



Consejo Superior
de la Judicatura
Sala Administrativa

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

DESCONCENTRACIÓN SERVICIOS JUDICIALES CIUDAD BOLÍVAR

Área Constitucional



MODELO DE DESCONCENTRACIÓN DE
SERVICIOS JUDICIALES EN LA LOCALIDAD
DE CIUDAD BOLÍVAR EN BOGOTÁ, D. C.

MÓDULO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

HERNANDO TORRES CORREDOR
Presidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
Vicepresidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



*Consejo Superior
de la Judicatura*
Sala Administrativa

*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

MODELO DE DESCONCENTRACIÓN DE
SERVICIOS JUDICIALES EN LA LOCALIDAD
DE CIUDAD BOLÍVAR EN BOGOTÁ, D. C.

MÓDULO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

**GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO , 2011
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2011**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9^a -24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

ISBN: 978-958-8331-81-2

Primera edición: xxxxx de 2011

Con un tiraje de 3000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial:

Impresión:

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

1. SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LA AUTORA	15
2. JUSTIFICACIÓN	16
3. RESUMEN DEL MÓDULO	17
4. OBJETIVOS	18
1. UNIDAD 1: TENDENCIAS ACTUALES PARA EMPODERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	21
1.1. PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD	22
1.2. SEPARACIÓN DE ALGUNAS CLASIFICACIONES DE DERECHOS Y CATEGORÍAS PARA EMPODERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	23
1.3. CRITERIOS O RASGOS ESTRUCTURALES QUE PERMITEN IDENTIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	31
1.4. NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EJEMPLOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS CON RELEVANCIA EN EL CONTEXTO DE CIUDAD BOLÍVAR	40
2. IDENTIFICACIÓN PARA EMPODERAR LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DIFUSOS	57
2.1. PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD	58
2.2. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN PARA EL EMPODERAMIENTO DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS	60

2.3. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	90
2.4. AUTOEVALUACIÓN	90
3. EMPODERAMIENTO DE DERECHOS CON MAYOR RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR	93
3.1. JUSTIFICACIÓN DE LA UNIDAD	94
3.2. PREMISAS BÁSICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	96
3.3. PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD	99
3.4. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO-DEBER	122
3.5. DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA	142
3.6. DERECHO AL ESPACIO PÚBLICO	155
3.7. DERECHO AL AMBIENTE SANO	166
3.8. ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS	186
3.9. AUTOEVALUACIÓN	187
3.10. BIBLIOGRAFIA	189

CONVENCIONES

Ae

Autoevaluación

Ap

Actividades pedagógicas

B

Bibliografía

Bs

Bibliografía seleccionada

J

Jurisprudencia

Oe

Objetivos específicos

Og

Objetivo general

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DE LA AUTORA

La autora es abogada de la Universidad Externado de Colombia, desde mayo de 1993, con especialización en Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes, en el año 1996.

Tiene una larga trayectoria como docente en posgrados de reconocidas universidades en materias de derecho constitucional y administrativo, desde hace 13 años. En la Universidad Nacional de Colombia dicta el módulo de procesos constitucionales en la especialización de Derecho Constitucional. En la Universidad Sergio Arboleda, dicta los módulos de procesos constitucionales y responsabilidad extracontractual del Estado. Y, en la Universidad del Rosario, dicta el módulo de interpretación constitucional.

Trabajó más de 17 años en las Altas Cortes. Se desempeñó como Auxiliar Judicial, Abogada Sustanciadora, Abogada de Tutela y Magistrada Auxiliar de la Corte Constitucional, durante los años 1992 a 2001 y 2006 a 30 de septiembre de 2009. En ejercicio de esos cargos debió sustanciar los procesos que se adelantaban en los despachos donde trabajó, recomendar la selección de fallos de tutela para su revisión y proyectar sentencias de constitucionalidad y tutela. De igual manera se desempeñó como Magistrada Auxiliar de las Secciones Tercera y Quinta del Consejo de Estado, durante los años 2001 a 2006. En esas oportunidades, tuvo bajo su responsabilidad la elaboración de los proyectos de fallo en materias de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, electoral, acciones de nulidad contra actos de la administración, acciones populares y de grupo.

Coautora del libro *Itinerario de la Jurisprudencia Colombiana de Control Constitucional como Mecanismo de Protección de Derechos Humanos*, editado por la Universidad del Rosario en el año 2009. Desde el 1º de octubre de 2009, fundó la sociedad “Alianza Legal”, cuya sede se encuentra en la calle 90 número 16-29, oficina 400, para prestar consultoría y apoyo jurídico en distintas áreas del derecho, especialmente en las áreas del derecho constitucional y administrativo.

JUSTIFICACIÓN

El proceso de desconcentración de justicia al que le apostó la Ley 1285 de 2009 y el interés social de las organizaciones privadas y entidades gubernamentales que apoyan el proyecto de “Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar”, con el que se pretende acercar el ciudadano y la ciudadana al Estado y generar una verdadera cultura de respeto por los derechos como instrumento de superación de la pobreza, encuentran su principal punto de apoyo en la justicia constitucional. En efecto, la eficacia del Estado Social de Derecho, de la democracia participativa y del carácter normativo de los principios y reglas que la Constitución de 1991 consagra, sólo es posible si se educa y enseña el ejercicio efectivo de los derechos a la población que se encuentra en mayores condiciones de marginación y exclusión.

De hecho, pese al avance que ha representado para nuestro país la constitucionalización del derecho público y privado, existen sectores de la población colombiana en los que se desconoce la existencia de derechos, o se entiende que su defensa es tan distante a ellos que hace impensable su ejercicio, o se considera que el monopolio del saber jurídico genera costos insuperables que hacen inviable el acceso a la justicia. Por esas razones, es fundamental transmitir y multiplicar, en forma fácil, didáctica y completa, la Constitución, entendida ésta como el conjunto de normas jurídicas superiores mínimas de organización de una sociedad, de manera que se acerque el derecho a la población marginal.

De esta forma, entonces, el derecho constitucional contemporáneo constituye una herramienta útil, eficaz y capaz de responder a las especiales necesidades y a los requerimientos particulares del contexto socioeconómico, cultural, político y antropológico de la población asentada en la localidad de Ciudad Bolívar, pues es posiblemente una de las áreas jurídicas que en mayor medida ha logrado humanizar el derecho, acercar al juez a la justicia material, afianzar el Estado democrático y responder en forma rápida a los requerimientos del servicio de justicia. Así las cosas, el módulo de derecho constitucional para la localidad de Ciudad Bolívar tiene tan importantes retos como lo tiene la eficacia misma de la Constitución, pues si dicha norma jurídica se aplica en espacios como en el que pretendemos asentarla, realmente se consolida el Estado Social de

Derecho y se avanza en el proceso de universalización del acceso a la justicia y la pacificación e integración de nuestra sociedad.

RESUMEN DEL MÓDULO

El módulo de Derecho Constitucional para el proyecto de “Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar”, centrará especial atención en la educación popular en derechos, para lo cual dejaremos claro que los derechos fundamentales no constituyen una categoría cerrada que está limitada a un catálogo taxativo o específico, ni que se identifica exclusivamente con los derechos humanos, o con los denominados por algún sector de la doctrina especializada como derechos de primera o segunda generación. Por el contrario, los derechos fundamentales serán los derechos que otorgan condiciones de vida digna, reivindican las nuevas oportunidades de progreso y los reintegra a una sociedad productiva. Por esa razón, ésta categoría se construye en la dinámica de la sociedad que busca dignificar al ser humano, lo cual es altamente significativo en la población desplazada, destinataria central de este proyecto.

Pero además de enseñar a identificar los derechos fundamentales, el módulo de derecho constitucional, mostrará cómo defenderlos mediante la acción de tutela y cómo interpretarlos cuando se encuentran en tensión con otros derechos de igual rango *ius fundamental*.

De igual manera, las dificultades de convivencia con los vecinos y vecinas, el inadecuado manejo de basuras, la falta de conciencia de la defensa del espacio público, la enorme contaminación ambiental y visual, en la que está inmersa la población que vive en la localidad de Ciudad Bolívar, obligan a priorizar la temática colectiva en el módulo de derecho constitucional. Por lo tanto, en este proceso de “empoderamiento jurídico” para que las personas que no poseen información y con escasos recursos económicos participen de manera efectiva en la sociedad, es necesario identificar los derechos colectivos, enseñar a diferenciar los derechos fundamentales de los derechos colectivos o difusos y aprender a defender estos derechos que no sólo hacen parte de la responsabilidad actual con las nuevas generaciones, sino también que mejora la calidad de vida de sus pobladores.

Finalmente, el módulo de derecho constitucional en el proyecto piloto “Modelo de desconcentración de servicios judiciales de la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D.C.”, se hace indispensable para iniciar el proceso de cambio cultural de ideas machistas, estigmatizantes, impositivas y discriminatorias, muy arraigadas en esa población, que dificultan el desarrollo, el progreso y la vida en comunidad. Por ello, es muy importante trabajar algunas reglas fundamentales para entender los derechos a la igualdad, a la vivienda digna, a la educación, al espacio público y al ambiente sano.

OBJETIVOS

Og

OBJETIVOS GENERALES

- Contextualizar a los jueces, juezas, empleados y empleadas que prestarán sus servicios en Ciudad Bolívar sobre los asuntos de mayor incidencia constitucional en la localidad, de tal forma que la práctica judicial contribuya a materializar el Estado Social de Derecho en nuestro país.
- Sensibilizar a los aplicadores jurídicos en relación con la especialidad que implica administrar justicia para la población más vulnerable y estigmatizada de la sociedad y tener en sus manos la enorme responsabilidad de acercar el Estado al ciudadano con efectividad y eficacia en la defensa de los derechos.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar los criterios para identificar los derechos fundamentales innominados.
- Enunciar la amplitud de posibilidades en que pueden protegerse los derechos de subsistencia.
- Delimitar la procedencia de las acciones populares y de tutela

- Reconocer la importancia de las acciones constitucionales, en la búsqueda de una mejor calidad de vida para la gente de escasos recursos económicos.
- Reconocer que la población desplazada asentada en la localidad de Ciudad Bolívar, en particular, debe ser tratada como uno de los sujetos de especial protección del Estado que requiere la intervención activa y eficaz de la justicia.
- Identificar cuáles son los derechos de mayor incidencia constitucional en Ciudad Bolívar

Unidad 1

TENDENCIAS ACTUALES PARA EMPODERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Og

OBJETIVO GENERAL

- Identificar los derechos fundamentales que pueden protegerse por vía de tutela sin necesidad de ley que los desarrolle.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Desarrollar la cultura de respeto por los derechos fundamentales de los habitantes de Ciudad Bolívar.
- Reconocer la existencia de derechos fundamentales explícitos e implícitos que, a pesar de que no se encuentran formalmente en el texto constitucional, también pueden protegerse por vía de la acción de tutela.
- Adquirir herramientas jurídicas para proteger los derechos fundamentales de la población vulnerable.
- Identificar los criterios que sirven para identificar los derechos fundamentales

PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD

Parecería que identificar los derechos fundamentales es un asunto fácil y superado en nuestra doctrina, pues bastaría con conocer la lista de los que pueden ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, o con acudir al Título de la Constitución que así los reconoce. Sin embargo, cada vez más, aparecen en la cotidianidad del ejercicio judicial a cargo de los jueces constitucionales, un sin número de derechos, cuya protección se reclama con carácter urgente, que no figuran en la Constitución, ni aparecen definidos como derechos fundamentales en catálogos normativos cerrados, pero que ponen a prueba la efectividad del Estado Social de Derecho. De igual manera, cada vez es más frecuente encontrar sentencias de la Corte Constitucional que protegen por vía de tutela, derechos que tradicionalmente se consideraban colectivos, o prestacionales, o de “tercera generación”, o de cualquier otra categoría que no alcanzaba el rango *ius fundamental*, y por esa razón, no podían ser objeto de protección por parte del juez de tutela.

Este panorama, sumado al hecho de que, hace algunos años, la Corte Constitucional abandonó la idea de definir qué es un derecho fundamental y de que el proceso de desconcentración de justicia implica un acercamiento más profundo del juez a las realidades sociales como las que se presentan en la localidad de Ciudad Bolívar, tan complejas como atadas a culturas ancestrales, tan disímiles como innovadoras, o tan simples como ininteligibles, exigen que el juez constitucional vuelva a las premisas básicas que le permitan inferir a casos, incluso impensables, la lógica de la Constitución de 1991. Dicho en otros términos, en escenarios en los que la realidad fáctica supera la realidad normativa, pese a lo cual, al juez corresponde administrar justicia, se propone nuevamente un ejercicio deductivo de criterios primarios para resolver con justicia, igualdad y seguridad jurídica los asuntos sometidos a consideración judicial.

Es posible, entonces, hablar de un ¿derecho fundamental a abortar?, o de un ¿derecho protegible por vía de tutela a tener agua potable en su hogar?, o ¿estamos frente a un derecho fundamental cuando le exigimos a Transmilenio que no cobre el pasaje de los menores de dos años de edad?, o es ¿viable referirnos al derecho fundamental a la visita conyugal en las cárceles?, o ¿podemos proteger en sede constitucional el derecho que la

ley les da a los desplazados a tener subsidios de alimentación o vivienda?, o ¿hablamos de un derecho fundamental cuando se pretende exigir a la autoridad que pavimente vías de un barrio cuyo acceso es imposible?

Todas esas preguntas exigen determinar en primera medida si nos encontramos frente a derechos fundamentales implícitos o con positivización de principios de los cuales derivan. La cantidad de dudas que generan y la dificultad para resolverlas rápidamente ya es suficientemente sugestiva y reveladora de la necesidad de entender cuáles son los derechos fundamentales. Es, pues, necesaria una mínima construcción dogmática de criterios de identificación de los derechos fundamentales porque, en la actualidad, existe un sinnúmero de situaciones que no se encuentran expresamente en el texto superior, pero que su carácter implícito exige su protección por vía de la acción de tutela. De hecho, no debemos olvidar que la condición fundamental del derecho es inexcusable para su protección por vía constitucional, es el punto de partida para establecer si proceden, o si deben despacharse las pretensiones de amparo preferente.

Para enfrentar ese reto, empezaremos por mostrar cómo la praxis del derecho constitucional actual exige que en algunas situaciones nos separemos de las clasificaciones tradicionales de los derechos. Luego, buscaremos criterios positivos de identificación de los derechos fundamentales. Y, posteriormente, veremos cómo se aplican esos criterios en casos usuales o con importante utilidad en el contexto social, económico y cultural de la comunidad de Ciudad Bolívar.

SEPARACIÓN DE ALGUNAS CLASIFICACIONES DE DERECHOS Y CATEGORÍAS PARA EMPODERAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La clasificación constitucional no es vinculante

A pesar de que nuestra Constitución introduce la categoría normativa de derecho fundamental a nuestro ordenamiento superior, no lo define, ni establece un listado taxativo de derechos que alcancen el rango de fundamental, pues recordemos que, tal y como lo advirtió la Corte Constitu-

cional desde la **sentencia T-02 de 1992**, el capítulo I del Título II de la Constitución que identifica el tema a desarrollar como el “*De los Derechos Fundamentales*”, es tan sólo un criterio indicativo no vinculante al intérprete, por cuanto los títulos y capítulos no fueron aprobados por la Asamblea Nacional Constituyente sino que fueron introducidos por la Comisión de Estilo. Luego, la identificación de los derechos fundamentales no resulta tan fácil como acudir a un texto normativo cerrado, pues no puede efectuarse única y exclusivamente con base en el catálogo previsto en el Capítulo I del Título II, el cual, incluso, incluye algunos derechos que no son fundamentales y excluye otros que sí lo son.

