tanto los límites de los intereses individuales de los habitantes.

4.1 LOS ASPECTOS FÍSICOS DEL ESPACIO PÚBLICO (RELACIONADOS CON EL USO PÚBLICO)

- Andenes
- Empradización y arborización.
- Mobiliario urbano, avisos y anuncios.
- Conexiones domiciliarias.

4.2 LOS ASPECTOS FÍSICOS DEL ESPACIO PÚBLICO (RELACIONADOS CON EL USO PRIVADO)

- Antejardín.
- Accesos sótanos y semisótanos.
- Estacionamiento en antejardines y áreas privadas que se integren al espacio público.
- Arborización.
- Avisos de identificación.
- Cerramientos.
- Materiales de fachada.

4.3 ESTRUCTURA DEL ESPACIO PÚBLICO

El sistema formal y funcional de interacción entre componen entes urbanos, arquitectónicos y los cuales se refieren a usos, tenencias, modos de ocupación, y formas de las estructuras, y su articulación con los sistemas verdes, peatonal y vehicular. Su uso pertenece a todos los habitantes de la ciudad.

4.4 IDONEIDAD DEL ESPACIO PÚBLICO

La idoneidad del espacio público se define como la capacidad y calidad de los elementos urbanos, arquitectónicos y naturales existentes o requeridos en la ciudad, o en un sector de ésta, para el uso y desarrollo de las actividades colectivas de los ciudadanos.

Sin embargo, el legislador distribuye la competencia para la defensa del espacio público, los bienes de uso público y las vías públicas a los jueces y alcaldes. Así, la ley 9º de 1989 le ha asignado a los jueces civiles municipales y jueces agrarios la competencia para conocer de los asuntos relacionados con el espacio público,

en ejercicio de las acciones populares cuando se trate de la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios. Mientras que los alcaldes tienen competencia de carácter administrativo policivo para la restitución de los bienes de uso público.

5. ANALISIS DE LAS POLITICAS PUBLICAS DESDE QUE SE EMPEZÓ A TRATAR EL ASUNTO

- Fallos con ocasión de las acciones de tutela.
- Fallos con ocasión de las acciones populares.
- Proyectos elaborados por las administraciones locales.

Soluciones parciales. En el 2005, el Gobierno distrital formuló el Plan Maestro de Espacio Público que prevé, entre otros factores, la reubicación de los vendedores informales y también suscribió un pacto para tal fin con los ambulantes del centro.

Pero las acciones de la administración no han resuelto la problemática de invasión del espacio público e incluso se incrementa a diario con la llegada de familias desplazadas.

El último fallo emanado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, M.P. FELIX PALACIOS, ordena en el término de un año, solucione de manera definitiva el problema de invasión del espacio público en la ciudad por parte de vendedores ambulantes.

La sentencia ordena al Instituto para la Economía Social (IPES) uniformar y carnetizar a los vendedores ambulantes, además de brindarles alternativas para su desempeño laboral.

El fallo vincula al Defensor del Espacio Público, el Director del Instituto para la Economía Social y la Secretaria de Desarrollo Económico.

Se estima que se debe armonizar el espacio público y el derecho al trabajo.

Se ordena carnetización para la identificación.

Insta a los empresarios a vincular laboralmente a los informales y que apoyen al Distrito en las gestiones de recuperación del espacio público.

6. LINEA JURISPRUDENCIAL ADOPTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEMA

6.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA PRÁCTICO FRENTE A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A partir de 1992, muchas sentencias de tutela han decidido sobre las peticiones de vendedores ambulantes y estacionarios, que reclaman su derecho a trabajar cuando surgen decisiones policivas de desalojo, orientadas a la recuperación del espacio público. Tradicionalmente se da por sentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que existe conflicto entre la recuperación del espacio público y el trabajo informal en esos sitios. Es decir, que el crecimiento natural de las ciudades, bien sea por abandono del campo, por desplazamientos forzados, o por otras razones, lleva a muchas personas, que no pueden ser captadas por las formas corrientes de trabajo subordinado, a la ocupación del espacio público en las ciudades para desarrollar allí un trabajo informal y obviamente contrario al derecho de todas las personas a usar y disfrutar de ese espacio público.

Cuando esta contradicción de alto contenido social es llevada ante el juez constitucional, sobre todo cuando ya hay órdenes policivas de desalojo, el funcionario judicial, en sentencia de tutela, busca hacer respetar el espacio público, pero también protege el derecho al trabajo de esas personas siempre y cuando estén dentro de las circunstancias que la teoría denomina de la “confianza legítima”.

Sin embargo, se plantea como novedad en los casos que se examinan en este fallo, aunque no hay prueba de que ello se haya realizado, que la administración distrital esgrime diferentes planes, propuestas, objetivos y estrategias para el

tratamiento del comercio informal, y por eso pide a la Corte Constitucional analizar si puede haber mecanismos alternativos a la reubicación; al mismo tiempo y eso se aprecia en varios de los expedientes acumulados y que dan origen al presente fallo, mientras se tramitaban las tutelas, las autoridades policivas procedieron al desalojo de centenares de personas que figuraban dentro de los solicitantes, sin que previamente hubiera habido medidas que quizás mitigaran una crisis mayor. Por ello, surgen problemas jurídicos adicionales a los comúnmente conocidos en tutelas anteriores.

6.2 DEL CONCEPTO DE ESPACIO PÚBLICO Y SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

- La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre las cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

Si bien en la Constitución anterior no existía una norma expresa que tratara el tema del espacio público¹, en la Constitución de 1991 sí existen múltiples artículos que hacen alusión al mencionado tema, y que ponen de presente las responsabilidades estatales en estas materias. Al respecto, tenemos entre otras, las siguientes normas:

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

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

"Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación."

Es importante en primer lugar aclarar que algunos de los bienes mencionados en el artículo 63, aunque son bienes de uso público no son espacio público (p. ej. las tierras comunales, los resguardos); y en segundo lugar agregar que, el artículo 313 de la Constitución pone de presente que los Concejos Municipales son quienes tienen la función de reglamentar los usos del suelo² y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. Lo anterior, implica que cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los Departamentos de Planeación, determinará dicha destinación³.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-183 de 1993. Jorge Arango Mejía.

² Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1992; T- 518 de 1992; T-550 de 1992

³ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

Igualmente, y de conformidad con el artículo 315 de la Carta, los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de policía en el área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir en el respectivo ámbito territorial, las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con el concepto de espacio público. Por ende, es en los Alcaldes sin duda alguna en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público, en su respectiva localidad, atendiéndose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales y las provenientes de los Acuerdos Municipales.

Es decir, el tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previamente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

- Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por *espacio público*, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el *“conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.”*⁴

Esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil⁵ (artículos 674 y 678 c.c.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación,

⁴ Ley 9 de 1989. Artículo 5º.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-346 de 1997. Antonio Barrera Carbonell.

sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva.⁶ En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general⁷ y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes “privados” del Estado)⁸

En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el “fin” que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público⁹ y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado¹⁰. En el mismo sentido, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de “áreas

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷ La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda incorporada al uso y goce de la comunidad (Marienhoff)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-508 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-551 de 1992.

¹⁰ Marienhoff, Garrido Falla, Sayagués Lazo y García de Enterría. “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público.” En Revista de la Administración Pública No 13. Tomado de Gustavo Penagos, Derecho Administrativo. Parte Especial. Librería el Profesional. 1995.

de espacio público¹¹, ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley. En consecuencia, y tal como se ha dicho, “los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste”¹².

Tomando en consideración las precisiones anteriores, pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, entre otros los siguientes¹³:

- a. Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -.
- b. Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo-.
- c. Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-.
- d. Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado¹⁴.
- e. Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones.
- f. Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje.
- g. Los elementos naturales del entorno de la ciudad.
- h. Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia. T- 288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Citando a Zamboni. Ver sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala constitucional. Sentencia de mayo 5 de 1981. M.P. Jorge Velez García.

¹³ Estos elementos se encuentran descritos en el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, complementados con comentarios doctrinales y jurisprudenciales.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-508 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

- i. En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo¹⁵.

En todo caso, no existiendo bienes de uso público por “naturaleza” y siendo tal destinación un mero concepto jurídico, -modificable según las necesidades-, la noción de espacio público igualmente resulta contingente y dependiente de lo que fije como tal el legislador (Marienhoff)¹⁶.

Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, -atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos-, por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad¹⁷.

En vista de todo lo anterior, afectación de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas, no podrá ser determinado sino por los Concejos o Juntas Metropolitanas, (o las Juntas Administradoras Locales), de conformidad con el artículo 6º de la citada Ley 9ª de 1989, *“de lo cual se desprende que su disponibilidad no puede quedar librada a la voluntad de los particulares ni a la decisión de organismos administrativos a los cuáles no se confía por la Constitución, la responsabilidad atinente a la definición, “planificación*

¹⁵ Ley de 1989. Artículo 5º.

¹⁶ Ver Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

y regulación de su uso".¹⁸ Por supuesto que esto no limita el cumplimiento de las obligaciones de policía, señalados por normas.

- Ante la realidad de una crónica y tácitamente permitida perturbación de los espacios públicos, parecería para algunos ser un mal menor que merezca la atención de las autoridades. Sin embargo, el trastorno del espacio público ocasionado por un particular o por la actuación de autoridades no competentes¹⁹, puede llegar a vulnerar no solo derechos constitucionales individuales de los peatones y aspiraciones colectivas de uso y aprovechamiento general, sino también la percepción de la comunidad respecto de las áreas a las que tiene acceso libre y a las que no lo tiene. En efecto, algunos estudios y estadísticas sugieren que los actos de perturbación que ocurren en un sitio público, posiblemente afectan a miles de personas por hora²⁰. Los ciudadanos, entonces, a mayor desorden en las áreas comunes, tienen la tendencia de disminuir su acceso a ellas, generando en consecuencia un detrimento de esas mismas localidades y una disminución en su utilización por parte de la sociedad en general. Esas situaciones como consecuencia, crean la necesidad de cerrar establecimientos de comercio y de trasladar y cambiar los lugares de trabajo de muchas personas, en razón de la complejidad que adquieren tales zonas, el difícil el acceso a ellas, al parqueo, e incluso el favorecimiento de actividades ilícitas.

Adicionalmente, las repercusiones pueden ser no sólo colectivas, sino también privadas, y acarrear la vulneración del derecho a la libertad de locomoción de los transeúntes al cual alude el artículo 24 de la Carta²¹, en cuanto se impide a las personas transitar en espacios que, por su carácter público, deben ser accesibles

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Robert C. Ellickson. Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-550 y T-518 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

para todos los miembros de la comunidad en igualdad de condiciones. También se puede infringir

“el derecho a la seguridad personal de los peatones y vehículos que se sirven de esos bienes públicos que son las vías, parques, aceras, etc. y el muy importante interés de los comerciantes aledaños que no solamente pagan sus impuestos, utilizan los servicios públicos domiciliarios y cumplen la ley, sino que también representan una actividad económica garantizada igualmente por la Constitución (art. 333 y ss. C.N.) y, como si fuera poco, dan trabajo y son el resultado de esfuerzos personales a veces muy prolongados”²².

Una situación de perturbación prolongada del espacio público, especialmente cuando es debida a factores estructurales de la sociedad, desborda el control de las autoridades, y también podría calificarse como un signo de erosión en el cumplimiento de los deberes de la Administración y del Estado. Es por ello, tal y como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades:

“...una vía pública no puede obstruirse privando a las personas del simple tránsito por ella, pues semejante conducta atenta contra la libertad de locomoción de la mayoría de los habitantes y lesiona el principio de prevalencia del interés general, además de que constituye una apropiación contra derecho del espacio público, esto es, un verdadero abuso por parte de quien pone en práctica el mecanismo de cierre. No pueden tampoco ocuparse los andenes -que son parte de la vía pública- ni las áreas de circulación peatonal, espacios que se hallan reservados para el tránsito de toda persona sin interferencias ni obstáculos como, por ejemplo, estacionamiento de vehículos y el levantamiento de casetas de vendedores ambulantes. Tampoco puede invadirse el espacio público con materiales de construcción o exhibiciones de muebles o mercaderías, ni con la improvisación de espectáculos u otra forma de ocupación de las calles, claro está sin detrimento de las libertades de trabajo, empresa y reunión, las cuales deben ejercerse de tal forma que no lesionen otros derechos y de conformidad con las restricciones que impone el ordenamiento urbano a cargo de las autoridades municipales.”²³

El espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área a la cual todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo; por esta razón la tentación de abusar de

²² Corte Constitucional. T-778 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-518 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo

él es permanente. Sin embargo, así como algunos son constreñidos a la usurpación del espacio público por problemas económicos y circunstancias sociales y por una ausencia real de oportunidades, y esta circunstancia debe tener connotaciones jurídicas; otras personas, desconociendo su propia responsabilidad social, hacen de esas posibilidades una verdadera oportunidad en los negocios, o un abuso desproporcionado de su derecho, poniendo en peligro la efectividad en la administración de tales espacios públicos.

Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el *“atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella”*.²⁴

En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas²⁵ sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales. Por ende, una *“sociedad liberal que aspire a asegurar la igualdad de oportunidades para todos y una política universal*

²⁴ Jane Jacobs. *The Death and Life of Great American Cities*. 1961. Citado, Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

²⁵ Robert C. Ellickson. *Controlling Chronic Misconduct in City Spaces : Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning*. The Yale Law Journal. Volume 105, Mayo de 1996.

*de participación, debe presumiblemente darle la posibilidad a cada individuo de hacer uso de todos los espacios necesarios para circular libremente y transportarse, así como de todos los espacios públicos abiertos*²⁶.

La Corte constitucional ha advertido, en consecuencia, la legitimidad de las conductas tendientes a tratar de proteger el espacio público y el legítimo interés de las ciudades, de proteger los derechos y los intereses de la colectividad y en especial de los peatones. Así las cosas, la función de regular el uso del suelo y del espacio público corresponde a una verdadera necesidad colectiva y, por tanto, no es apenas una facultad sino un deber de prioritaria atención²⁷.

6.3 ACTUACIONES DE LA POLICÍA ADMINISTRATIVA RESPECTO AL ESPACIO PÚBLICO

- La autoridad pública, en ejercicio de la facultad de policía, tiene la posibilidad jurídica de limitar las libertades individuales cuando la necesidad de preservar el orden público, la tranquilidad, la seguridad, la salubridad o la moralidad así lo exijan, lo cual no es óbice, para que se otorguen *“permisos o profieran actos administrativos, dentro de las prescripciones legales, para permitir o establecer el cierre de ciertas vías o para limitar o restringir el paso de vehículos o personas, de acuerdo con las circunstancias específicas.”*²⁸

Según puede observarse, los alcaldes están investidos de autoridad suficiente para disponer, en caso de ocupación, la restitución de bienes de uso público, de conformidad con el Código Nacional de Policía (artículo 132). También, tienen competencia para señalar restricciones en lo relativo a su uso por razones de interés común, sin que el razonable ejercicio de esta facultad represente desconocimiento de derechos o garantías constitucionales. En este sentido es claro que el Código Nacional de Policía dispone que es a los funcionarios de la

²⁶ Ver el caso Evans vs. Newton, 382 U.S. 296, 301-302. 1966.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-203 de 1993. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-550 de 1992. José Gregorio Hernández Galindo.

policía, a quien corresponde de manera especial, prevenir los atentados contra la integridad de los bienes de uso público y garantizar su adecuada protección.

- Sin embargo, las actuaciones de la policía que bajo esas atribuciones se realicen, deben orientarse esencialmente a hacer realidad los mandatos constitucionales de protección de las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en la búsqueda de la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo (artículo 2º) y en la prevalencia del interés general (artículo 1º). Por ello, tal y como lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades :

*“La actuación de la autoridad pública en desarrollo de sus funciones de policía administrativa debe adecuarse a un **margen objetivo de apreciación**, evitando la desviación o el abuso de las competencias estatales. Los parámetros utilizados para verificar el cumplimiento de los precisos requisitos que habilitan el ejercicio de una libertad individual son aquellos socialmente aceptados, predecibles y racionalmente justificables y, ante todo, proporcionales a la finalidad que se pretende alcanzar. La objetividad de los criterios de apreciación depende del contexto social y del momento histórico en que se encuentra el individuo y la autoridad. Toda exigencia desmedida o requisito extraordinario comporta un abuso del poder y una posible invasión en el ámbito de los derechos individuales que debe ser subsanada por la autoridad judicial competente.(...)”²⁹.*

En efecto,

“Una actuación desordenada e ineficiente de la administración, aunque el objetivo buscado con ella sea la prevalencia del interés general sobre el particular, puede llevar a la generación de daños en virtud del mismo caos generado en la falta de previsión de las autoridades, que al salirse de su propio control, puede además de causar “perjuicio al interés colectivo, una violación de los derechos fundamentales de los asociados involucrados en tal situación.”³⁰

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-475 de 1992 Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 1995. José Gregorio Hernández Galindo.

Por ello es “criticable que en mas de treinta años Santa Fe de Bogotá haya permitido la ocupación del espacio público y en mas de diez años algunos funcionarios hayan postergado la solución de los problemas humanos que surgieron con la desidia de algunos funcionarios. Es pues indispensable que haya soluciones concretas y no ofrecimientos coyunturales que se enredan luego en trámites burocráticos muchas veces inoficiosos y otras veces engañosos.”³¹

Pero 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. En ese sentido no pueden buscar culpables solo en los usurpadores del espacio público sino en su propia desidia en la búsqueda de recursos efectivos en la solución de problemas sociales. Sea cual fuere la responsabilidad, la actuación de las autoridades policivas tiene que ser razonable. La razonabilidad debe impregnar toda la actuación administrativa, precisamente Miguel S. Marienhoff (Tratado de derecho administrativo, T. IV, p. 681) dice:

“Pero qué es ‘razonabilidad’? Esta consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos. En tal sentido se expide la jurisprudencia y también la doctrina. Trátase, pues, de una correspondencia entre los ‘medios’ propuestos y los ‘fines’ que a través de ellos desea alcanzarse.”

Vista así la razonabilidad, el juez constitucional debe, mediante sentencia de tutela, en cada caso concreto, analizar si fue razonable el comportamiento de la administración o si por el contrario pudo haber un abuso que obligue a que el juez dé las órdenes dentro de la razonabilidad, para la protección del derecho

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 1995. Alejandro Martínez Caballero.

fundamental que resultare violado o para prevenir a fin de que no sea violado en el futuro.