En síntesis, no son todos los que se encuentran en el Capítulo I, Título II de la Constitución, ni todos los derechos que allí están son fundamentales. Por ejemplo, el derecho a la educación de mayores de edad consagrado en el artículo 67 superior, puede ser fundamental, pero el derecho a la paz, regulado en el artículo 22 no lo es.

El listado constitucional de derechos no es suficiente

Pero además, la propia Constitución introduce otra complicación para definir cuáles son los derechos fundamentales. Por su expresa disposición, la regulación o positivización constitucional no corresponde a una lista exhaustiva de derechos, ni fue diseñada con vocación de plenitud en la formulación de los derechos protegibles por vía constitucional. Así, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta regulan cláusulas expansivas de los derechos fundamentales o lo que la doctrina especializada ha denominado cláusulas de derechos innominados, según las cuales el aplicador jurídico puede acudir a algunos instrumentos internacionales para: i) interpretar los derechos y garantías que la Constitución regula y, ii) ampliar el catálogo de derechos en aquellos casos en los que a pesar de que no han sido regulados por nuestro Constituyente son inherentes a la persona humana o involucran la protección que otorga el derecho internacional humanitario a los derechos humanos.

De hecho, estas cláusulas corresponden a una costumbre usual en el constitucionalismo contemporáneo. Por ejemplo, el artículo 16.1 de la Constitución portuguesa, señala que la enumeración de los derechos consignados

en la Constitución no excluye cualesquiera otros que resulten de las leyes y de la formulación constitucional de los derechos y libertades fundamentales. En igual sentido, la enmienda 9 de la Constitución Americana, dispone que “*aunque la Constitución enumere ciertos derechos, no ha de entenderse que niega o menosprecia otros que conserva el pueblo*”. De igual manera, el artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn indica que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

De esta manera, la propia Constitución consagró una “puerta abierta” a nuevos derechos fundamentales no formulados de manera expresa, con lo cual permite que intérprete y operador judicial se adapte a nuevas realidades y a las necesidades cambiantes de las personas. Corresponde a cláusulas de apertura respecto de la protección de derechos no enumerados formalmente que permite un proceso de enriquecimiento, ampliación o extensión de los derechos fundamentales.

Con base en ello, exploremos cuáles de las clasificaciones tradicionales sirven de apoyo o deben excluirse para identificar los derechos fundamentales en contextos tan complejos como el de Ciudad Bolívar:

Los derechos fundamentales no necesariamente coinciden con los derechos naturales

La filosofía *ius naturalista* aportó su principal concepción ideológica para explicar que los derechos fundamentales son los derechos que el hombre tiene por su condición de ser humano, de ahí que son derechos naturales, universales, superiores e independientes del ordenamiento jurídico positivo y, de este modo, son anteriores al Estado. Esta fue la primera tendencia de identificación de los derechos fundamentales que utilizó la Corte Constitucional. Por ejemplo, en **sentencias T-002 de 1992, T-418 de 1992, T-419 de 1992, T-462 de 1992 y T-1306 de 2000**, esa Corporación dijo que son los derechos que una persona tiene “*en razón de su naturaleza*”, son “*garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible*” y son los que “*corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir,*

como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente”.

En el derecho comparado, las críticas a la posición *ius naturalista* de los derechos fundamentales, se enfatiza en las distorsiones históricas que permitieron imponer entendimientos personales de derechos que estaban por encima del Estado, para justificar atropellos y horrores contra algunas personas, por eso prefieren identificar los derechos fundamentales con los derechos humanos.

Entre nosotros, esta tendencia originó fuertes debates en relación con la posibilidad de que se prediquen derechos fundamentales de las personas jurídicas y de que sean protegidos por medio de la acción de tutela derechos que no estaban en estrecha e inescindible relación con la identidad y supervivencia del ser humano, tal es el caso de los derechos al debido proceso, a la huelga, a la negociación colectiva y de acceso a la administración de justicia. Era lógico cuestionar si los derechos fundamentales son aquellos derechos propios de la “naturaleza humana”, no podían ser titulares de los mismos las personas jurídicas o no podían ser considerados como tales aquellos que fueron diseñados por el Estado para la vida en sociedad. Pero como esa no podía ser la lógica de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo, ese criterio fue paulatinamente abandonado por la jurisprudencia y la doctrina.

Los derechos fundamentales no se agotan con los derechos humanos

Otro sector de la doctrina identificó los derechos fundamentales con los derechos humanos. Sin embargo, parecería que el carácter humano del derecho fundamental es insuficiente, por dos razones.

La primera, porque como claramente lo enseñan autores como **Scheneider y Jellinek**, los primeros desbordan los derechos humanos, en tanto que no están reducidos a un círculo determinado de personas (las naturales) y, además, confieren un *status* con protección constitucional en el ordenamiento interno. Evidentemente, en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales también pueden predicarse de las personas jurídicas.

dicas. Por ejemplo, el debido proceso de las empresas o, incluso, de las entidades públicas cuando son parte en actuaciones judiciales.

La segunda, porque mientras los derechos fundamentales tienen una connotación en los ordenamientos internos que desarrollan el concepto, los derechos humanos tienen vocación de universalización en el derecho internacional, ello porque no hay un criterio en de *ius fundamentalidad* que sea universalmente aceptado. De hecho, autores como Peces-Barba consideran que el concepto de derechos humanos no sirve de referente universal del derecho fundamental.

Obviamente, estas premisas no son aplicables para aquella parte de la doctrina que considera sinónimos los conceptos de derecho fundamental y derecho humano, entendido este último no sólo como un derecho de los seres vivos, sino también de las ficciones jurídicamente protegidas.

Los derechos fundamentales no son únicamente los derechos de primera generación

Siguiendo clasificaciones tradicionales de los derechos, otro sector de la doctrina definió los derechos fundamentales como derechos de primera generación, excluyendo de esta forma los demás. Sin embargo, esta clasificación se quedó corta o, incluso, imprecisa para identificar derechos fundamentales.

Se había dicho que los derechos de primera generación son los clásicos de libertad, tales como las libertades de expresión, religiosa, circulación, de propiedad y libertad. Los derechos de segunda generación, aquellos que concretan libertades individuales en un contexto social, esto es, los que le permiten al ciudadano interactuar con los grupos a los que pertenecen o quieren pertenecer y requieren del Estado para su efectividad. Como ejemplos clásicos de estos derechos encontramos los de reunión, asociación y de participación. Dentro de ellos, también se encuentran los identificados como derechos económicos, sociales y culturales: salud, educación, trabajo, ocio. Por su parte, los derechos de tercera generación, son los que desbordan esferas subjetivas y protegen derechos de todos, tales como el medio ambiente, la diversidad ecológica, etc. Y, hoy se habla de los derechos de cuarta generación, como los referidos al progreso tecnológico y

científico. Como ejemplo presenta el derecho a la protección frente a la manipulación de datos informáticos o los derechos de la biomedicina.

Ahora, la identificación de los derechos fundamentales con la de los derechos de primera generación o de libertad, permitiría resolver afirmativamente el siguiente interrogante: el derecho a la libertad de locomoción, que corresponde a un clásico derecho de libertad, ¿es fundamental cuando su eficacia depende de la construcción de una carretera o de una vía pública? Dicho en otros términos, para proteger el derecho a la libertad de locomoción ¿podríamos exigir, por medio de la acción de tutela, la construcción de un puente, por el sólo hecho de que se invoca un derecho fundamental?. En estricto sentido, parecería que la respuesta correcta a esa pregunta no puede ser unívoca ni fácilmente determinada, de manera *a priori*, pues dependería del caso concreto. Si se protege el derecho a la locomoción en su faceta fundamental, el amparo constitucional procede, pero como ese mismo derecho tiene un alto componente de derecho de prestación, en esa faceta no es objeto de protección por vía de la acción de tutela.

De igual manera piénsese el caso de un derecho como el del medio ambiente, típicamente difuso o colectivo, cuya protección se reclama cuando se botan basuras al lado de una fuente hídrica, de la que toma una familia para su consumo vital. En este caso, pueden pretenderse medidas de protección por vía de la acción de tutela, puesto que no se ampara la faceta del derecho colectivo, sino de su componente fundamental.

Luego, un típico derecho de libertad como es el de locomoción no siempre adquiere el rango de fundamental. Y, a su turno, un típico derecho colectivo (de tercera generación) puede ser objeto de protección como derecho fundamental. Esos ejemplos muestran que la categoría cerrada de derechos de tercera generación tampoco es suficiente para definir la naturaleza fundamental de un derecho.

No todos los derechos fundamentales están expresamente positivizados

Otra tendencia en la doctrina y la jurisprudencia para identificar los derechos fundamentales, la cual se mantiene parcialmente, entiende por éstos los derechos humanos positivados en el ordenamiento interno. Esta tesis representa un avance respecto de la simple identificación entre derechos humanos y fundamentales porque incluye los derechos personalísimos y los de carácter político, tanto para los nacionales como para los extranjeros. Pero, en especial, porque constituyen barreras de protección frente al excesivo poder del Estado.

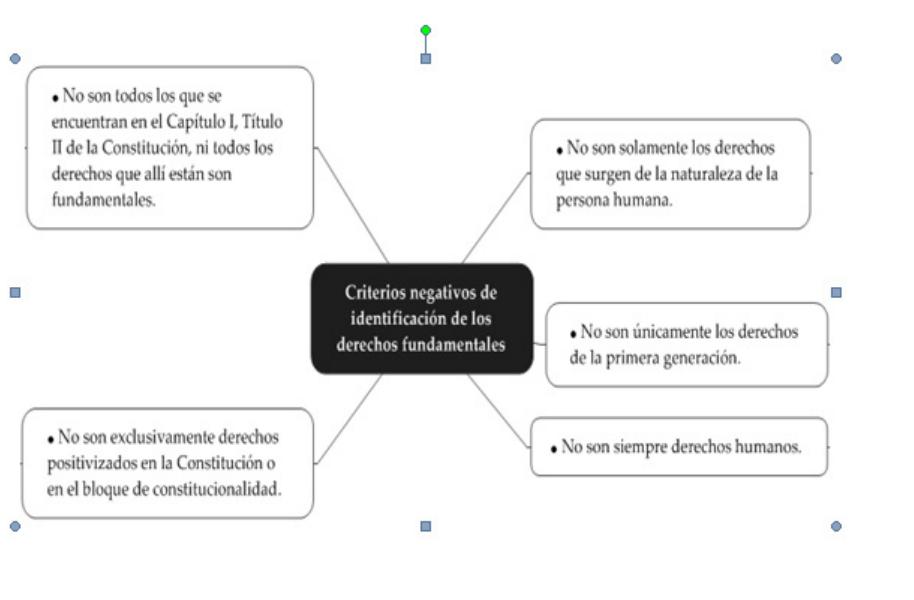
El autor español **Antonio Pérez Luño** definía el concepto de derechos fundamentales como “*derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*”¹. Para este autor, son tres los elementos estructurales del derecho fundamental: i) la categoría de derecho humano, ii) su positivización en la Constitución y, iii) la especial protección en el ordenamiento interno.

En esta misma línea, otro autor español, **Javier Jiménez Campo**, parte del supuesto de que un derecho fundamental es “*ante todo un derecho creado por la Constitución*”

No obstante el aporte de la tesis para la identificación de los derechos fundamentales parecería que no es suficiente, en tanto que existe una gran cantidad de derechos fundamentales que no se encuentran expresamente positivados en el orden interno, pero incluso tampoco lo están en el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la existencia de estos derechos no se debate porque surgen o derivan de principios normativos y derechos constitucionales estructurales. Son ejemplos típicos de estos derechos innominados los que la jurisprudencia colombiana ha denominado derechos fundamentales al mínimo vital y a la tranquilidad, cuya fundamentalidad, a pesar de que no surge de ninguna norma superior escrita, no se discute.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Madrid. 1991.

En síntesis, el siguiente cuadro muestra esquemáticamente cuáles son los criterios negativos o los elementos que excluyen la identificación de los derechos fundamentales:



Después de presentar criterios de identificación negativa de los derechos fundamentales que nos permite separarnos de algunas clasificaciones tradicionales y concluir su categoría especial, ahora presentaremos algunos criterios positivos para encontrar los derechos fundamentales.

CRITERIOS O RASGOS ESTRUCTURALES QUE PERMITEN IDENTIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La *ius fundamentalidad* de un derecho se determina en el caso concreto.

La jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional sostiene que los derechos fundamentales no se inscriben en una lista taxativa de validez universal, sino que surgen para y por las necesidades concretas e históricas de cada sociedad dinámica. Así, siguiendo a la doctrina especializada², se tiene claro que el concepto de derecho fundamental es histórico, se forma, enriquece y evoluciona al paso de las sociedades en concreto. Eso explica la marcada incidencia pretoriana del proceso de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Luego, ese concepto se construye, con instrumentos o criterios generales dogmáticos que permiten identificarlo, pero a partir de las vicisitudes de la praxis de cada sociedad.

Esto muestra que un mismo derecho puede tener varias facetas y sólo en el caso concreto es posible definir si es fundamental y, por esa razón, puede ser protegido por vía de la acción de tutela. Por ejemplo, la salud es un derecho fundamental autónomo³, es un derecho prestacional (artículo 49 superior), es un derecho colectivo (la salubridad pública: artículo 4º de la Ley 472 de 1998) y es un servicio público (artículo 49 de la Carta). De igual manera, el derecho a la paz es fundamental cuando adquiere el carácter de derecho a la tranquilidad y es colectivo cuando se predica del derecho de una comunidad a la convivencia pacífica.

2 GREGORIO CÁMARA VILLAR y OTROS. COORDINADOR BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO. *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II. Cuarta Edición*. Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Página 37.

3 Entre muchas otras, la *ius fundamentalidad* en forma autónoma del derecho a la salud se explica en las sentencias de la Corte Constitucional T-859 de 2003, T-016 de 2007, T-028 de 2007, T-060 de 2007, T-850 de 2002, T-859 de 2003, T-538, T-697 de 2004, T-858 de 2004, T-666 de 2004 y T-760 de 2008.

Sin embargo, esa flexibilidad de los derechos no significa que cada juez o cada aplicador jurídico tienen libertad para inferir personalmente la naturaleza fundamental del derecho a aplicar, puesto que existen *standares generales* que permiten identificar este tipo especial de derechos. Lo contrario, permitiría un relativismo peligroso en la defensa de los derechos fundamentales, pues evaluar si tienen esa naturaleza preferente dependería del concepto subjetivo del aplicador jurídico. Es necesario avanzar, entonces, en criterios objetivos para su identificación.

Los derechos fundamentales se identifican por su importancia o incidencia en el ordenamiento constitucional

La doctrina ha sido unánime en sostener que los derechos fundamentales legitiman el Estado y su efectividad se convierte en una medida razonable de la validez del sistema político adoptada en la Constitución. Por esa misma razón, la principal garantía con la que cuentan los administrados es la defensa de la eficacia de sus derechos fundamentales, lo cual, obviamente supone la exigencia de crear instrumentos procesales eficaces, sumarios y rápidos para promover su protección.

Los derechos fundamentales, entonces, tienen como funciones derivadas del Estado Social de Derecho, la limitación al poder del Estado y la efectividad de la justicia en los casos concretos, por lo que son principalmente "*derechos de defensa frente al Estado*". Pero, también, los derechos fundamentales tienen funciones derivadas del carácter democrático del Estado Constitucional, en tanto que garantizan la participación libre, voluntaria e igualitaria de los asociados en el manejo, control y dirección del Estado. Son, entonces, los derechos fundamentales, normas que definen el modelo constitucional y la forma de Estado.

Esa inmensa responsabilidad que se atribuye a los derechos fundamentales, muestra que solamente adquieren ese carácter los derechos con incidencia constitucional. Por el contrario, los debates que simplemente surgen de la aplicación e interpretación de la ley o del reglamento no son susceptibles de protección por vía de la acción de tutela. A este respecto, son frecuentes los fallos de la Corte Constitucional que niegan la protección de derechos porque no alcanzan el rango de constitucional

y su debate es de rango legal. Por ejemplo, la **sentencia T-638 de 1997**, dijo que las controversias sobre el cumplimiento de contratos es de rango legal. La **sentencia T-365 de 2006**, manifestó que la asignación de rutas a las empresas de transporte urbano es un debate de carácter legal que no puede resolverse por vía de la acción de tutela. En el mismo sentido, la **sentencia T-922 de 2002**, indicó que la validez de las tarjetas de operación de las empresas de servicios públicos de transporte no generan derechos fundamentales sino de rango legal. La **sentencia T-061 de 1999**, manifestó que las controversias por nivelación salarial, por regla general, surgen de debates de rango legal, por lo que no involucran derechos fundamentales.

La dignidad es el principal criterio de identificación de un derecho fundamental

Siguiendo la doctrina Alemana y en aplicación del artículo 1º de la Carta que establece el principio de dignidad como fundamento del orden constitucional, la Corte Constitucional colombiana ha admitido que la dignidad es el verdadero fundamento de *la ius fundamentalidad*, de tal forma que si el derecho conduce a la dignificación o a la eficacia de la dignidad humana, será fundamental. Por ejemplo, la **sentencia T-227 de 2003**, dijo que “será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. De igual manera, la **sentencia C-019 de 2007**, explicó que los derechos fundamentales “emanan de la dignidad de la persona humana, ligados por tanto indisolublemente a dicha persona y con carácter universal”.

Ahora bien, para identificar el concepto de dignidad humana es muy frecuente en la jurisprudencia su remisión a las posturas normativas o funcionales que la asimilan a la “*libertad de elección de un plan de vida concreto*”, de manera que la persona pueda gozar, dentro de sus propias condiciones, de bienes y servicios que le permitan vivir y desarrollar un papel activo en la sociedad.

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha aclarado que las personas jurídicas también pueden reclamar la protección de derechos fundamentales. Por ejemplo, la **sentencia SU-182 de 1998**, concluyó que los derechos de las personas jurídicas que están estrechamente ligados a su existencia o

a su actividad, serán fundamentales. Por consiguiente, respecto de este tipo de personas, se pueden predicar derechos fundamentales directos, esto es, los que surgen de la propia persona jurídica (por ejemplo: debido proceso, acceso a la justicia, libertad de empresa, igualdad, huelga, negociación colectiva y otros) y derechos fundamentales indirectos, como aquellos que resultan un instrumento para la protección de intereses de las personas naturales que la integran (por ejemplo: derecho a la reserva de información, al buen nombre de la empresa, de asociación e información, entre otros).

En este sentido, los derechos fundamentales responden a necesidades de las personas que le permiten vivir dignamente en sociedad. Son, entonces, principios o reglas normativas que permiten vivir de manera digna, igualitaria y segura en una sociedad democrática.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos

El carácter individual, subjetivo o particular de la protección que se pretende es uno de los criterios más útiles para identificar los derechos fundamentales. De hecho, la doctrina y la jurisprudencia definen el derecho fundamental a partir de su singularidad. Así, se ha dicho que los derechos fundamentales son “*verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular su exigencia ante los tribunales frente a los poderes públicos cuando dicho derecho sea conculado. Es decir, los derechos fundamentales desarrollan constitucionalmente frente al poder público una eficacia vinculante que tiene carácter inmediato y directo*”⁴. Otro autor español, **Javier Jiménez Campo** de manera sencilla los definió como “*aquellos derechos subjetivos que, por su definición en la norma primera del ordenamiento, se imponen incluso al legislador*”⁵. **Luigi Ferrajoli**, manifestó que “*son derechos fundamentales aquellos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”⁶

⁴ GREGORIO CÁMARA VILLAR y OTROS. COORDINADOR BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO. *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II. Cuarta Edición.* Editorial Tecnos. Madrid. 2009. Página 61.

⁵ JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER. *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías.* Editorial Trotta. Madrid. 1999. Página 17.

⁶ FERRAJOLI, LUIGI. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.* Editorial Trotta. Madrid.

En este mismo sentido, por ejemplo, la **sentencia T-049 de 2008**, dejó en claro que “*la naturaleza misma del derecho fundamental muestra que su ámbito de protección se limita a situaciones subjetivas y a personas determinadas*”.

De hecho, sólo si tenemos claridad de que un derecho fundamental se protege en la medida en que se predique de su titular, a pesar de que su campo de aplicación desborde la particularidad, podemos distinguir con facilidad los derechos susceptibles de protección por vía de la acción de tutela o de la acción popular.

Los derechos fundamentales son aquellos que pueden protegerse por vía de la acción de tutela

En términos de los instrumentos internacionales, este tipo de derechos son los que gozan de garantías procesales reforzadas. Ahora, aunque éste no puede ser el único criterio para identificar estos derechos porque se convertiría en un argumento circular (cuáles son los derechos fundamentales: los que se protegen por tutela y cuáles se protegen por tutela: los derechos fundamentales), sí aporta elementos de juicio para identificarlos. De hecho, como bien lo advertía **Norberto Bobbio**, ante la dificultad de encontrar un fundamento último de los derechos fundamentales, dada la relatividad cultural de los pueblos, deja de ser lo más importante indagar sobre su fundamentación, para centrar la atención en la búsqueda de instrumentos procesales ciertos y eficaces para protegerlos.

Así las cosas, la vía constitucional es la adecuada para proteger derechos ciertos, esto es, los que permitan exigirle al Estado en forma directa, ya sea la abstención o la prestación. En el primer caso, se garantiza el ejercicio adecuado del derecho con la prohibición de intromisión arbitraria del Estado y de los particulares. Por ejemplo, en los derechos fundamentales cuyo contenido es una garantía o libertad, la regla general de protección judicial radica en la exigencia de no intervención. El caso típico es el de los vecinos que hacen mucho ruido y no permiten el descanso, esto es producen una intromisión arbitraria en los derechos a la tranquilidad e intimidad. En

ese caso procede la tutela para exigir la no intervención porque la faceta de los derechos referidos es subjetiva, cierta y dignifica al hombre.

En el segundo caso, esto es en los derechos de prestación, cuya garantía no se obtiene con la abstención, sino con la actuación o una disposición activa que esté dirigida a lograr la plena eficacia del derecho, la protección por medio de la acción de tutela es más discutible, no porque no se trate de un derecho fundamental sino porque su justiciabilidad no es siempre inmediata. Por ejemplo, el carácter fundamental y la protección del derecho a la educación de mayores de edad, no sólo requiere de su proclamación sino también de un conjunto de prestaciones que lo hagan efectivo, como el hecho de nombrar y pagar profesores, construir colegios y universidades, instalar y mantener bibliotecas. En esos casos, los jueces constitucionales no siempre están obligados a promover los derechos y libertades públicas, pues únicamente lo podrán hacer si se presentan determinadas prestaciones o condiciones particulares para su eficacia, tal es el caso de partidas presupuestales para el efecto o afectación la afectación de la dignidad humana que exija la intervención urgente de la autoridad judicial.

Los derechos fundamentales son universales

Este criterio de identificación no está referido a su expansión en el mundo entero, sino más bien a la aplicación igualitaria del derecho en nuestra sociedad. En otras palabras, si el derecho se aplica a todos los que se encuentran en las mismas condiciones (a todas personas naturales o jurídicas, sin consideración a que son hombres o mujeres, niños o niñas, de la tercera edad, pobres o ricos, etc), será un derecho fundamental. Luego, el derecho fundamental se ha entendido como una categoría que se impone frente a todas las autoridades, lo que incluye al legislador y al juez, y a los particulares en situaciones en las que se rompe el principio de igualdad.

Un criterio en discusión: La eficacia inmediata del derecho fundamental

Para algún sector de la doctrina y la jurisprudencia⁷, la eficacia inmediata o aplicación directa, es un rango distintivo del derecho fundamental. Dicho de otro modo, sólo si el derecho es exigible en forma inmediata es fundamental y, por consiguiente, puede ser protegido por vía de la acción de tutela. A primera vista, podría pensarse que este parecería ser uno de los criterios que adoptó el constituyente, pues el artículo 85 de la Constitución dispuso un listado de los derechos “de aplicación inmediata”. En esta línea, los derechos que pueden protegerse en forma directa, sin que medie ley que disponga su aplicación, serán los fundamentales.

No obstante, otra postura afirma que los derechos fundamentales son, por esencia, oponibles principalmente frente al Estado, por lo que su efectividad no requiere de desarrollo legislativo que lo imponga. El derecho fundamental, entonces, tiene eficacia directa e inmediata, tanto para el legislador como para las autoridades administrativas y los jueces. Así, en referencia al sentido de los derechos fundamentales en la Constitución Alemana, **Hans Peter Schneider** sostiene que su principal característica está dada por su aplicabilidad, pues *“los derechos fundamentales representan incluso un derecho directamente aplicable, que obliga y vincula directamente a todos los poderes del Estado”*⁸.

En este sentido, los derechos fundamentales son preexistentes a la ley, de ahí que se impone frente al propio Legislador, quien no puede desfigurarlo o dejarlo sin efectos (afectar su núcleo esencial) sin incurrir en inconstitucionalidad de la medida.

En esta línea argumentativa, la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional ha explicado que *“la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democrática-*

⁷ Esta tesis fue defendida en algunas sentencias de la Corte Constitucional en sus primeros años. Por ejemplo, la sentencia SU-225 de 1998.

⁸ SCHENEIDER, HANS PETER. *Democracia y Constitución*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991. Página 119.

mente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad”⁹.

Por esta razón, la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional abandonó la tesis de los derechos fundamentales por conexidad, pues considera que aún los derechos económicos, sociales y prestaciones pueden ser fundamentales en circunstancias que no dependen de su exigibilidad, sino de su relación directa con la dignidad de una persona individualmente considerada, con la urgencia y necesidad de su protección inmediata y efectiva. En este sentido, **derechos como la salud**, que tradicionalmente fueron considerados derechos no fundamentales, cuya protección por vía constitucional sólo procedía cuando se encontraban en conexidad con derechos de este rango, ahora son tratados como fundamentales en forma autónoma o *per se*¹⁰.

En conclusión, aún en aquellos casos en los que la protección del derecho genere erogaciones presupuestales, o requiera de la intervención activa de las autoridades públicas, o exija la realización de determinadas prestaciones, el derecho es fundamental y puede protegerse por vía de la acción de tutela cuando:

9 Sentencia T-016 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido, sentencia T-060 de 2007 del mismo ponente, entre muchas otras.

10 Al respecto, vale la pena traer un aparte de la sentencia T-1066 de 2006. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto, en la cual la Corte explica que “existe un derecho fundamental autónomo a la salud, como derecho constitucional que funcionalmente está dirigido a materializar la dignidad humana y que se traduce en un derecho subjetivo, sin que se requiera la demostración de conexidad alguna con otros derechos catalogados como fundamentales, posición que ha superado erróneas concepciones que sostienen una naturaleza diferente, entre los derechos de que son titulares los seres humanos. Esta distinción no deja de ser artificial en muchos sentidos y desconoce pronunciamientos contenidos en instrumentos internacionales, en el sentido que todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales, son indivisibles e interdependientes”



Con base en todo lo expuesto, veamos ahora casos en los que, aplicando los criterios de identificación analizados, se ha inferido el carácter fundamental de algunos derechos que no se encuentran expresamente consagrados en la Constitución.

NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EJEMPLOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS CON RELEVANCIA EN EL CONTEXTO DE CIUDAD BOLÍVAR

Un rápido recorrido por la jurisprudencia constitucional muestra que el reconocimiento de los derechos fundamentales no se agota con el listado de normas constitucionales que expresamente señalan marcos de protección. Evidentemente de derechos positivizados se han deducido otros que, actualmente, gozan de amplio desarrollo conceptual. Es frecuente hablar del derecho fundamental al mínimo vital (derivado del derecho a la vida digna), del derecho fundamental a la tranquilidad (surge de los derechos a la paz e intimidad), del derecho fundamental a la visita conyugal en las cárceles (derivado de los derechos a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana), entre otros. Bastante más intenso ha sido el debate en torno a los derechos fundamentales de las mujeres a su cuerpo, su sexualidad, su capacidad reproductiva, a fundar una familia, la intimidad y libertad de matrimonio, de los cuales la Corte Constitucional¹¹ dedujo la posibilidad de que algunas mujeres decidan sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe advertir que, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, el aborto no está penalizado únicamente en tres situaciones que se consideraron afectaban gravemente los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas, en todos los demás casos, el aborto sigue siendo un tipo penal objeto de reproche punible¹².

El derecho fundamental al agua potable

Una de las principales características de las zonas media y baja de la localidad 19 de Bogotá, es la precaria y ausente construcción de las redes de servicios públicos y, en especial, las dificultades que tienen en la distribu-

11 Sobre la naturaleza fundamental de esos derechos pueden verse las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009, entre otras.

12 En relación con este tema puede consultarse la Unidad I, denominada Los Derechos Fundamentales y su Protección Penal del Módulo de Derecho Penal elaborado para este mismo proyecto por el doctor ORLANDO ENRIQUE PUENTES.

ción del servicio de acueducto y alcantarillado, pues para muchos de sus pobladores el abastecimiento de agua se hace por medio de carro tanques.

Esa situación se explica no sólo porque el principal desarrollo urbanístico de la Ciudad Bolívar fue ilegal, sino también porque las condiciones de extrema pobreza de la localidad dificultan acceder a estos beneficios. De hecho, de acuerdo con los estudios de la Secretaría de Salud Distrital, el 32,8% de los asentamientos carece de conexión legal de acueducto y un 49% de ellos no goza de alcantarillado, por lo que, en algunos lugares, el agua llega una vez a la semana, durante tres horas si se paga un precio promedio de seis mil pesos¹³. Y, de acuerdo con el estudio adelantado por la Universidad Nacional de Colombia para el proyecto de Desconcentración de Justicia en Ciudad Bolívar, sólo el 3,9% de la población en situación de desplazamiento, disponen de acueducto, acceso a alcantarillado y recolección y disposición final de residuos sólidos.

Eso muestra que una de las deficiencias usuales en la localidad se relaciona con al agua potable. Veamos, entonces, si esa problemática puede enfrentarse por las vías del derecho constitucional y, en especial, si de esa situación podemos predicar la existencia de un derecho fundamental. Para ello, utilizaremos ejemplos que nos aclaren el tema:

María Rodríguez acudió a la acción de tutela para solicitar que el Alcalde de su localidad suministre agua potable en su hogar, pues de acuerdo con los estudios realizados por técnicos ambientalistas, ella y su familia reciben agua no apta para el consumo humano

María no aportó estudios especializados que demuestren la mala calidad del agua que recibe: ¿el juez pude solicitar prueba de oficio?

Si, en tutela, los jueces tienen amplias facultades oficiosas para pedir a las autoridades públicas y a los particulares información que permita proteger los derechos fundamentales efectivamente vulnerados. Por

¹³ Datos tomados de la investigación titulada “Local Justice, Social Violence, and Egalitarian Public Policies: Toward a Comprehensive Conflict Resolution System in Bogotá, Colombia” del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA. Director: UPRIMNY YEPES, Rodrigo.

consiguiente, el juez, de oficio puede solicitar a la Secretaría de Salud del Distrito Capital, o del Departamento de Cundinamarca, o a laboratorios especializados de análisis de potabilidad del agua, que dictaminen sobre la calidad del agua consumida. Cabe advertir que en aquellos casos en los que se solicite la prueba a laboratorios privados y los actores no tengan los recursos económicos para sufragar los costos, el pago de honorarios puede ordenarse a cargo de la autoridad que tiene la responsabilidad de asumir la prestación eficiente del servicio y no lo hace.