6.4 COMPORTAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA FRENTE A LA OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO POR VENEDORES INFORMALES

La Corte Constitucional, para resolver los conflictos que surgen entre la administración y los ocupantes del espacio público, ha optado por buscar una fórmula de conciliación conforme a la cual la administración cumpla su deber de proteger el espacio público, sin que ello signifique desconocimiento del derecho al trabajo de las personas que resulten afectadas en los procesos de recuperación del espacio público.³² Por consiguiente, *“ha ordenado que las autoridades respectivas implementen planes y programas que permitan la coexistencia armónica de los intereses que colisionan, toda vez que tampoco se puede desconocer”*, como se verá, *“el fenómeno social que conlleva esta economía informal”*³³.

Es por ello que 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.

En los primeros años de la Corte, las sentencias T-225 de 1992, T-372 de 1993, T-091 de 1994, T-578 de 1994, T-115 de 1995 y T-438 de 1996,

³² Corte Constitucional. Sentencias T-225 de 1992, M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, T-091 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara, T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz.

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-778 de 1998. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional. Sentencia N° T-225. Junio 17 de 1992. Magistrado Ponente: Doctor Jaime Sanin Greiffenstein.

concedieron la protección del derecho al trabajo de vendedores ambulantes que venían desarrollando esa actividad con anterioridad a la orden de desalojo expedida por la autoridad administrativa. Así mismo, la sentencia T-617 de 1995 (desalojo de recicladores) concedió el amparo a unas personas que cobijadas por la confianza legítima habitaban en calles de esta ciudad y otorgó especial protección a los niños, hijos de recicladores que habitaban a orillas de la carrilera. Por el contrario, la sentencia T-398 de 1997 negó la acción de tutela 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.

Así las cosas, un detallado análisis de la jurisprudencia constitucional permite deducir las siguientes líneas:

a) Como ya se dijo la defensa del espacio público es un deber constitucionalmente exigible, por lo cual las autoridades administrativas y judiciales deben ordenar su vigilancia y protección.

b) Quienes ejercen el comercio informal hacen uso de su derecho al trabajo, el cual también goza de protección constitucional. Claro que la actividad de los vendedores informales coloca en conflicto el deber de preservar el espacio público y el derecho al trabajo; y, hay algo muy importante, en algunas oportunidades se agregó que también habría que tener en cuenta la obligación estatal de *“propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”*, (Sentencias T-225 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein y T-578 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.)

c) Pese a que, el interés general de preservar el espacio público prima sobre el interés particular de los vendedores ambulantes y estacionarios, es necesario,

según la jurisprudencia, conciliar proporcional y armoniosamente los derechos y deberes en conflicto. Por consiguiente, el desalojo del espacio público está permitido constitucionalmente, siempre y cuando exista un proceso judicial o policivo que lo autorice, con el cumplimiento de las reglas del debido proceso previo al desalojo y que se dispongan políticas que garanticen que los *“ocupantes no queden desamparados porque estamos en un Estado Social de Derecho”* (Sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell).

d) De ahí que las personas que usan el espacio público para fines de trabajo pueden obtener la protección, a través de la acción de tutela, siempre y cuando se encuentren amparados por el principio de la confianza legítima con las condiciones que la jurisprudencia ha indicado. Es así como los comerciantes informales pueden invocar el aludido principio de confianza legítima, si demuestran que las actuaciones u omisiones de la administración anteriores a la orden de desocupar, les permitía concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, por lo que esas personas tenían certeza de que *“la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga”* (Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Dentro de este contexto, constituyen pruebas de la buena fe de los vendedores ambulantes: las licencias, permisos concedidos por la administración (sentencias T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz, T-550 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra), promesas incumplidas (sentencia T-617 de 1995), tolerancia y permisión del uso del espacio público por parte de la propia administración (sentencia T-396 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-438 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero). Como corolario de lo anterior se tiene que los actos y hechos administrativos que autorizan el ejercicio del comercio informal no

pueden ser revocados unilateralmente por la administración, sin que se cumplan con los procedimientos dispuestos en la ley.

También se dio un caso, por parte de la Alcaldía de Cúcuta, de expedición de normas que prohibían el comercio informal en la denominada zona crítica y de la decisión de no expedir permisos provisionales y de derogar los ya expedidos; y, sin embargo, la tutela prosperó por protección al derecho al trabajo y se ordenó la reubicación, pese al decreto que derogó permisos anteriores. (Sentencia T-091 de 1994 M.P. Hernando Herrera Vergara).

7. PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

El eje sobre el cual ha girado el amparo a los vendedores ambulantes es lo que la doctrina especializada³⁴ considera como la **confianza legítima**. Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio³⁵ y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

“Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales

³⁴ Al respecto pueden consultarse: González Pérez Jesús. “El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo.” Editorial Civitas. Madrid. 1983; García Macho Ricardo, Artículo “Contenido y límites del principio de la Confianza legítima” publicado en “Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí” .Editorial Civitas, Madrid. 1989; Dromi José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1983. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid.

³⁵ Ver sentencia T-295/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.*³⁶

Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideren convenientes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado. Igualmente, este principio tampoco significa “*ni donación, ni reparación, ni resarcimiento, ni indemnización, como tampoco desconocimiento del principio de interés general*”³⁷

Así las cosas, el principio de confianza legítima tendrá tres presupuestos. En primer lugar, la necesidad de preservar de manera perentoria el interés público; en segundo lugar, una desestabilización cierta, razonable y evidente en la relación entre la administración y los administrados; por último, la necesidad de adoptar medidas por un período transitorio que adecuen la actual situación a la nueva realidad. Por lo tanto, el principio de la buena fe exige a las autoridades y a los particulares mantener una coherencia en sus actuaciones, un respeto

³⁶ Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este tema también pueden consultarse las sentencias T-398 de 1997, T-576 de 1998 y SU-260 de 1998.