¿A pesar de que María no invocó ningún derecho fundamental para su protección podemos hablar de uno de ellos?

En casos similares a éste, las **sentencias T-410 de 2003 y T-546 de 2009** de la Corte Constitucional, concedieron la tutela del derecho fundamental al agua potable y ordenaron al Alcalde y al Gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la región, iniciar los trámites administrativos del caso para garantizar, a María y a toda la comunidad, el suministro efectivo del servicio público de acueducto y alcantarillado, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad exigidos por la Constitución y la ley.

Juan y Martha, propietarios de inmuebles ubicados en el Barrio Versalles, Luis y Pedro, residentes en el mismo sector y una sociedad que adelanta un programa turístico en la zona, interpusieron acción de tutela para proteger, entre otros, el derecho fundamental al agua potable, por cuanto el INCO y dos particulares que adelantan obras para la construcción de un túnel, suspendieron el curso de las fuentes naturales de agua que surtían a la población para consumo humano, para riego y para desarrollar actividades comerciales turísticas.

¿En una situación como la planteada podemos hablar de derecho fundamental al agua potable que pueda protegerse por vía de la acción de tutela?

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en **sentencia T-381 de 2009**, concedió el amparo al derecho fundamental al agua potable, respecto de los residentes del sector y los propietarios de los inmuebles, pero negó en relación con los propietarios del programa turístico, porque consideró que estos últimos no discuten derechos fundamentales sino de contenido económico. Para proteger el derecho fundamental al agua

potable, ordenó al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que designe un comité técnico para que realice visitas de seguimiento al lugar de construcción del Túnel y, en un plazo de seis meses, determine cuál es la solución permanente para garantizar el suministro definitivo de agua potable a los demandantes particularmente señalados. Mientras tanto, los particulares que realizan la concesión, deben asegurar el suministro de agua potable a los accionantes, mediante el servicio a través de carro tanques, si ello fuere necesario a juicio del Ministerio.

Luis, quien habita en un barrio de la ciudad de Montería, interpuso acción de tutela porque, según su criterio, las tuberías instaladas en su casa se encuentran deterioradas e impiden que el agua que llega a su hogar sea apta para el consumo humano.

¿Procede la protección constitucional para ordenar que las autoridades públicas o el particular encargado de la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado cambien las tuberías de la casa?

La sentencia T-888 de 2008, negó el amparo porque en el expediente no se acreditó la afectación del derecho fundamental al agua potable del accionante, pues no se probó que el líquido que consume él y su familia no es potable. Por el contrario, existía un informe técnico de profesional calificado e imparcial que concluía la buena calidad del agua que llega a la casa del accionante. Luego, si no está demostrada la afectación del derecho fundamental no procede la protección constitucional.

En conclusión: ¿Cuáles son las condiciones para que el derecho al agua potable sea fundamental y, por lo tanto, pueda protegerse por medio de la acción de tutela?.

La respuesta a ese interrogante surge de la simple aplicación de las reglas expuestas para deducir el carácter fundamental de los derechos, que se presenta en las siguientes subreglas jurisprudenciales:

- El agua potable constituye un derecho fundamental, que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas, cuando se predica de una persona determinada y está destinada al consumo humano.

- El agua potable no es derecho fundamental cuando está destinada a otras actividades, tales como la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados.
- El derecho al agua potable es fundamental por su inescindible relación con la dignidad humana y consiste no sólo el oportuno y continuo suministro de agua, sino también en que sea de calidad apta para el consumo humano.
- Deben existir derechos subjetivos comprometidos. A pesar de que se adopten medidas que beneficien a toda una comunidad, quien interpone la acción de tutela debe demostrar la afectación personal e individual del derecho fundamental al agua potable. Luego, debe quedar probado que el accionante o su familia sufren la ausencia de agua apta para el consumo humano.
- Se prueba que el agua que se consume no es apta, por medio de experiencias o dictámenes periciales que pueden ser decretados, incluso, de oficio por el juez de tutela.
- La tutela es un instrumento idóneo para exigir la adecuada, eficiente y oportuna prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, con mayor razón si se tiene en cuenta la especial importancia que para el Estado Social de Derecho tiene la solución de las necesidades insatisfechas de la población en particular respecto del “saneamiento ambiental y de agua potable” (artículos 365 y 366 de la Constitución).
- La acción de tutela para defender el derecho al agua potable puede dirigirse contra: i) las autoridades públicas que tienen la competencia para ese efecto (las Secretarías de Salud y las Empresas públicas que prestan el servicio), ii) los particulares que prestan el servicio público¹⁴ y, iii) los particulares que han impedido su ejercicio de manera arbitraria¹⁵.

¹⁴ En este aspecto, puede verse la sentencia T-381 de 2009, de la Corte Constitucional.

¹⁵ En este tema la Sentencia T-413 de 1995, por ejemplo: concedió la tutela instaurada contra la Junta Administradora del Acueducto regional “La Cuchilla” situado en el municipio de San Agustín (Huila), la cual decidió autorizar la utilización del agua para regar predios, lavar vehículos y para el consumo de animales, pese a que afectaba el servicio domiciliario de agua potable al accionante y a otros usuarios del acueducto.

Derechos fundamentales de los desplazados

Como se advirtió desde el inicio de este módulo, el principal tipo de población que habita en la localidad de Ciudad Bolívar es el campesinado de distintas zonas del país que han sufrido el desplazamiento forzado por la violencia. El citado estudio del Centro de Investigación DEJUS-TICIA sostiene que Ciudad Bolívar cuenta con un total de 3.358 familias desplazadas en su territorio. Por su parte, siguiendo fuentes que toman datos directamente de los centros de atención a la población desplazada, la investigación de la Universidad Nacional de Colombia, a que nos referimos previamente, contabilizó un total de 6.448 familias en situación de desplazamiento en esa localidad, lo que significa que el 26.2 % del total de la población desplazada del país se encuentra en esa localidad.

Por sus condiciones de extrema pobreza, especial vulnerabilidad, carencia de mínimas condiciones de vida digna, marginación y estigmatización social, que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al concederles el carácter de sujetos de especial protección del Estado, respecto de ellos es posible predicar la fundamentalidad de un conjunto de derechos no constitucionalizados, los cuales, incluso surgen de la ley.

En tal virtud, además de la protección de los típicos derechos fundamentales de los desplazados, tales son los casos de los derechos a la vida, a la dignidad, a la familia, a la integridad física y moral, a la salud, al mínimo vital, a la igualdad material y a la subsistencia¹⁶, la jurisprudencia ha desarrollado otros que, por su pertinencia para el caso de la localidad de Ciudad Bolívar, merecen especial atención. Veamos ejemplos:

¹⁶ No olvidemos que la sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, dijo que el Estado tiene la obligación de garantizar, de manera inmediata, los contenidos mínimos de los derechos fundamentales de carácter prestacional de la población desplazada. Por esa razón, el Estado no puede argumentar insuficiencia presupuestal, ni falta de capacidad administrativa para tomar medidas que impidan o retrasen el avance progresivo para satisfacer los derechos de la población desplazada.

Derecho fundamental a la inscripción en el Registro Único de la Población Desplazada (RUPD)

Esperanza, de 56 años de edad, su esposo, de 81 años y sus seis hijos, llegaron a Bogotá en el año 2007 desde Turbo (Antioquia), debido a las inclemencias de la violencia en la región que amenazaban su vida y la de su familia. En el año 2009, solicitó la inscripción en el RUPD, pero Acción Social la negó por extemporánea. Ella no interpuso recursos contra dicho acto administrativo.

A pesar de que el artículo 1º de la Ley 387 de 1997 y el Decreto 2569 de 2000, señalan que el registro de la población desplazada debe efectuarse dentro del año siguiente al desplazamiento, en casos como éste ¿se trata de un derecho fundamental que pueda protegerse por medio de la acción de tutela?

En múltiples sentencias como las **T-468 de 2006, T-156 de 2008, T-605 de 2008, T-1134 de 2008, T-299 de 2009 y T-447 de 2010**, la Corte Constitucional ha concedido el amparo impetrado para ordenar a Acción Social que, dentro de un tiempo definido en la sentencia (48 horas, 3 o 5 días siguientes a la notificación de la sentencia, dependiendo de la urgencia acreditada en el proceso), inscriba al accionante en el Registro Único de Población Desplazada, haga entrega de la ayuda humanitaria de emergencia y permita el acceso, junto con su núcleo familiar, a las ayudas indicadas en la Ley 387 de 1997.

En síntesis, la respuesta al problema jurídico que plantea el caso, permite inferir las siguientes subreglas jurisprudenciales:

- El derecho a la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es fundamental y puede protegerse por medio de la acción de tutela, por tratarse de un requisito indispensable para que los sujetos de especial protección del Estado (los desplazados) vivan en condiciones dignas.
- Las declaraciones que pretendan la inclusión en el RUPD y que se presenten después de un año de ocurridos los hechos que dieron lugar al desplazamiento, no deben rechazarse de plano por extemporáneas, sin analizar las circunstancias particulares que puedan justificar la extempo-

raneidad. En otras palabras, si se presentan circunstancias que explican la demora en la presentación de la solicitud, procede el registro.

- La acción de tutela se dirige contra Acción Social o la entidad encargada de autorizar el registro.
- El hecho de que no se hubieren interpuesto los recursos contra el acto administrativo que negó el registro no justifica la desprotección del derecho, pues la urgencia en la protección de los derechos de los desplazados convierte la tutela en el instrumento idóneo para el efecto, desplazando de este modo otras vías procesales.
- Es importante probar sumariamente las condiciones de desplazamiento. De todas maneras, en aplicación de la presunción de veracidad consignada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, mientras no se demuestre lo contrario, lo afirmado por el accionante debe presumirse como cierto.
- El hecho de que una familia o una persona no se encuentren inscritas en el RUPD no significa que no sean desplazadas, pues ese es un acto declarativo y no constitutivo de la situación de desplazamiento. Lo que realmente constituye el desplazamiento es la expulsión del lugar de residencia y la imposibilidad de regresar (Sentencias T-1144 de 2005, T-025 de 2004 y T-1134 de 2008).
- Por las condiciones sociales, culturales y económicas de la población desplazada la prueba de su condición debe ser interpretada bajo la orientación de los principios de favorabilidad y buena fe¹⁷.

Derecho fundamental a la ayuda humanitaria de urgencia y su prórroga

¿Procede la acción de tutela en el siguiente caso?

María es desplazada por la violencia y se encuentra inscrita como tal en el RUPD. A pesar de haber solicitado la ayuda humanitaria de emergencia contemplada en la ley, Acción Social dijo que la ayuda reconocida mediante acto administrativo sólo puede ser atendida en el orden cronológico de ingreso y cuando haya presupuesto para el efecto

17 En este tema, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-006 de 2009, T-086 de 2006, T-1094 de 2004.

En múltiples oportunidades, dentro de las cuales se encuentran las sentencias **T-868 de 2008, T-476 de 2008, T-317 de 2009 y T-630 de 2009**, la Corte Constitucional ha concedido el amparo impetrado para ordenar que Acción Social responda la solicitud en el sentido de fijar el día preciso y claro en que se entregarán las ayudas correspondientes. Dicho plazo debe ser razonable y debe respetar el principio de igualdad.

Otro ejemplo ilustra casos usuales en la protección del derecho fundamental de los desplazados por la violencia a la prórroga de la ayuda humanitaria:

Beatriz, madre de tres niños, jefe de hogar, con salud precaria y víctima de la violencia fue registrada como desplazada ante Acción Social en el año 2006. Como consecuencia de ello, recibió atención humanitaria en los años 2006 y 2007. A finales del año 2007 solicitó una nueva prórroga de la ayuda humanitaria, la cual no ha sido resuelta por Acción Social, ni ha sido programada la evaluación de las condiciones de vulnerabilidad.

En casos similares a éste, las **sentencias T-057 de 2008, T-605 de 2008, T-868 de 2008, T-541 de 2009 y T-600 de 2009** de la Corte Constitucional, concedieron la tutela y ordenaron que la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social, que en el término de 3 días contados a partir de la notificación de la sentencia otorgue la atención humanitaria de emergencia consistente en subsidios de alimentación, aseo personal, abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio, que sean considerados como necesarios para garantizar condiciones dignas de subsistencia.

En conclusión, las respuestas a los problemas jurídicos que plantean los casos, permiten inferir las siguientes subreglas jurisprudenciales:

- La ayuda humanitaria de emergencia es fundamental porque materializa el derecho a la subsistencia mínima de la población desplazada.

- La omisión de respuesta de la solicitud de ayuda humanitaria viola los derechos fundamentales a la ayuda humanitaria y de petición. Por consiguiente, Acción Social está obligada a responder en forma oportuna y de fondo la petición formulada.
- Es razonable que la entrega efectiva de la ayuda humanitaria de emergencia o de la prórroga se lleve a cabo de acuerdo con el orden cronológico establecido por Acción Social. Sin embargo, es deber de Acción Social informar la fecha exacta en que se entregará la ayuda.
- Como regla de excepción, el pago prioritario es posible cuando se evidencia “extrema urgencia” que amerite la prelación.
- Las garantías mínimas que necesita la persona víctima de desplazamiento están reguladas en el artículo 15 de la Ley 387 de 1997 y deben brindarse por el tiempo necesario para que haya restablecimiento económico, retorno o sea autosostenible¹⁸. De todas maneras, la ayuda no puede ser suspendida en forma abrupta.

Derecho fundamental a la reparación integral, efectiva y rápida del daño sufrido

La especial situación de vulnerabilidad de la población desplazada exige del Estado el deber de atender integralmente a las víctimas en la satisfacción de las condiciones mínimas de existencia. Pero, además, por la trascendencia y el grado de compromiso de los derechos de esta población debe entenderse que no se protegen derechos individuales sino intereses con repercusión social cuya protección integral también exige la indemnización de los perjuicios causados.

Este deber deriva no sólo del artículo 90 de la Constitución, del numeral 1º del artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también del artículo VII de la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2007, la cual consagró principios y directrices básicos a favor de las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario. Todas esas normas, que

¹⁸ Al respecto, es muy importante consultar la sentencia C-278 de 2007 de la Corte Constitucional.

integran el bloque de constitucionalidad, disponen el deber del Estado de garantizar el derecho de reparación integral del daño causado.

Con base en esas disposiciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que las víctimas del desplazamiento forzado tienen el derecho fundamental a obtener una reparación integral, efectiva y rápida del daño sufrido por el delito, puesto que ellas no estaban en el deber jurídico de soportar la violación masiva de sus derechos fundamentales.

El siguiente ejemplo muestra la protección constitucional que se ha otorgado a los desplazados para hacer eficaz el derecho fundamental a la reparación integral del daño sufrido:

Roberto, Marta y sus hijos vivían felices en Bellavista, en su casa propia, con la vida tranquila propia del campo. Sus ingresos derivaban principalmente de una plataforma de secado de café y la compraventa de maíz, hasta que llegó el momento en que los paramilitares los obligaron a salir de su casa y sus oficios, a menos que decidieran morir. Ellos acuden a la tutela porque consideran que es el único medio para que los perjuicios ocasionados por el desplazamiento forzado sean resarcidos, pues someterlos a los procesos previstos en la Ley 975 de 2005 o de reparación por vía administrativa del Decreto 1290 de 2008, es demasiado demorado y tortuoso.

Un caso muy similar a éste fue resuelto en **sentencia T-085 de 2009**, por la Corte Constitucional, quien concedió el amparo y condenó en abstracto a Acción Social a pagar los perjuicios causados a los accionantes, de conformidad con el monto que fijará la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991. La sentencia aclaró que la liquidación de los perjuicios se hará por el Juez Administrativo de la localidad donde se ubican los desplazados (reparto), en un incidente que deberá iniciarse de oficio dentro de los 10 días siguientes al recibo de la comunicación respectiva, y deberá ser decidido dentro de los 6 meses siguientes. El juez al que corresponda fallar el incidente remitirá copia de la decisión a la Corte Constitucional. Así, después de efectuada la liquidación, la entidad demandada pagará en un plazo de 2 meses contados a partir de la ejecutoria del auto de liquidación de la condena.

Las premisas con base en las cuales la Corte ha concluido que se vulnera el derecho fundamental a la reparación de los desplazados por la violencia, frente a la negativa de Acción Social de acceder a la petición de *justa indemnización*, son las siguientes:

- El deber del Estado de pagar una justa indemnización a los desplazados es distinto y autónomo de la obligación de prestar los servicios sociales y la asistencia humanitaria. El primero deriva del delito y el segundo del deber de solidaridad del Estado.
- El derecho a la reparación incluye, entre otros, el derecho a la restitución, esto es "*el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes*"¹⁹
- El derecho a la reparación incluye el pago de una indemnización que será proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, el cual será integral por los perjuicios individuales económicamente evaluables (daños morales, por la pérdida de oportunidades, los materiales en calidad de lucro cesante y daño emergente).
- El deber de reparación encierra la rehabilitación, la cual consiste no solamente en la recuperación física o mental de las personas afectadas, sino también en la adopción de medidas para desagraviar a las víctimas.

El anterior análisis muestra que el listado de los derechos fundamentales expresamente enunciados en la Constitución, lejos de ser un catálogo cerrado o una lista taxativa, constituye un continuo y constante proceso en formación que se modificará tantas veces como sea necesario adecuarlas a las exigencias cambiantes de la sociedad, pues el derecho constitucional es y responde a la realidad humana de los pueblos.

Respuestas

¹⁹ *Sentencia T-821 de 2007. M.P. (e) Dra Catalina Botero Marino. En el mismo sentido: sentencia C-916 de 2002. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.*

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Después de leer la Unidad 1, responda las siguientes cuestiones:

- El primero: ¿Puede decirse que una persona tiene derecho fundamental a que le aplique la eutanasia, de tal forma que si la aplica no involucra penalmente a quien lo hace?
- El segundo: ¿una familia que ocupa ilegalmente un lote de terreno erosionado tiene derecho fundamental a que se reubique?
- El tercero: ¿un niño o una niña que debe trabajar para apoyar económicamente a su familia tiene derecho fundamental a que su colegio le cambie la jornada a las horas de la noche?

Presente un esfuerzo argumentativo para explicar y justificar sus respuestas.

Respuestas

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las dos primeras preguntas se responden afirmativamente, si está demostrada la afectación de la dignidad humana del accionante. En el tercer caso, la jurisprudencia ha respondido negativamente la pregunta, pero creemos que, en contextos como el de Ciudad Bolívar, resultaría importante aplicar las tesis generales de edificación del derecho fundamental para llegar a una conclusión protecciónista del derecho fundamental a la educación del menor de edad.



AUTOEVALUACIÓN

Primer caso

El barrio El Espectador no cuenta con agua potable, pues estudios realizados por técnicos de la Secretaría de Salud Municipal y por la Corporación Autónoma Regional de la localidad, demuestran que la calidad del agua que llega a las casas es de muy baja potabilidad. Dicho barrio cuenta con 100 viviendas, 8 locales comerciales, una clínica veterinaria y un vivero, todos los cuales quieren que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado adelante las obras necesarias para que el agua sea apta para el consumo humano.

Para orientar a los destinatarios y destinatarias del caso, se les solicita responder las siguientes preguntas:

- ¿Los propietarios de los locales comerciales defienden derechos fundamentales?
- ¿Los residentes del barrio El Espectador, alegan la violación de derechos fundamentales?
- ¿Los propietarios de la clínica veterinaria y del vivero, pretenden proteger derechos fundamentales?
- ¿Dentro de este último grupo, hay personas que tienen legitimación para interponer acción de tutela?
- ¿Procede la tutela para proteger los derechos alegados?
- ¿Cuál sería el juez o la jueza competente?

Segundo caso

Varias personas que se presentan como víctimas de los delitos cometidos por los paramilitares desmovilizados en aplicación de la Ley 975 de 2004, interpusieron acción de tutela contra la Fiscalía General de la Nación, en tanto que consideran vulnerados sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la libertad de expresión y a la verdad, justicia y reparación. Los demandantes sostienen que la reglamentación de la participación de las víctimas en las diligencias de versión libre que ya se adelantaron y se continúan recepcionando les limita la posibilidad de ejercer de manera eficiente y adecuada sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

Los discentes deben responder las siguientes preguntas:

- ¿Se alega la violación de derechos fundamentales?
- ¿Dónde presento la acción procedente?
- ¿Qué es necesario acreditar en el expediente?
- ¿Cuál sería la decisión que adopta el juez o la jueza en esta oportunidad?
- ¿Procede la tutela para dejar sin efectos un acto administrativo?

Og

OBJETIVO GENERAL

- Identificar los derechos colectivos que pueden protegerse por medio de la acción popular y delimitar su contenido frente a los derechos fundamentales que se pueden afectar por la misma causa.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Utilizar los instrumentos de democracia participativa para ejercer el control del poder político y hacer efectivos los derechos e intereses de la sociedad.
- Contribuir a la defensa de los derechos al ambiente sano, como patrimonio de la humanidad y al espacio público.
- Diferenciar los límites entre los derechos fundamentales y colectivo

Unidad 2

IDENTIFICACIÓN PARA EMPODERAR LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DIFUSOS

2.1. PRESENTACIÓN DE LA UNIDAD

Aunque más silencioso y menos visible en los escenarios no jurídicos, uno de los avances más significativos del constitucionalismo contemporáneo y de la filosofía política del Estado Social de Derecho es el cambio de concepción puramente individualista del derecho, en el que, como describía Kant, el hombre es un ser racional que se describe como fin en sí mismo y fundamento de toda organización, a la visión del hombre “en y para” la sociedad, cuyos derechos e intereses son comunes y se construyen entre todos para la humanidad.

Este paso del individualismo a lo colectivo explica el surgimiento y el reconocimiento jurídico constitucional de derechos que desbordan intereses exclusivamente individuales, se atribuyen a sujetos colectivos, o requieren para su protección la atención inmediata y actual de la colectividad como herencia para las generaciones futuras. De esta forma, al superar tendencias subjetivistas que conciben los derechos de todos como los derechos de nadie y al asumir papeles activos en la construcción de la sociedad, que reclama la participación activa, la permanencia a un grupo, la unión de fuerzas o la identificación de intereses comunes para lograr civilidad y mejor calidad de vida, está la apuesta de la defensa de los derechos e intereses colectivos que nos proponemos analizar.

Escogimos acercarnos a los derechos colectivos como uno de los temas constitucionales más relevantes en el contexto de Ciudad Bolívar, pues a pesar de que no parecería ser un asunto prioritario en un lugar en donde la lucha es por la subsistencia, consideramos indispensable mostrar que la defensa de estos derechos es vital en el proceso de formación de la cultura de los derechos y constituye una herramienta útil para mejorar la calidad de vida de sus habitantes. De hecho, quisimos aprovechar la especial tendencia a la colectividad de los habitantes de esta localidad para motivar el estudio y la aplicación de los derechos e intereses colectivos, pues en este entorno en el que el dinero de la madre o el padre

no es suyo sino la fuente de subsistencia de toda la familia, los logros y problemas no son de cada joven sino los del “parche”²⁰, los planes y

estrategias no son individuales sino de las juntas de acción comunal y los impulsores de soluciones no son personas aisladas sino la gran cantidad de organizaciones no gubernamentales y fundaciones creadas alrededor de intereses exclusivos de la localidad 19 de Bogotá.

Pero además de que Ciudad Bolívar se caracteriza por ese importante sentimiento de agrupación, existe una gran cantidad de problemas que aquejan por igual a toda la comunidad, no sólo desde la perspectiva individual de sus derechos, sino también desde la colectividad. En este sentido, es indispensable combatir la enorme dificultad del manejo ambiental producido por la contaminación que generan la cercanía con el botadero de basura “a cielo abierto” Doña Juana, más de cinco ladrilleras que impactan el ambiente, varias empresas que producen residuos tóxicos en forma permanente y el indebido tratamiento de basuras domiciliarias por la escasa e, incluso, ausente prestación del servicio público de recolección de basuras en muchos de sus barrios. Es necesario educar en el respeto por el espacio público, en la importancia que tiene para los barrios la utilización generalizada de andenes, la conservación de sus parques y la preservación de las quebradas y el Río Tunjuelito que atraviesa una zona extensa de Ciudad Bolívar. Es vital entender que la construcción desordenada de la zona y los asentamientos humanos en zonas de riesgo únicamente solucionan el problema del día, pero pueden ser el dolor de cabeza del mañana. Y, es apremiante comprender que la solución a esos problemas requiere de la

²⁰ Sobre la tendencia a permanecer para construir o “destruir” con los iguales, lo cual constituye un lugar común en los jóvenes de Ciudad Bolívar, resultan muy interesantes las historias de vida descritas por ALAPE, Arturo en su libro “Ciudad Bolívar. La Hoguera de las Ilusiones”. Editorial Planeta. Bogotá. 2003. Ahora, desde el punto de vista psiquiátrico, el profesor Miguel Cote Menéndez, en referencia a la teoría de la privación relativa, explica que “otro factor psicosocial de conflicto es la competitividad entre grupos. Generalmente los grupos son más competitivos que los individuos. Porque esto les da una identidad social positiva como resultado del un proceso de comparación social, establecida por el individuo entre su endogrupo y el ajeno. Esta situación demanda de los miembros del grupo lealtad, reciprocidad. El grupo tiende a explotar con otros grupos por su beneficio. En aéreas de mucha privación el desarrollo humano ocurre en grupos, no es individual, de allí la importancia de su “parche”. COTE MENENDEZ, Miguel. Módulo de Estrategias Para la Prevención de Conflictos, La Entrevista Motivacional, escrito para el programa piloto Modelo de Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D. C

participación activa de los grupos afectados, de las prestaciones a cargo del Estado y de la conciencia de que los derechos colectivos son de todos y cada uno de los integrantes de la sociedad.

Por todo lo anterior, presentaremos a ustedes dos aspectos primordiales en la defensa de los derechos e intereses colectivos. El primero, mostrará algunos criterios que permiten identificarlos y obtener la protección constitucional prioritaria. Y, el segundo, describirá límites entre los derechos fundamentales y los derechos colectivos, a partir del análisis de casos en los que delimitaremos la procedencia de las acciones popular y de tutela.

CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN PARA EL EMPODERAMIENTO DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

El principal criterio es normativo

El artículo 88 de la Carta introdujo en el constitucionalismo colombiano la categoría de derechos e intereses colectivos, cuya protección se efectuaría mediante las acciones populares. Dentro de este tipo de derechos el constituyente enunció el patrimonio, el espacio público, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que definiría la ley. Efectivamente, el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, consagró un listado enunciativo, más no taxativo, de este tipo de derechos²¹, en tanto que autorizó a acudir a otros derechos e intereses colectivos cuando éstos se hubieren definido “*como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia*”.

21 *Esa norma consagra como tales, entre otros, el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, el equilibrio ecológico, manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de las áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas de las zonas fronterizas, el espacio público, el patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a la infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, la libre competencia económica, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, la prohibición de fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas y los derechos de los consumidores y usuarios.*

Como puede verse, a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales a los que la propia Constitución otorgó carácter innominado y expansivo, los derechos e intereses colectivos únicamente son los que la Constitución, la ley o los tratados hubiere definido en forma expresa. Luego, parecería que la categoría de derecho e interés colectivo no surge de su propia naturaleza, o de su categoría intrínseca, o del número de personas que acudan a su defensa, sino de su definición en el derecho positivo.

Así, por ejemplo, en alguna ocasión varias personas solicitaron, mediante el ejercicio de la acción popular, la protección del derecho a la recreación y el deporte afectado por el abandono municipal de un escenario deportivo. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado²² dijo que, en vista de que ese derecho había sido catalogado por la Ley 181 de 1995 como derecho social, no podía considerarse un derecho colectivo, así sea interpuesto por un grupo plural de personas, por lo que su salvaguarda debía efectuarse por otras vías judiciales.

Así las cosas, la premisa a partir de la cual debemos analizar si el derecho cuya protección se reclama es colectivo, es normativa, pues si éste no ha sido catalogado como tal por la ley, la Constitución o los tratados internacionales aprobados por Colombia, no puede protegerse por vía de la acción popular.

Ahora, a pesar de que el criterio normativo es contundente, parecería que no hacen falta más elementos de juicio para identificar los derechos e intereses colectivos y proceder a su defensa mediante la acción popular. No obstante, algunos ejemplos muestran que la cuestión no es tan sencilla y que requerimos acudir a otras premisas para delimitar la cuestión.

Piénsese el caso de una persona que pretende la protección del derecho colectivo de acceso a la infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (definido como tal en el literal h) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998), porque en su casa no se instaló el servicio de alcantarillado en debida forma y, por consiguiente, existen graves problemas de manejo de residuos y humedades, las cuales producen enfermedades a sus hijos. En situaciones como esa, a pesar de que se invoca la protección de un

22 *Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente AP-1472-01. C.P (e) Dr Mauricio Fajardo Gómez*

derecho colectivo y de que la identificación del mismo es correcta (es cierto que el acceso al servicio público de alcantarillado es un derecho colectivo), realmente, en el caso concreto, no se pretende la protección de un derecho colectivo, sino de muchos derechos fundamentales.

De igual manera, podría presentarse el caso de una persona que vive de la pesca y que, debido a la contaminación de las aguas del río producida por un descargue de residuos o por derrame de petróleo, no pudo continuar con el oficio que desarrollaba como fuente de subsistencia. Esta persona apela la protección del derecho al goce de un ambiente sano para pedir la indemnización de los perjuicios causados. Entonces, a pesar de que el derecho invocado sea de naturaleza colectiva, en el caso concreto, no procede su protección mediante la acción popular porque se discute un derecho individual de naturaleza pecuniaria.

En consecuencia, la consagración legal de un derecho colectivo y su invocación como tal, dado el interés que puede tener para la sociedad o para el propio demandante, no es suficiente para atribuirle tal categoría y pedir su protección por vía de la acción popular. Por esa razón, procederemos a presentar otros criterios que permiten delimitar la protección de los derechos e intereses colectivos.

La titularidad del derecho orienta al intérprete.

En otras latitudes, el principal rasgo para reconocer la existencia de un derecho colectivo es su titular, pues si nos situamos en intereses atribuidos a grupos conformados o a conglomerados específicos, estamos en presencia de un derecho de tipo colectivo, pero si el derecho se ubica en la esfera individual será de naturaleza subjetiva.

Así, en países como España, la identificación un derecho susceptible de protección por las acciones colectivas, es la calidad y “cantidad” de las personas que intervienen para su protección, en tanto que *“cuando hablamos de derechos colectivos estaríamos hablando, por una parte, de derechos que se predicen de grupo y, por otra, de determinados grupos de los que se*

predican ciertos derechos”²³. Para la doctrina española, el hecho de que la Constitución de 1978 hubiere diseñado garantías predicables de sujetos colectivos, implica el reconocimiento de derechos de esa misma categoría. Por ejemplo, al referir los derechos a la libertad religiosa de “las comunidades” (artículo 16), a las condiciones de libertad e igualdad de los “grupos” (artículo 9.2), a los derechos de la juventud, de la tercera edad y de los consumidores (artículos 48 a 51), es claro que existen derechos que son propios de la colectividad y por esa razón se defienden en forma autónoma del sujeto individual que puede resultar afectado.