³⁷ Sentencia T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

por los compromisos a los que se han obligado y una garantía de estabilidad y durabilidad de la situación que objetivamente permita esperar el cumplimiento de las reglas propias del tráfico jurídico, como quiera que *“así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”*³⁸

³⁸ *Ibidem.*

**8. ¿CUÁL HA SIDO LA TRADICIONAL MEDIDA QUE LA JURISPRUDENCIA
HA ACOGIDO PARA LOS VENDEDORES AMBULANTES
AMPARADOS POR LA CONFIANZA LEGÍTIMA?**

Un mecanismo que ha utilizado la jurisdicción constitucional colombiana para solucionar ponderar los intereses en conflicto, es ordenar a la administración que diseñe y ejecute un *“adecuado y razonable plan de reubicación”* (Sentencias T-225 de 1992, T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, que la administración tome *“medidas adecuadas, necesarias y suficientes para reubicar a los vendedores ambulantes”* (Sentencia T-372 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.)

Ha considerado la jurisprudencia que son presupuestos necesarios para que opere la reubicación de los vendedores ambulantes: *“que se trate de trabajadores que con anterioridad a la decisión de la administración de recuperar un espacio público de uso común, hayan estado instalados allí”*; *“que dicha ocupación hubiese sido permitida con anterioridad por las respectivas autoridades, a través del respectivo permiso o licencia”* (Sentencia T-160 de 1996 M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido las sentencias T-115 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-778 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

También se ha dicho que las políticas de reubicación se deben cumplir en igualdad de condiciones para los vendedores informales (Sentencias T-617 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y T-115 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Igualmente, la intención de la administración *“no puede quedar sin definición en el tiempo desconociendo el derecho al trabajo de quienes como realidad social dependen de actividades de ventas ambulantes”* (Sentencia T-133 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz). Pero, se repite, hasta ahora, la principal medida es que haya un plan razonable de reubicación.

8.1 ¿CUÁL ES ESTE ALCANCE DE LA RAZONABILIDAD DE QUE HABLA LA JURISPRUDENCIA?

En una de las últimas sentencias que ha tocado el tema, la T-550/98³⁹, se explicó:

“sin embargo esta Corporación en múltiples pronunciamientos ha señalado la necesidad de buscar soluciones que permitan la coexistencia de los derechos o intereses que se encuentran enfrentados. Así, ha dicho la jurisprudencia cuando la autoridad local se proponga la recuperación del espacio público, debe igualmente ejecutar un plan que permita la reubicación de los vendedores estacionarios que han hecho uso del mencionado espacio, con el permiso de la autoridad competente previo el cumplimiento de los respectivos requisitos”.

Y ya antes, en la T-225/92, se había especificado que el plan de reubicación tenía que ser adecuado y razonable. La reubicación no es otra cosa que irse a otro sitio, lo lógico es que haya políticas claras sobre si lo que se busca es saltar de la economía informal a la economía formal, porque como es apenas natural, no se trata solamente de cambio de sitio sino que adicionalmente al respeto al espacio público, otro de los objetivos que no se puede olvidar es evitar que crezca el desempleo. Dentro de este contexto, la reubicación se convierte en un método que no puede ser el único y le asiste razón a la Administración Distrital cuando insinúa la posibilidad de mecanismos alternativos a la reubicación esto es razonable. Es obvio que una política standard no puede ser para todos, puesto que la rigidez impide avanzar y dar mejores respuestas.

³⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

9. EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO AL EMPLEO

Ante la nueva situación que se plantea en los casos materia de la presente revisión, consistente en que por un lado se pide por la Administración una lectura adicional o la “razonabilidad” en la reubicación, y por otro lado, la mayoría de los vendedores ya han sido desalojados, entonces, hay que profundizar sobre dos derechos: el derecho al trabajo y el derecho al empleo.

La verdad es que el vendedor desalojado se halla de repente en el desempleo total, con franco deterioro para su forma de vivir, lo cual implica la propagación de la pobreza, que según la OIT es “*moralmente inadmisibile y económicamente irracional*”⁴⁰.

Por consiguiente, el tema del derecho al trabajo objetivamente no puede desligarse de la realidad del desempleo, lo cual lleva a una intervención del Estado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 334 de la Constitución, que precisamente en uno de sus apartes indica: “*El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos*”.

El objetivo tendrá que ser una protección tal que las políticas de ajuste estructural no lleguen a la deshumanización, ni menos a aumentar el gravísimo problema del desempleo. Para ello el juez de tutela en sus decisiones, como funcionario del Estado, debe hacer una lectura integrada del artículo 334, del artículo 25 sobre derecho al trabajo y del artículo 54 en el cual el punto central es el derecho al

⁴⁰ La OIT sostiene que “es importante ofrecer un mínimo de seguridad económica a los pobres ya que no tienen otro modo de valerse por si solos”. El empleo en el mundo, Ginebra, 22 de febrero de 1995

empleo en sociedades como la nuestra donde el desempleo es crónico⁴¹ y donde hay una marcada inclinación hacia vivir en las ciudades. (En América Latina y el Caribe, la urbanización en 1950 era 41 %, en 1970 era 57%, en 1995 ascendió a 74%). Es obligación del juez constitucional aplicar la ley de leyes, y al hacerlo, en temas como el derecho al trabajo y el derecho al empleo, el juez no puede eludir un aspecto fáctico: que la incapacidad del sector formal para generar empleo lanza a grandes masas urbanas al sector no estructurado, tan es así que según informe de la OIT, en América Latina , entre 1990 y 1993, los nuevos empleos creados en el sector no estructurado ascendieron al 83%⁴², y, concretamente en la capital de la República de Colombia, el sector informal creció en un año en un 10.3%; en otras palabras, se aumentó el ingreso bajo y la pobreza urbana.

Entran pues en juego, como ya se dijo, no solamente los artículos 25 y 334 de la C. P., sino el artículo 54 ibidem en cuanto señala que “*El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar*” y, entonces, esta última norma de carácter programático, se torna en una disposición activa, que apunta hacia el bienestar, y que señala para los habitantes de la República un derecho a algo, enmarcado dentro de la intervención del estado en la economía y compaginado con la cláusula del Estado social de derecho, convirtiéndose así el derecho al empleo en algo que no puede estar distante del derecho al trabajo. En este esquema es un contrasentido aumentar el desempleo sin presentar alternativas que lo mitiguen y por consiguiente un juez no puede avalar que se emplee la fuerza precisamente para aumentar la crisis.