Ahora bien, aunque la Constitución Colombiana de 1991 también se refirió a derechos de sujetos colectivos, como es el caso de la familia (artículo 42), los jóvenes (artículo 45), los discapacitados (artículo 47), las personas de la tercera edad (artículo 46), los sindicatos (artículos 55 y 56) y los partidos políticos (artículos 107 y 108), lo cierto es que los derechos colectivos no son solamente aquellos que tienen los sujetos colectivos. De hecho, existen normas jurídicas que permiten atribuir derechos fundamentales a sujetos colectivos y derechos colectivos a personas individuales. En efecto, es perfectamente posible que un sindicato, que es un sujeto colectivo, defienda su derecho fundamental a la huelga o la negociación colectiva cuando se pone en riesgo su propia existencia, o que una persona que se ve afectada por la contaminación del cauce de un río, acuda a la defensa del derecho al ambiente sano. Sin embargo, es razonable sostener que en el primer caso, el hecho de que sea un sujeto colectivo no lo excluye de la aplicación de los derechos fundamentales y que, en el segundo, el hecho de que exista una afectación individual no le quita el carácter de derecho colectivo al interés general de proteger el medio ambiente.

Eso significa que, entre nosotros, la titularidad colectiva del derecho no es el único factor determinante de la naturaleza del derecho, pero sí puede constituir un criterio de apoyo para el intérprete.

Ahora bien, el debate doctrinario de si el sujeto colectivo existe con independencia de las personas que lo integran para efectos de predicar de ellos derechos distintos a los subjetivos, se ubica alrededor principal-

23 ANSUÁTEGUI, ROIG. Francisco Javier. *Una Discusión sobre Derechos Colectivos*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2001. Página 9.

mente de dos posturas: De una parte, la teoría del interés, según la cual hay comunidades con intereses distintos a los de sus miembros y, por esa razón, únicamente los sujetos colectivos están legitimadas para defender los derechos colectivos, pues éstos derechos existen por el sólo hecho de que la sociedad existe. De otra parte, la teoría de la voluntad, según la cual los derechos colectivos se forman a partir de la decisión y voluntaria de la comunidad que autónomamente resuelve crearlos²⁴, por lo que tomada la decisión de constituir el derecho, cada persona que la integra se encuentra legitimada para defenderlo.

Con todo, al margen de la postura ideológica que se acoja para fundamentar la existencia de los derechos e intereses colectivos, lo cierto es que, en nuestra legislación, la identificación de este tipo de derechos sí puede efectuarse con base en la cantidad de personas de la cual se predica. En efecto, de acuerdo con la Corte Constitucional, por derecho colectivo se entiende “*un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés*”²⁵

En esa misma línea, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que “*Los derechos e intereses colectivos son aquellos que rodean, uniformemente, a un grupo de personas que conforman una comunidad organizada*”²⁶. Suponen la restitución de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado de personas, pues “*son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, en potencia, pueden ser, incluso, todos los que integran una comunidad*”²⁷. Son derechos, entonces, que satisfacen necesidades generalizadas y difícilmente individualizables, que desbordan los

24 LÓPEZ CALERA, Nicolás. *El Concepto de Derechos Colectivos, en Constitución y Derechos Fundamentales*. Coordinadores BETEGÓN JERÓNIMO y otros. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. Páginas 285 y siguientes.

25 Sentencia C-1064 de 2000. M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

26 Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 24 de septiembre de 2009, expediente AP-1189-01. C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

27 Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 22 de enero de 2003, expediente AP-527-01. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. En idéntico sentido, sentencia del 28 de junio de 2002, expediente AP-472. C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

intereses individuales. *Contrario sensu*, no involucran la defensa de derechos colectivos, los conflictos generados por situaciones jurídicas particulares o derechos subjetivos, aunque tengan una causa común.

Concluido que la titularidad puede ser un criterio de apoyo en la identificación del derecho colectivo o difuso, pero no es el elemento definitivo de la misma, consideramos importante formular dos precisiones:

La primera: La titularidad y la afectación (por vulneración o amenaza) de los derechos colectivos son conceptos distintos al de la **legitimación para demandar su protección**. Dicho en otros términos, para salvaguardar un derecho e interés colectivo no es indispensable demostrar que existe afectación individual del mismo ni es indefectible probar que tiene especial interés en la defensa del derecho o que es el titular del mismo. En efecto, el artículo 12 de la Ley 472 de 1994, autoriza a “*toda persona natural o jurídica*”, a organizaciones no gubernamentales y a determinadas entidades públicas, a ejercitar las acciones populares para la defensa de los derechos e intereses colectivos. Esto significa que la identificación del derecho es ajena a la capacidad jurídica para obrar en su defensa.

Evidentemente, la defensa y garantía de estos derechos colectivos se articula a nuevas formas de legitimación procesal. Dicho de otro modo, el carácter público de las acciones populares implica el abandono de criterios ortodoxos del procedimiento civil, que exigen demostrar el interés personal y directo como elemento estructural de la legitimación para demandar. Sólo de esta forma entendemos que cualquier persona tiene legitimación para representar a los ausentes y exigir, por ejemplo, el equilibrio ecológico propicio para la conservación de cuencas hídricas, la prevención de desastres ocurridos con el deslizamiento de tierras erosionadas, la realización de construcciones respetando el desarrollo urbano ordenado y la defensa del espacio público. Así, la defensa de los derechos colectivos está asociada básicamente con la representación de los ausentes y la protección de los derechos de todos.

La segunda: el número de personas afectadas, o de integrantes de la comunidad, o de sujetos que solicitan la intervención del juez constitucional, no determina el tipo de acción que deben ejercerse para proteger un derecho colectivo, en tanto que la salvaguarda de los derechos e intereses colectivos

no excluye la protección de derechos subjetivos, ni el amparo de derechos fundamentales, eso sí siempre supone la adopción de medidas que favorecen e interesan a un conglomerado o grupos sociales determinados.

Ejemplos ilustran lo expuesto:

Marcos, reside en la localidad de Usaquén, y se entera de que en el barrio El Lucero de la localidad de Ciudad Bolívar, los comerciantes se apoderan de los andenes para ofrecer las mercancías que venden. Él interpone la acción popular para defender el derecho al espacio público.

La pregunta que surge del caso es la siguiente: ¿El hecho de que el actor no resida en el lugar de los hechos de la demanda, es un motivo de justificación de falta de legitimación para ejercer la acción popular?

La actual jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸ es unánime en sostener que no es necesario demostrar interés directo con la afectación del derecho, ni es necesario probar que reside en la localidad donde pretende su defensa, pues el simple hecho de ser persona lo legitima para proteger el derecho al espacio público, el cual tiene naturaleza colectiva porque se predica de toda la ciudad e, incluso, de toda la humanidad.

La planta de tratamiento de agua de un municipio no funciona en forma adecuada, lo cual produce contaminación bacteriana del líquido que se suministra a toda la población. Eso produce la violación, de un lado, de los derechos colectivos a la salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios que la garantice y, de otro, la afectación del derecho a la salud de Juan, quien se encuentra enfermo de gastroenteritis

Si Juan logra la protección de los derechos invocados, claramente lo beneficia en forma particular: ¿ello significa que se trata de derechos distintos a los colectivos y que, por consiguiente, debe acudir a otra acción distinta a la popular?

28 En este sentido, pueden verse las sentencia 22 de enero de 2009, expediente AP-03006-01. CP. Dra. María Claudia Rojas Lasso y Sentencia 12 de marzo de 2009, expediente AP-03482-01. MP. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

La respuesta al interrogante es negativa, pues la afectación individual de un derecho colectivo no cambia su naturaleza, ni modifica su contenido, lo cual confirma que la titularidad de este tipo de derechos no siempre se identifica con su afectación directa, ni con la legitimación para demandar. Un caso similar al que planteamos, fue resuelto por la **sentencia del 6 de diciembre de 2001** de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁹, en el sentido de conceder el amparo de los derechos colectivos a la salubridad pública y al acceso a una infraestructura de servicios que la garantice y ordenó al Alcalde de la localidad que realice un mantenimiento semanal a los filtros de la Planta de Tratamiento del municipio y verifique semestralmente la gradación de arenas de todos los filtros de la Planta para optimizar su funcionamiento.

Los derechos colectivos no se circunscriben a defender intereses subjetivos

Aun bajo el riesgo de que se considere un argumento simplista, acudo a él por su claridad y utilidad: podríamos decir que los derechos e intereses colectivos son la antítesis de los derechos subjetivos, esto es de aquellos que pueden ser definidos como derechos que pertenecen a personas específicas y que se protegen por quienes se benefician de él. Así, los derechos e intereses colectivos son aquellos que pertenecen a todo un conglomerado y no pueden ser objeto de apropiación individual. Por eso, su representación y defensa corresponde a cualquier persona que sea integrante o no de grupos específicos creados para ese efecto.

Desde esta perspectiva, la defensa de los derechos de todos es un asunto bastante interesante en comunidades donde los problemas particulares son realmente graves, puesto que se trata de crear conciencia de la necesidad de entender que los problemas de la sociedad también deterioran la calidad de vida individual. Así, botar la basura en la calle no es un asunto que afecta únicamente al vecino del lugar donde los residuos se esparcen, sino al mismo personaje que adopta ese comportamiento.

²⁹ *Sentencia del 6 de diciembre de 2001, expediente AP-221 C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.*

Por eso la educación en el respeto por los derechos colectivos implica la construcción de un proceso de motivación para el cambio³⁰.

Por ejemplo, el derecho de los consumidores a obtener la calidad y cantidad ofrecida de un producto, a pesar de que su defensa puede ser ejercida por uno de los consumidores del mismo, lo cierto es que es un derecho que desborda el interés individual de su representante. Por esa razón, no es necesario probar afectación individual ni interés concreto en su defensa, porque, incluso, su exigibilidad puede provenir de una persona distinta al efectivo consumidor del producto. Es perfectamente posible que Juan, que no compra el aceite marca “jirafa”, promueva una acción popular para exigir al productor que embase la cantidad expresamente indicada en la botella, pues su carácter de eventual consumidor ya lo hace titular del derecho colectivo de los consumidores, sin que para el efecto sea indispensable probar que efectivamente compró el aceite. Pero, además, en ese estado de las cosas, Juan representa a todos los consumidores del producto porque la cosa juzgada de la providencia que resuelve de fondo el problema planteado no sólo tiene efectos respecto de las partes, sino también en relación con el “público en general”, a menos que surjan nuevas pruebas no valoradas en el fallo (artículo 35 de la Ley 472 de 1998, declarado exequible condicionado por la Corte Constitucional en sentencia C-622 de 2007).

Esa situación es distinta a la que surge del derecho a la indemnización o a la reparación particular de los perjuicios causados por la afectación del derecho colectivo, caso en el cual es indispensable individualizar el daño y demostrar la legitimación para demandar. En este caso, a pesar de que sean muchas las personas que acuden a la defensa de sus derechos, el hecho de que éstos sean subjetivos excluye su carácter colectivo.

Por esa razón, en múltiples oportunidades, la jurisprudencia del Consejo de Estado³¹, ha dicho que no deben confundirse los derechos colectivos con los individuales así sean comunes a un grupo de personas determinadas

30 Sobre este tema puede verse la unidad 3 de COTE MENENDEZ, Miguel. *Módulo de Estrategias Para la Prevención de Conflictos, La Entrevista Motivacional*, escrito para el programa piloto *Modelo de Desconcentración de Servicios Judiciales* en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D. C.

31 En este sentido: sentencias del 25 de abril de 2002, expediente AP-0388. C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, del 10 de mayo de 2007, expediente AP-01856-01 C.P. Martha

o determinables. De este modo, la distinción entre derechos subjetivos y colectivos de grupos depende de la posibilidad de apropiarse en forma exclusiva de los bienes involucrados en la relación jurídica. Entonces, a pesar de que los derechos colectivos pertenezcan a todos los integrantes de un grupo o una comunidad, ninguna persona puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás. Por el contrario, los derechos subjetivos suponen la satisfacción individual de los sujetos que pertenecen al grupo y obtienen la protección de su derecho de forma individual.

Ahora, es común encontrar situaciones en las que una misma acción u omisión vulnere derechos colectivos e individuales de una persona o un grupo, en cuyo caso la acción popular procederá para proteger los primeros y las acciones ordinarias para proteger a los segundos. De todas maneras, un criterio útil para definir qué tipo de derecho es, consiste en averiguar si la medida adoptada para proteger el derecho está circunscrita a la protección de personas individualizadas o grupos indeterminados. Si la medida está dirigida a indemnizar los perjuicios causados, o a restablecer derechos particulares, o a reparar daños individuales, de tal forma que supere definitivamente la afectación, el derecho será individual. Pero, si a pesar de esas reparaciones aún subsiste la afectación para la colectividad, el derecho será colectivo.

Los siguientes ejemplos muestran con claridad la aplicación del criterio para identificar los derechos colectivos:

En solidaridad con las víctimas del terremoto sucedido en el eje cafetero, el municipio de Manizales y la Nación financiaron un proyecto de vivienda para ofrecer 924 soluciones de vivienda unifamiliares subsidiadas. Sin embargo, el proyecto no se ejecutó en su totalidad porque no se construyeron todas las viviendas, las que se hicieron no tienen los servicios públicos necesarios y no se adecuaron las vías públicas requeridas para transitar por la incipiente urbanización

Sofía Sanz Tobón y del 19 de noviembre de 2009, expediente AP-00861-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Juana, beneficiaria de una vivienda adjudicada, pide la protección de los derechos a la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a la realización de las construcciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas. ¿Procede la acción popular?

La sentencia del 13 de febrero de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado³², concedió la protección de los derechos colectivos invocados y ordenó que, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria del fallo, las autoridades y particulares involucrados con el desarrollo del proyecto, adelanten y terminen las obras faltantes, en las tres etapas del proyecto de vivienda, en vías internas, servicios públicos, obras de urbanismo y las que faltaren en los términos en que se aprobó en los planos, promesas y demás documentos donde obra este plan de vivienda.

Para esa Corporación, el hecho de que exista afectación de derechos subjetivos no excluye la protección de los derechos del grupo social afectado, el cual no sólo está representado por las viviendas adjudicadas y no construidas o fabricadas en forma deficiente, sino también en toda la comunidad que no cuenta con vías públicas adecuadas para disfrutar los derechos involucrados.

El barrio San Isidro cuenta con redes de media y baja tensión deficientes, no sólo porque las instalaciones no cuentan con todas las medidas de seguridad sino también porque presentan múltiples anomalías en las acometidas y los postes que sostienen los cables. Los hechos fueron confirmados por la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P., la cual sostuvo que la financiación de las obras se encuentra en el plan de desarrollo del año siguiente.

Mario, quien se identifica como vecino del municipio de Girardot, ¿puede acudir a la acción popular para defender derechos colectivos?

³² Sentencia del 13 de febrero de 2006, expediente: AP-861-01 C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Si, el carácter colectivo de un derecho e interés autoriza a cualquier persona a presentar demanda popular si existe violación o amenaza de los mismos. De hecho, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998, establece la posibilidad de que, al igual que todas las personas naturales y jurídicas, ciertas autoridades públicas o agremiaciones privadas accedan a la acción popular para proteger derechos de toda la sociedad.

De igual manera, cualquier persona puede intervenir como coadyuvante en el proceso que se genera con ocasión de la acción popular instaurada (artículos 24 de la Ley 472 de 1998). Sin embargo, tal y como lo ha advertido la jurisprudencia en varias oportunidades, los coadyuvantes no pueden modificar el sentido de la demanda³³.

Mario, pretende el amparo del derecho colectivo a acceder a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, ¿procede su protección?

La Sección Primera del Consejo de Estado, en **sentencia del 20 de enero de 2005**³⁴, concedió la protección de los derechos colectivos invocados, para lo cual ordenó a la Empresa de Energía de Cundinamarca, adelantar las medidas necesarias para ejecutar el proyecto, realizar los arreglos requeridos por la infraestructura de las redes eléctricas del Barrio San Isidro, de manera que las anomalías sean subsanadas en el término 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para garantizar la eficiente prestación del servicio de energía eléctrica en dicho sector. De otra parte, la sentencia previno al Alcalde de la localidad para que supervise la ejecución del proyecto de remodelación de redes de media y baja tensión, de acuerdo con las exigencias de la ley.

Al igual de lo afirmado en el caso anterior, la sentencia dejó en claro que la amenaza del derecho a la vida del demandante no descarta la defensa de los derechos colectivos de los integrantes del barrio San Isidro y de toda la comunidad del municipio del que hace parte. Así, aunque la medida adoptada por el juez popular favorece a Mario, lo cierto es que el

³³ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 27 de mayo de 2010, expediente AP-02137-01. C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, entre otras.

³⁴ Sentencia del 20 de enero de 2005, expediente AP-2261-01 C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade

derecho colectivo de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, pertenece a todos los miembros de la comunidad y ninguno de ellos puede apropiarse excluyendo a los demás.

En nuestra legislación no es relevante la diferencia entre derechos colectivos y difusos

Como vimos, los artículos 88 de la Constitución y 4º de la Ley 472 de 1998, no distinguen entre los derechos comúnmente denominados por la doctrina extranjera: difusos y propiamente colectivos³⁵.

Por el contrario en otras legislaciones la diferenciación entre este tipo de derechos lleva a la utilización distinta de las acciones colectivas procedentes. Por ejemplo, en el derecho norteamericano, las acciones de clase proceden para proteger los derechos difusos, a pesar de que las pretensiones estén dirigidas a obtener beneficios individuales.

A su turno, el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil diferencia los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Los primeros son aquellos derechos indivisibles, que pertenecen a grupos indeterminados de personas, las cuales no se encuentran vinculadas previamente. Los ejemplos más claros de estos son el goce de un ambiente sano, el equilibrio ecológico y aprovechamiento racional de los recursos naturales, el espacio público, la veracidad de un anuncio publicitario engañoso o mentiroso y la moralidad administrativa, entre otros. Los derechos colectivos, son también indivisibles, pero sus destinatarios pertenecen a una comunidad más específica, o previamente conformada, o existe entre ellos una previa relación jurídica. Por ejemplo, los derechos de los usuarios de un banco, o de los consumidores de un producto determinado, o al acceso a los servicios públicos. Y, los derechos individuales homogéneos, aquellos individuales y divisibles, cuya afectación tiene una causa u origen común. Por ejemplo, el derecho individual a la reparación por los daños causados por la misma entidad financiera, o

35 Un completo estudio del contenido y diferencias de los distintos tipos de derechos que pueden protegerse por vía de las acciones colectivas puede verse en GIDI, Antonio. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil*. Traducción de CABRERA ACEVEDO, Lucio. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2004.

por el mismo producto, o por la omisión de prevención de un desastre técnicamente previsible, es un típico derecho subjetivo que desborda la naturaleza colectiva o difusa que lo originó para circunscribirse en un interés particular, aunque homogéneo.

En nuestro ordenamiento, las dos categorías de derechos colectivos y difusos se protegen, mediante la acción popular, sin diferenciación alguna. Mientras que los denominados derechos individuales homogéneos, se preservan mediante otras acciones constitucionales como la de grupo y legales como la de reparación directa, nulidad y restablecimiento del derecho u ordinarias civiles, las cuales buscan la reparación de daños individuales o el restablecimiento de intereses particulares.

Un criterio determinante para identificar la acción colectiva: la pretensión

Los derechos e intereses colectivos se protegen mediante la acción popular y sus finalidades principales están dirigidas a evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza o vulneración de los mismos y restituir las cosas a su estado anterior. Luego, su objetivo no es obtener indemnizaciones o reparaciones individuales o colectivas del daño, por cuanto para ese efecto, el artículo 88 de la Carta previó las acciones de grupo y el Legislador reguló otro tipo de acciones.

Sobre la importancia de la pretensión para el ejercicio de las acciones colectivas, los ejemplos clarifican la cuestión:

Frente al derrame de petróleo, la expedición de gases, la presencia de un anuncio publicitario engañoso o mentiroso, hay dos formas de reacción. La primera, dirigida a eliminar la afectación del derecho, lo cual involucra intereses indeterminados que pretenden superar o eliminar el hecho generador de la violación o amenaza del derecho, ya sea mediante la orden de retiro del producto, la información veraz del anuncio o la condena al pago de perjuicios colectivos³⁶, casos en los que se pretende

36 El artículo 34 de la Ley 472 de 1998, señala que la sentencia de la acción popular podrá “condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo...”. Esa expresión normativa fue declarada exequible

proteger derechos colectivos y, por consiguiente, la acción a utilizar es la popular. Pero, si lo que se pretende es la reparación de perjuicios individuales a un grupo importante de afectados, que pudiesen causarse con ocasión de la afectación de derechos colectivos, procede la acción de grupo y no la acción popular.

Según lo expone Carlos, las Empresas Públicas de Medellín cobran injustificadamente a los habitantes del municipio de Caldas, la tasa de saneamiento ambiental, ya que las aguas residuales caen directamente al cauce del río Medellín. Por esa razón, solicitó que se declare que ese cobro es “injusto e ilegal” y se ordene el reembolso o la devolución de los dineros pagados por este concepto a los usuarios que acrediten haberlo cancelado, más los correspondientes intereses corrientes.

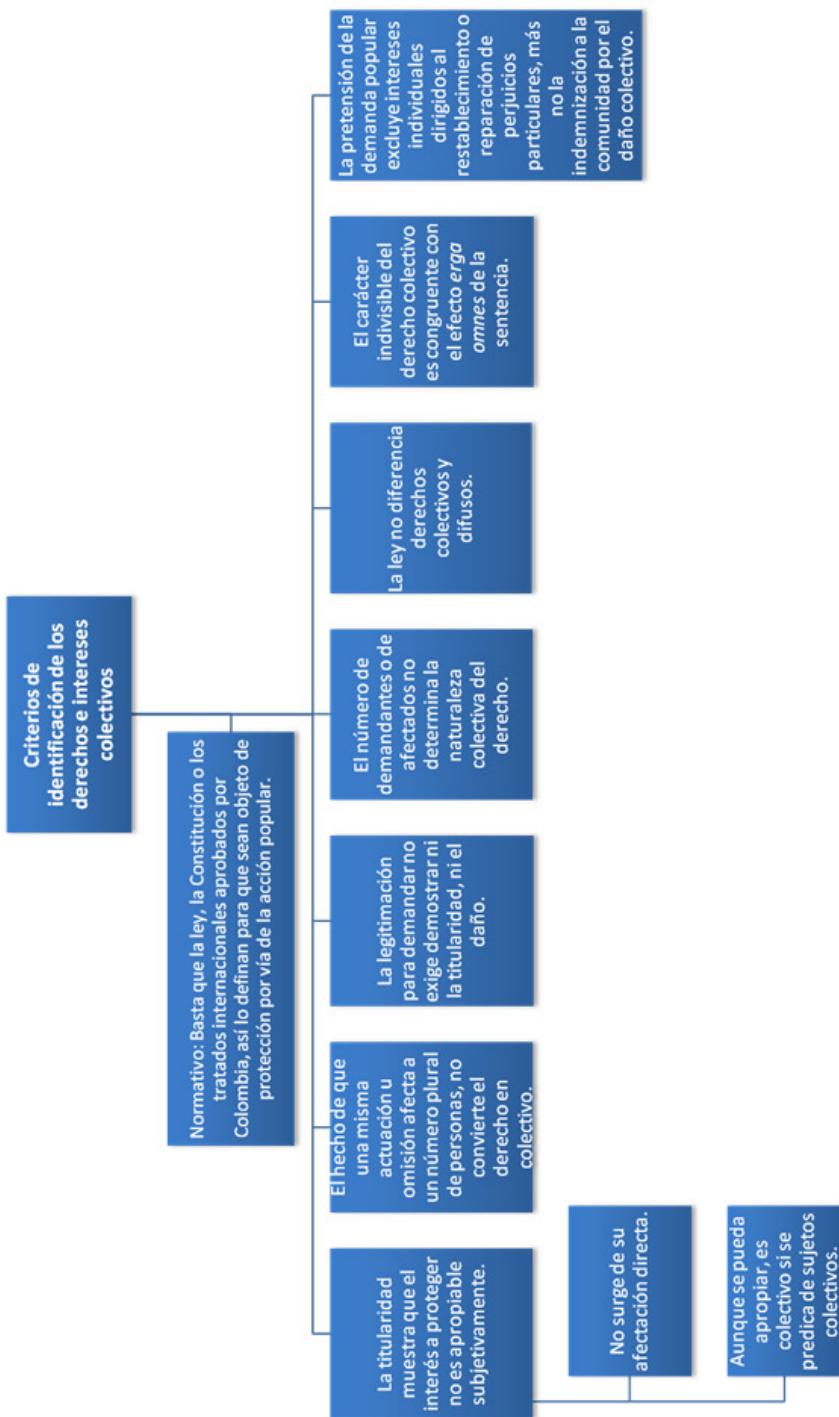
En **sentencia del 25 de abril de 2002³⁷**, la Sección Tercera del Consejo de Estado, negó la protección de los derechos invocados porque la acción procedente para obtener lo pretendido es la acción de grupo y no la acción popular. Ahora, aunque se constata que existe afectación de los derechos de los consumidores o usuarios de los servicios públicos domiciliarios, la pretensión indica que lo que realmente se busca es superar la lesión de intereses patrimoniales. Entonces, aunque los consumidores o usuarios tienen intereses comunes, como por ejemplo la buena calidad o seguridad de los productos o servicios que se ofrecen y, por esa razón, cualquier persona potencial consumidora del bien podría iniciar una acción popular con el fin de evitar un daño eventual, lo cierto es que, en este caso, Carlos celebró un contrato con la empresa prestadora del servicio público, cuyo cobro discute por injusto e ilegal, lo cual evidencia que el daño reclamado es de carácter individual.

En consecuencia, el hecho de pertenecer a un grupo indeterminado de personas no convierte el debate en un asunto de incidencia colectiva. Por esa razón, la sentencia concluyó que los derechos cuya real protección se busca son “*los que por autonomía constituyen el objeto de las acciones de grupo, cuando se han producido daños individuales*”.

por la Corte Constitucional en sentencia C-215 de 1999, en tanto que consideró que la reparación económica está dirigida a preservar el derecho colectivo y no a reparar daños individuales.

³⁷ Sentencia del 25 de abril de 2002, expediente AP-0388, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

En síntesis, concluimos que:



LÍMITES ENTRE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Está claro que el constituyente diseñó la acción popular para la defensa de los derechos e intereses colectivos. Sin embargo, el propio artículo 86 de la Carta dispone la procedencia de la acción de tutela contra cualquier autoridad pública y contra particulares cuando éstos afecten “grave y directamente el interés colectivo”. Significa, entonces, que ¿para la salvaguarda de derechos colectivos proceden la acción de tutela y la acción popular?; ¿cuáles son los límites de procedencia para salvaguardar un derecho colectivo mediante la acción de tutela o por vía de la acción popular?

Una respuesta satisfactoria a la aparente doble procedencia de acciones para la defensa de los derechos colectivos se encuentra en el desarrollo jurisprudencial adelantado con ocasión de la interpretación del numeral 3º del artículo 6º, del Decreto 2591 de 1991, el cual señala que la acción de tutela es improcedente cuando se pretende la defensa de derechos colectivos, lo cual no obsta para que se acuda a la tutela de los “derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable”. Dicho en otros términos, la tutela de los derechos colectivos sigue la regla general de procedibilidad de este mecanismo residual: no procede cuando existe otro medio de defensa judicial, a menos de que el medio judicial procedente no sea eficaz para proteger derechos fundamentales o se busque impedir la consumación de un perjuicio irremediable contra este tipo de derechos.

Así, entonces, la regla general es la improcedencia de la tutela y la procedencia de la acción popular para la salvaguarda de derechos e intereses colectivos. Y, la excepción es la utilización de la tutela, siempre y cuando se presente: i) afectación de derechos fundamentales y, ii) urgencia de la decisión constitucional que desplace la acción principal que es la popular.

Para mayor claridad, la Corte Constitucional³⁸ ha inferido las siguientes reglas para delimitar la procedencia de las acciones constitucionales cuando se trata de proteger derechos colectivos, propiamente dichos o con carácter fundamental:

³⁸ Al respecto: *Sentencias SU-067 de 1993, T-254 de 1993, T-500 de 1994, SU-429 de 1997, T-244 de*

- Para que proceda la acción de tutela es indispensable encontrar acreditada la conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la afectación a un derecho fundamental, de manera que el daño o la amenaza del derecho fundamental es la “*consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo*”.
- Mientras que en la acción de tutela es inevitable demostrar que el accionante es la persona directamente afectada en su derecho fundamental, pues esta acción es de naturaleza subjetiva, en la acción popular no es necesario acreditar legitimación especial para demandar.
- La afectación del derecho fundamental no debe ser hipotética o no basta que se infiera de la afectación general que padece el conglomerado, sino que debe aparecer expresamente probada en el expediente.
- La pretensión en el ejercicio de la acción de tutela debe estar dirigida al restablecimiento del derecho fundamental afectado y no solamente del derecho colectivo en sí mismo considerado, pese a que con la sentencia también resulte protegido un derecho de esta naturaleza.
- La acción popular es principal para la protección de los derechos e intereses colectivos, mientras que la acción de tutela es excepcional sólo para evitar perjuicios irremediables o para combatir la ineffectuación de la acción principal frente a la protección de derechos fundamentales. Luego, el sólo hecho de que se pretenda la protección de un derecho colectivo, no excluye la aplicación de la acción de tutela.
- En la acción de tutela debe demostrarse la legitimación para defender los derechos fundamentales afectados, mientras que en la acción popular el hecho de ser persona legitima a proteger los derechos colectivos.

Veamos algunos ejemplos en los que se evidencia la protección, al mismo tiempo, de derechos colectivos y fundamentales.

1998, T-644 de 1999, T-1451 de 2000, SU 1116 de 2001, T-1527 de 2001, T-576 de 2005, T-022 de 2008 y T-182 de 2008, entre otras.

Derechos fundamental a la tranquilidad y colectivo al ambiente sano.

En el lote de terreno contiguo al apartamento donde vive Marina, un particular adelanta obras de construcción con una maquinaria que genera ruido en niveles superiores a los permitidos en la zona residencial, lo cual produce alta contaminación auditiva en todo el barrio.

Para la protección de sus derechos ¿Marina debe acudir a la acción popular o a la tutela?

La **sentencia T-1158 de 2005**, de la Corte Constitucional³⁹, concedió la tutela de los derechos fundamentales a la tranquilidad e intimidad de la accionante, para lo cual ordenó a la Alcaldía Local que tome las medidas necesarias para controlar el ruido y al particular que busque elementos de trabajo que produzcan el ruido en los niveles permitidos por la ley. Para llegar a esa conclusión, fue importante tener en cuenta que:

- A pesar de que se combatía un hecho generador de daños colectivos, como es la contaminación auditiva, Marina identificó derechos subjetivos comprometidos.
- La dificultad para descansar que produce el ruido muestra la urgencia de la intervención del juez constitucional.
- El hecho de que el control del ruido beneficia a todo el barrio, Marina es la principal destinataria de la medida.
- En el proceso debió demostrarse que los niveles de ruido superaban los decibeles permitidos en la zona residencial.

Luis vive en un conjunto residencial donde el ascensor contiguo a su apartamento genera ruido de considerable magnitud. El conjunto residencial se había negado a tomar medidas al respecto por los costos que ello genera.