Aparece aquí una nueva **cuestión social** que según Emilio Bogado Valenzuela⁴³ “*se expresa principalmente en los campos de la educación, la salud, el medio*

⁴¹ En el caso concreto de Bogotá, en marzo de 1998 era del 12.7% y un año después en marzo de 1999, ascendió a 20% (datos del DANE).

⁴² OIT, The Employment Challenge in Latin America and the Caribbean.

⁴³ Evolución del pensamiento juslaboralista, en homenaje al profesor Héctor Hugo Barbagelata, p. 331

ambiente, la vivienda, la alimentación, la igualdad de oportunidades, el empleo, la capacitación, la seguridad social, la marginación y exclusión, las relaciones de trabajo". Se aprecia entonces la presencia armónica del derecho al trabajo y el derecho al empleo, por ello Américo Pla Rodríguez⁴⁴ hace caer en la cuenta de que *"se ha sostenido por distinguidos laboristas que la desocupación se ha convertido en una compañera inseparable del derecho del trabajo, y que hay que acostumbrarse a la cohabitación con ella"*.

Por lo tanto, el desalojo de trabajadores informales con el cual termina el procedimiento policivo tiene que ir acompañado de algunas medidas en favor de aquellos, si están amparados por la confianza legítima. En principio, la medida es la de la reubicación, no en el sentido de que el erario público se encarga de entregar un inmueble para que allí se formalice un trabajo que antes era informal, (por supuesto que si las autoridades públicas lo hicieren por haber destinación presupuestal precisa y adecuada, esta opción también es válida), sino que las autoridades públicas y concretamente el respectivo municipio determine el sitio donde pueden laborar las personas que van a ser desalojadas, dándoseles las debidas garantías para el ejercicio de su oficio, y, además hay que colaborar eficazmente con determinados beneficios (no indemnizaciones) que faciliten la ubicación en el nuevo sitio para trabajar y también se haga mas llevadero el traslado y la reiniciación del trabajo. Pero puede haber otras opciones distintas a la reubicación o colaterales a la reubicación, tan es así que propio Distrito Capital habla de "estrategias". Luego, el juzgador constitucional apreciará teniendo en cuenta los ofrecimientos y el análisis de los presupuestos, los planes de desarrollo y las políticas que estén debidamente señaladas y sean reales y es en esta proyección que debe entenderse por la jurisprudencia las opciones alternativas o colaterales a la principal: la reubicación.

⁴⁴ ib., p. 387

Precisamente los pronunciamientos de organismos internacionales sobre política de empleo hacia los trabajadores informales, concretamente plantean la participación de los Entes locales para el tratamiento de esta problemática, y se habla de que para no deprimir aún más el sector no estructurado son viables como propuestas: desarrollar la capacitación, acceso al crédito, trato preferencial en materia de inversiones, exenciones, reducción del número y costo de los trámites administrativos y reglamentarios, entre otros ejemplos. Este comportamiento sano de la administración es acorde con la dignidad humana del trabajador y se ubica dentro de los parámetros de la justicia social.

10. LA DIGNIDAD Y LA JUSTICIA SOCIAL COMO HERRAMIENTAS JURÍDICAS QUE ENTRELAZAN EL DERECHO AL TRABAJO Y EL DERECHO AL EMPLEO

Sobre el derecho al trabajo ha sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y ha sido enfática en reconocerle jusfundamentalidad, pero ha sido prudente respecto a la forma de protegerlo mediante tutela, de ahí que en buena parte lo ha ubicado bajo los aleros de los derechos a la igualdad, a la libertad y a la dignidad del trabajador. La dignidad es el sostén, objetivo e iluminación de las diversas facetas del derecho del trabajo. En la T-790/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) se desarrolló el concepto de que el derecho al trabajo debe ir acompañado de condiciones dignas y justas. Al ubicar la dignidad como parámetro básico del derecho al trabajo, también se está diciendo que el derecho al empleo indudablemente debe tener como base la dignidad humana.

Hay algo que también une indisolublemente al derecho al trabajo y al derecho al empleo y es que el objetivo de ambos es la justicia social, área prioritaria en cada país y sociedad. Es de justicia social la búsqueda de empleo seguro y empleo de buena calidad, y si ello no se consigue aumentan los pobres, quedando atrapados en un círculo vicioso *“donde los ingresos reducidos son la causa de una educación, nutrición y atención de salud de mala calidad, lo cual a su vez genera baja productividad e ingresos reducidos”*.⁴⁵ Por consiguiente es de justicia que exista una política activa para que los parados puedan readaptarse. Claro que la lucha contra el desempleo responde a políticas concertadas con programas públicos de contenido macroeconómico. Cualquier programación y planificación es **deber** de los gobiernos. El tema de los deberes viene desde la reforma constitucional de 1936, y, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 22 de junio

⁴⁵ El futuro del empleo urbano, Segunda conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos humanos, p. 15

de 1955 (M.P. Jesús Estrada Monsalve) ligó los deberes sociales con la constitución social y los fines sociales del Estado; o sea que el tema no es extraño en la jurisprudencia colombiana. En consecuencia, es objetivo social del Estado que se adopte una política de empleo positiva y preventiva. Debe haber puestos de trabajo decentes y con salarios justos, democratizando desde la base y ayudando a los pobres a organizarse mediante programas creativos, en muchas ocasiones de negociación colectiva. Pero, si en casos concretos la falta de políticas o el mal uso de las mismas afectan derechos fundamentales, el juez constitucional puede señalar que el derecho fundamental no debe violarse y por consiguiente dar las órdenes, dentro de un marco de respeto por las normas legislativas que desarrollan los derechos prestacionales como lo señala la SU-111/97, pero dentro del espíritu del artículo 113 de la C. P. que ordena: *"Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines"*.

11. LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL EN EL TEMA DEL DESEMPLEO UNIDO AL DERECHO AL TRABAJO

Este propósito ya había sido objeto de regulación normativa internacional. En 1944, en el umbral de la postguerra, al cumplir la OIT 25 años de existencia, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de Filadelfia en la cual se consigna que el trabajo no es una mercancía y se señala la obligación de fomentar en todas las naciones del mundo programas de pleno empleo y de elevación del nivel de vida de las personas. Esto armoniza con el Preámbulo de la Constitución de la OIT, en cuanto se dispone la lucha contra el desempleo y la garantía de un salario vital adecuado.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se dispone que *“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*.

En el Convenio 122 de la OIT en su artículo 1º, parte inicial, se establece: *“1. Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido.”*

La Recomendación N° 1 de la OIT se refirió precisamente al desempleo. El Convenio 2 de 1919 previó el funcionamiento de agencias de empleo. En 1934 y 1935 hubo otras recomendaciones de la OIT sobre desempleo. Lo mismo ocurrió en 1937 y en 1944. El Convenio 88 de 1948 dispone que los Estados habrán de instituir un servicio público y gratuito de empleo. El Convenio 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo habla del fomento del

empleo productivo, de las contingencias cubiertas, de las personas protegidas, de los métodos de protección, de las indemnizaciones que deben atribuirse, de las garantías jurídicas, administrativas y financieras. El Convenio 111 también se refiere al empleo y es interesante en cuanto señala que los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional como la orientación y admisión en el empleo y las diversas ocupaciones.

Y precisamente, de la información internacional se colige el trato serio que se debe dar al trabajo informal. Es así como la OIT⁴⁶, expresa:

“El potencial del sector urbano no estructurado de generar nuevas y mejores fuentes de trabajo representa para las autoridades locales una poderosa herramienta. Por cierto, el sector urbano no estructurado suele servir de dispositivo amortiguador para la población urbana pobre vulnerable y marginada, pero a menudo se subestima su capacidad productiva. Por una parte, indudablemente se procura llegar a un equilibrio entre la creación de nuevas fuentes de trabajo y la protección de las condiciones laborales de quienes trabajan. Pero, por otra, el mejoramiento de las condiciones laborales del sector no estructurado pueden entrañar un aumento de la productividad y de los ingresos. Las inversiones en el ámbito de la salud, la educación y el mejoramiento de los asentamientos precarios, pueden ser excelentes desde una perspectiva exclusivamente económica. Por consiguiente, las autoridades municipales deberían comparar más a menudo el potencial de generación de fuentes de trabajo de las grandes empresas con el de las de pequeña y microescala....”

“En el pasado, la mayoría de los gobiernos de los países en desarrollo consideraban al sector no estructurado sólo como una red de seguridad que proporcionaba un empleo de baja productividad y, por ende, consolidaba su función de mitigación de la pobreza. Se tendía a considerar al sector como a un grupo beneficiario especial, en vez de tratar de integrarlo a la economía convencional. Por lo demás, se desestimaba su potencial de desarrollo. En lugar de considerar que la baja calidad de la producción de ese sector es un problema que se debe resolver, se le suele aducir como razón para condenarlo. Por añadidura, generalmente se le asimila a la economía paralela o clandestina que viola los reglamentos en vigor. Sin duda numerosos países ha cambiado de actitud ante el sector no estructurado. Algunos lo han reconocido legalmente; así como a su contribución positiva, otros han

⁴⁶ Fundándose en Bowles y Gintis

aceptado su existencia a regañadientes, y otros tantos, apenas lo toleran y tratan de “adaptarlo”. También hay los que incluso han creado nuevas instituciones de apoyo a favor del sector”⁴⁷.

La situación es de tal complejidad, en nuestros países en vía de desarrollo, que para integrar a los vendedores ambulantes a una economía convencional, no solo surgen los planes de reubicación, sino que surge la necesidad de otras opciones para cuya escogencia debe existir una indispensable comunicación entre la autoridad que las ofrece y el destinario. Lo que no tiene justificación es el empleo de la fuerza, rompiendo toda concertación y dejando sin alternativas concretas a quienes de buena fe estaban ocupando durante mucho tiempo el espacio público. Es grave, injusto e inhumano este tratamiento por la fuerza, cuando a trabajadores y a sus familias, que han actuado de buena fe y están protegidas por la confianza legítima, se los envía a una situación de “**no trabajo**”, sin ofrecérseles concretamente soluciones alternas.

⁴⁷ El futuro del empleo urbano, OIT, p. 40

12. LOS GOBIERNOS MUNICIPALES TAMBIÉN PUEDEN PRESENTAR SOLUCIONES AL DESEMPLEO

Generalmente las cuestiones relativas al sector no estructurado se analizan en el contexto de las economías nacionales. Pero se olvida que la mundialización está incidiendo muchísimo en el futuro de las ciudades y en el empleo urbano. Hoy las autoridades locales se están convirtiendo en un punto fuerte de la política de empleo, porque la realidad ha obligado a la descentralización de responsabilidades, a expedir marcos reglamentarios y a la necesidad de forjar alianzas nuevas y crear asociaciones participativas, dentro de lo cual la gestión del gobierno local y el compromiso cívico son cruciales, siempre y cuando haya transparencia, responsabilidad, consulta, participación, es decir, democracia real. La OIT ha dicho⁴⁸:

“Sin duda, para que las ciudades puedan crear y proteger eficazmente el empleo mediante acción desplegada en tres niveles⁴⁹, han de desarrollar la capacidad técnica necesaria para comprender las complejidades de la economía internacional y desarrollar y aplicar las políticas locales de empleo. Considerando la situación actual, las ciudades se preocupan a menudo por reducir los daños, limitándose a tratar de hacer frente en forma pasiva a todas las consecuencias negativas del desempleo urbano que son la pobreza, la violencia, los estupefacientes, la falta de vivienda, los niños de la calle y las arcas municipales vacías. El tema central de las siguientes secciones, enfocado desde un punto de vista práctico, será el desarrollo de la capacidad institucional de los protagonistas a nivel local. En particular, se insistirá en las esferas prioritarias, donde las autoridades locales, asociadas con otro protagonista clave, pueden ejercer una influencia determinante.”

Tal vez una de las soluciones locales que ha planteado una mayor inquietud es la de si debe legalizarse el sector informal o por el contrario dejarse dentro del

⁴⁸ El futuro del empleo urbano, p. 31

⁴⁹ Según la OIT los tres niveles son: Tener influencia a nivel internacional, para lo cual se insinúa una asociación de alcaldes a escala mundial. A escala nacional incidir en las políticas macroeconómicas, insinuándose la unidad con las organizaciones de trabajadores y empleadores. Y un tercer nivel, local, que apunte a una serie de medidas municipales de desarrollo económico y social.

principio liberal del Laissez faire. Teniendo como fuente el estudio The informal sector: legalization or laissez-faire,⁵⁰ la OIT dibuja esta realidad:

“Mediante una serie de estudios realizados en unos veinte países se han evaluado las repercusiones de las reglamentaciones sobre la creación, el funcionamiento y el desarrollo de las actividades del sector informal o no estructurado. Dichos estudios muestran que la mayoría de las empresas de este sector son de hecho “semilegales”. Aunque la mayoría de ellas cumplen ciertas reglas básicas (autorizaciones locales, registro y licencias) son muy pocas las empresas que respetan las disposiciones tributarias y laborales nacionales.”

De allí se colige que los objetivos de la política de empleo a nivel local son indispensables para dar una justa solución. Sirve de ilustración el Convenio 122 de la OIT, numerales 2 y 3, art. 1º que señala:

“La política indicada debe tender a garantizar :

- a. Que habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo;*
- b. Que dicho trabajo será tan productivo como sea posible;*
- c. Que habrá libertad para escoger empleo y que cada trabajador tendrá las posibilidades de adquirir la formación necesaria para ocupar el empleo que le convenga y de utilizar en este empleo esta formación y las facultades que posea, sin que se tenga en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social.*
- d. La indicada política deberá tener en cuenta el nivel y la etapa de desarrollo económico, así como las relaciones existentes entre los objetivos del empleo y los demás objetivos económicos y sociales, y será aplicada por métodos apropiados a las condiciones y prácticas nacionales”.*

Por consiguiente, los objetivos pueden ir más allá de la simple reubicación, aspecto que no pueden despreciarse en las decisiones judiciales. A manera de

⁵⁰ Ver Revista internacional del trabajo, vol 134, N° 6

ejemplo y continuando con la invocación a la OIT, se tiene que ésta al referirse al sector urbano no estructurado en los países en desarrollo, dice⁵¹ que:

“ese sector desempeña una función de red de seguridad, consistente en absorber la mano de obra sobrante, la política general al respecto debería consistir en suprimir los obstáculos administrativos o de otra índole que coarten su crecimiento. Conviene además, promover el segmento modernizador del mismo facilitando su acceso al crédito, a insumos productivos y al conocimiento de técnicas mejores de producción, así como sus vínculos con el sector moderno”. Claro que “mas que el acceso al crédito, es su costo el nudo de estrangulamiento de las empresas pequeñas” (R. Meier y M. Pilgrim en Small Enterprise Development, Londres, junio de 1994, pgs. 32-38). En otras palabras, una medida muy efectiva para superar el problema del desempleo urbano es la implantación de una política de calado popular; alentando ésta se contribuye a generar empleo, y, según la OIT “En muy diversos países, la aplicación de planes originales de crédito, destinados a los productores modestos, ha dado resultados excelentes” (Informe de la OIT sobre el empleo en el mundo, año de 1995, página 13).

Esto obliga a: estar abierto a sugerencias, integrar equipos multidisciplinarios. Y hay elementales principios: que la educación y formación del trabajador sea para que compita, que se planifiquen los recursos humanos, que se tomen en cuenta las dimensiones culturales de ajuste y por supuesto que haya voluntad política.

⁵¹ El empleo en el mundo, año de 1995, p. 14

CONCLUSIÓN

En materia de administración pública todo asunto tiene su tiempo y aquel que se relaciona con el espacio público le llegó su momento frente a la invasión del mismo por parte de los vendedores ambulantes que reclaman dignidad para su trabajo desde tiempo atrás sin que exista legislación alguna que los regule de una u otra forma porque en un país como el nuestro conforme a la Constitución de 1.991 el derecho al trabajo es fundamental y son los vendedores ambulantes los desprotegidos en el mismo respecto a los derechos a la salud , seguridad social a la educación de ellos en sí mismos considerados y en las familias que dependen de ellos, no existe seguridad social para ellos, tampoco para sus familias, lo que significa que ante tal situación se les vulnera su derecho fundamental al trabajo.

Si el derecho es el conjunto de normas que rigen la vida en sociedad, dentro de ella se encuentran los vendedores ambulantes y resulta que tal situación no se encuentra contemplada dentro de ley alguna en el Estado Social de Derecho.

Señala el artículo 13 de la Constitución Nacional que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

En consecuencia, corresponde al Estado Colombiano poner en práctica a través de una ley las circunstancias específicas en que el trabajo de los vendedores

ambulantes ha de efectuarse y necesariamente no puede quedar solo en fallos de tutela que se cumplen parcialmente solo si las circunstancias lo permiten.

De no procederse de tal forma tal y como en la actualidad ocurre, se vulnera el derecho constitucional a la igualdad, fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.

Según Bobbio el concepto de igualdad es relativo, por lo menos en tres aspectos:

Los sujetos entre los cuales se requiere repartir los bienes o gravámenes.

Los bienes o gravámenes a repartir.

El criterio para repartirlos.

En otras palabras, hablar de desigualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica, como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política, tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quienes?, ¿igualdad para qué? ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos, los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc., los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.

En este caso existe una necesidad de regulación del derecho al trabajo de los vendedores ambulantes en Colombia, pues pese a los múltiples fallos tanto de los tribunales como de la Corte Constitucional subsisten en nuestro país.

BIBLIOGRAFIA

ARANGO, Rodolfo. El Concepto de derechos sociales fundamentales. Primera Edición. LEGIS.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Derecho Constitucional Jurisprudencial. LEGIS.

_____. Derecho Constitucional Jurisprudencial, las grandes decisiones de la Corte Constitucional. LEGIS.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA. Edición conmemorativa. LEGIS.

DIAZ ARENAS, Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana. TEMIS.

GAVIRIA DIAZ, Carlos. Sentencias. Herejías Constitucionales. Fondo de Cultura Económica Colombia.

KAUFMANN, Artur. Filosofía del derecho. Universidad externado de Colombia.

OLANO GARCIA, Hernán Alejandro. Preguntas y respuestas de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría General del Estado. 2 ed. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.