39 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¿Luis puede acudir a la tutela o a la acción popular para que el conjunto residencial solucione el problema generado por el ruido?

La **sentencia T-1015 de 2004⁴⁰** de la Corte Constitucional, concedió el amparo de los derechos fundamentales a la tranquilidad, la intimidad y la salud de Luis, para lo cual ordenó que, en el término de 48 horas, se “*inicien las gestiones tendientes a la aprobación de una partida presupuestal con el fin de adelantar las obras de insonorización y control necesarias con el fin de garantizar que el ascensor ubicado en el bloque 3 Int. 1 cumpla con la normatividad ambiental en materia de contaminación auditiva*”.

Para llegar a esa conclusión fue necesario evaluar que:

- Luis pretendía la defensa de derechos subjetivos que dignifican su existencia y contribuyen a desarrollar su plan de vida.
- La negativa del conjunto residencial a ofrecer soluciones a Luis, mostraba su indefensión frente al particular.
- Tanto la acción popular como la de tutela proceden contra particulares que vulneren derechos colectivos por sí mismos o en conexidad con derechos fundamentales.
- En estos casos, la procedencia de la acción de tutela depende de la prueba de la afectación subjetiva del derecho. En ese momento, el derecho al ambiente sano logra una faceta individual y se convierte en derecho a la tranquilidad.

Julio cuenta que frente a un hospital ubicado en la localidad y cerca a una zona residencial, existe gran contaminación auditiva producida por el tráfico de automóviles y motocicletas, música a alto volumen que proviene de discotecas y bares que funcionan en el lugar, especialmente los viernes y sábados en la madrugada, todo lo cual no garantiza condiciones de tranquilidad para los enfermos y los residentes del lugar. A pesar de que acudió a la Alcaldía y a la Secretaría de Tránsito no se han tomado medidas para mitigar el ruido.

En ejercicio de la acción popular, la **sentencia del 24 de julio de 2008⁴¹** de la Sección Primera del Consejo de Estado, concedió la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la salubridad pública y ordenó a la Alcaldía, al Comandante de Policía con jurisdicción en esa zona y a la Secretaría de Tránsito y Transporte, que, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, implemente un dispositivo de tránsito que de forma permanente asegure la circulación restringida de vehículos sobre la vía ubicada frente al hospital, se observen las normas de tránsito y las disposiciones sobre el uso de dispositivos sonoros en zonas de tranquilidad y silencio. Asimismo, impuso a las autoridades públicas el deber de obligar a los propietarios de establecimiento de comercio para la diversión y esparcimiento en las zonas de mayor afluencia de público, se ajusten a los estándares máximos permisibles de niveles de emisión de ruido según el uso del suelo establecido en el Plan de Ordenamiento Territorial y realizar retenes que conminen a los conductores que parten de dichas zonas a desplazarse sin generar ruido.

Los argumentos centrales en que se apoyó el Consejo de Estado para concluir la procedencia de la acción popular fueron los siguientes:

- Aunque se alegaba que el número de personas afectadas con el ruido eran muy pocas, la acción popular procede para la defensa de derechos colectivos, pues en nada incide el número de individuos presuntamente afectados.
- El hecho de que la sentencia popular afecte el Plan de Desarrollo o el Presupuesto municipal no hace improcedente la acción popular.
- La posibilidad de acudir a medidas policivas no excluye la aplicación de las acciones constitucionales.
- En el presente caso se demostró afectación de derechos colectivos y no la violación de los derechos individuales del demandante.
- Mediante mediciones especializadas y conceptos técnicos se demuestra el nivel de ruido superior al permitido. Cabe advertir que si el demandante no tiene la posibilidad de costear estas pruebas o de pagar las erogaciones que se exigen en la acción popular como la

41 *Sentencia del 24 de julio de 2008, expediente AP-2140-01 C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.*

publicación de la admisión de la demanda o de notificaciones, procede el reconocimiento del amparo de pobreza, en los términos previstos en los artículos 160 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (artículo 19 de la Ley 472 de 1998).

- Las acciones ilegales de los particulares no exoneran a las autoridades públicas de cumplir los deberes jurídicos de proteger la vida, honra y bienes de las personas, conservar el orden público y garantizar la eficacia de los derechos de las ciudadanas y los ciudadanos.

Derecho colectivo de acceso a una infraestructura de servicios públicos y fundamentales al mínimo vital y libre movilidad

El Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, interpuso acción de tutela, en representación de los niños y niñas residentes en Bogotá, en contra de Transmilenio S.A, por cuanto considera que cobrar “pasajes” a los menores de edad que no ocupan puestos distintos a los de sus padres, viola los derechos fundamentales de la población infantil de Bogotá, previstos en el artículo 44 superior. En síntesis, la regla del manual de Transmilenio de que “todo niño paga”, es inconstitucional

La **sentencia T-087 de 2005**, de la Corte Constitucional resolvió tutelar los derechos fundamentales a la libre movilidad, al mínimo vital y de acceso al sistema público de transporte, de los niños y niñas, usuarios del sistema Transmilenio, para lo cual ordenó a dicha empresa que no cobre los pasajes a los niños “de brazos”, entendidos éstos como menores de 2 años. La Corte accedió a la protección, en síntesis, por lo siguiente:

- Procede la agencia oficiosa en este caso porque, de una parte, se trata de la protección de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional y, de otra, el accionante actúa como funcionario público en ejercicio de sus competencias.
- Un derecho fundamental individual no pierde tal condición por el hecho de ser alegado en conjunto con otro grupo de personas que se encuentran en idéntica situación fáctica, por lo que no se trata de derechos colectivos.

- La acción de tutela procede así no se presente en nombre de una persona determinada, siempre y cuando se interponga en defensa de intereses específicos, de sujetos concretos determinables.
- El derecho fundamental de toda niña y todo niño “de brazos” a la protección de su libertad de movimiento en el contexto del servicio público urbano, contempla, como mínimo, el acceso efectivo y sin cargo alguno al sistema público de transporte.
- El derecho a la libertad de movimiento al libre desarrollo de la personalidad, con incidencia en este caso, son fundamentales y predicables de los niños y niñas a cuyo favor se interpone esta acción de tutela.
- En aplicación analógica de los artículos 82 del Código de Tránsito o Ley 769 de 2002 y 3.10.1.9. de la Resolución 04498 de 2001 de la Aero-náutica Civil, según las cuales “los niños de brazos” no son tenidos en cuenta para exigir la utilización del cinturón de seguridad, para calcular el adecuado uso del cupo de un automotor, o para exigir el pago de pasaje aéreo y utilización de asiento en un avión, en Transmilenio no deben pagar los niños y niñas de 2 años que son considerados por la ley como “niños de brazos”

Los habitantes de la comunidad “Quintas de la Laguna” no poseen servicio público de telefonía, no obstante existir las instalaciones correspondientes. A juicio de los miembros de esa comunidad, el hecho de que no cuenten con teléfono en sus viviendas los afecta notoriamente, puesto que, en el evento de presentarse una emergencia o suceso imprevisto, se encuentran incomunicados. Ante dicha necesidad, ellos formularon varias solicitudes a la ETB sin que hubiere dado respuesta.

Los líderes comunitarios del barrio Quintas de la Laguna consideran que ETB les ha vulnerado los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos, a que su prestación sea eficiente y oportuna y los derechos de los consumidores y usuarios (literales j) y n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. ¿Procede la acción popular, entonces?

La Sección Tercera del Consejo de Estado en **sentencia del 16 de enero de 2001⁴²**, negó las pretensiones instauradas en ejercicio de la acción popular, en síntesis, por las siguientes razones:

- La calificación de derecho colectivo no surge del número de personas que están en una misma condición, ni porque se acumulen situaciones parecidas, pues la naturaleza de ese derecho surge de su titularidad en la comunidad.
- Los derechos colectivos no son una suma de derechos individuales de quienes integran la comunidad sino que son los derechos de ésta.
- La calificación legal como derecho colectivo no sirve por si sola para producir eficacia a las pretensiones de los actores, pues si existe solicitud de satisfacción de derechos individuales, no procede la acción popular.
- La acción popular no tiene como objeto que el juzgador examine situaciones individuales o subjetivas de varios individuos que aseveran encontrarse en el mismo estado.
- En este caso, la demanda no contiene referencias al agravio de los derechos de la comunidad, sino a situaciones individuales e independientes de varias personas. Por lo tanto, no se discuten derechos colectivos, sino individuales.

En varias zonas de los municipios de Pitalito, La Plata y Garzón, se recibe, de manera esporádica, la señal de los canales públicos Uno, A y Señal Colombia, a través de una red de transmisión con estaciones de baja y muy baja potencia". Pero, además, en dichas zonas nunca han contado con la señal de los canales nacionales privados RCN y CARACOL, excepto por medio del operador del servicio de televisión por suscripción o cable pagado, los cuales por sus costos obviamente no son de acceso masivo.

⁴² *Sentencia del 16 de enero de 2001, expediente AP-144, C.P. Dra. María Helena Giraldo Gómez.*

Pedro solicitó la protección de los derechos a la comunicación, a la igualdad, a la moralidad administrativa, al acceso a los servicios públicos y los derechos de los consumidores y usuarios, mediante la acción popular que dirigió contra la Comisión Nacional de Televisión –CNTV-, el Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISION-, el Ministerio de Comunicaciones y las sociedades RCN Televisión S. A., y CARACOL Televisión S. A. ¿verdaderamente se trata de la defensa de derechos colectivos que puedan protegerse por vía de la acción popular?

En **sentencia del 19 de abril de 2007⁴³**, la Sección Tercera del Consejo de Estado concedió la protección de los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y los derechos de los consumidores y usuarios y ordenó a las autoridades públicas que: i) adelanten las diligencias pertinentes para reparar las fallas en la red pública de televisión y las estaciones correspondientes; ii) exijan el cumplimiento del contrato de concesión suscrito con los canales RCN y CARACOL televisión, vigile y garantice la prestación eficiente y oportuna del servicio público de televisión de los canales privados y, a los particulares, que cumplan con el contrato de concesión.

En síntesis, el Consejo de Estado encontró que:

- La acción popular se rige por los principios de prevalencia del derecho sustancial y la aplicación del principio *iura novit curia*, lo que le autoriza a analizar derechos no invocados y ampararlos cuando su afectación se encuentra demostrada. Luego, a pesar de que los demandantes invocan derechos de rango fundamental, realmente se presenta la afectación de derechos colectivos que hace procedente la acción popular.
- Aunque el demandante se beneficie de las órdenes judiciales adoptadas, éstas desbordan sus derechos subjetivos y benefician a la comunidad.
- El derecho de acceso al servicio público de televisión en forma gratuita es colectivo, por lo que la falta de señal de los canales públicos y privados que se ofrece en forma gratuita puede superarse por medio de la acción popular.

43 *Sentencia del 19 de abril de 2007, expediente 1198. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.*

- Está demostrada la afectación de derechos colectivos.

José y Alfonso narraron que se presentó un agrietamiento grave sobre la vía que comunica el casco urbano de un municipio con una vereda. Dicen que el estado de la vía es tan precario que el hueco abarca la totalidad de la carretera, de tal forma que se impide el tránsito vehicular y peatonal, tanto para el transporte de los productos agrícolas que comercializa la región como para los niños que estudian en la escuela ubicada en el casco urbano y las personas que trabajan en lugares diferentes al de su residencia. Expresaron que su propia subsistencia está en riesgo porque no han podido vender los productos que comercializan.

José y Alfonso instauraron acción de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales a la libre locomoción, al trabajo, “*a la producción y comercialización de alimentos agrícolas, a gozar del uso de una infraestructura física adecuada, el fácil acceso a la educación y a la protección de la integridad del espacio público de uso de una comunidad*”.

En **sentencia T-659 de 2007**, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional negó el amparo, principalmente por lo siguiente:

- Los accionantes no pretenden la protección de derechos fundamentales, sino colectivos, por lo que la acción procedente es la popular.
- Los demandantes no demostraron que las condiciones de la vía pública afecten los derechos fundamentales de sus hijos e impida su subsistencia personal y familiar, pues se limitaron a demostrar el mal estado de la vía pública.
- Para que proceda la acción de tutela era indispensable demostrar que la violación del derecho al goce del espacio público o a la infraestructura de servicios afectaba los derechos al mínimo vital de José, Alfonso y sus familias o a la educación de los hijos de los actores.

Derechos al goce de un ambiente sano, a la salubridad pública, a la vida en condiciones dignas y a la salud

Martha tiene graves problemas de humedad, malos olores y proliferación de insectos en su vivienda, lo cual es producido por la deficiente construcción de la misma. Estos problemas se presentan principalmente por la falta de desagües, canalización de aguas, falta de alcantarillado y la mala situación de las vías de acceso al barrio. Según Martha, esa situación le ha ocasionado enorme deterioro a la salud, tanto de ella y sus nietos menores, como del resto de la comunidad.

La **sentencia T-514 de 2007⁴⁴**, de la Corte Constitucional concedió la tutela de los derechos fundamentales a la salud, integridad física y a la vida digna de Martha y su familia. Para el efecto, ordenó al municipio y a la empresa de acueducto y alcantarillado del lugar, la reubicación de la accionante y su familia en un lugar en donde se les garantice la efectividad de sus derechos fundamentales, en unas condiciones socio económicas similares o mejores que las actuales, dentro de los 2 meses siguientes a la notificación de la providencia.

La urbanización “El Concord”, ha sufrido deterioro y colapso de la tubería del alcantarillado, debido al mal estado en el que se encuentra, eso hace que las aguas negras y residuos sólidos no fluyan correctamente y se produzca su desbordamiento al interior de cada una de las viviendas de los vecinos que viven en el sector, dentro de las cuales está la de propiedad de María que obra como accionante. Obviamente esa situación genera infecciones y malos olores para todo el barrio

La **sentencia T-734 de 2009⁴⁵**, de la Corte Constitucional concedió la tutela de los derechos fundamentales invocados por el demandante y ordenó al municipio que, a partir de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, inicie, directa o indirectamente, los trabajos necesarios

⁴⁴ M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería

⁴⁵ M.P. Dr. Jorge Iván Palacios Palacios.

rios para arreglar definitivamente y poner en buen funcionamiento la red de alcantarillado que conecta la casa de habitación de María.

La empresa Aguas y Aguas de Pereira realizó trabajos de reconstrucción de redes de aguas negras en un barrio. Pero, con ocasión de esa obra, las redes de aguas negras quedaron con filtraciones, las cuales provocaron, con el paso del tiempo, la humedad y el asentamiento del terreno, la aparición de un cráter de aproximadamente 10 metros de largo por 6 metros de ancho, quedando el cabezote de la entrega de aguas servidas, prácticamente en el aire. Eso ha producido infecciones y problemas de salud al hijo de Pedro, quien interpone acción de tutela.

La **sentencia T-790 de 2009⁴⁶**, de la Corte Constitucional concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud de Pedro y su familia, para lo cual ordenó a la Alcaldía y a la empresa prestadora del servicio público de alcantarillado que, dentro de los 30 días siguientes al fallo, determinen cuáles son las medidas adecuadas que se deben tomar para superar el riesgo que amenaza los derechos fundamentales de los accionantes. El tiempo en el cual deben ejecutarse las obras no podrá ser superior a 10 meses. De igual manera, advirtió que, en caso de que sea necesario, debe adelantarse la reubicación temporal de los accionantes hasta tanto finalicen las obras y puedan habitar sus viviendas.

Las premisas con base en las cuales la Corte concluyó que, en todos esos casos, se vulneran derechos fundamentales que pueden ser objeto de protección por vía de la acción de tutela, a pesar de que el hecho generador de esa afectación también produce daños a derechos colectivos, son las siguientes:

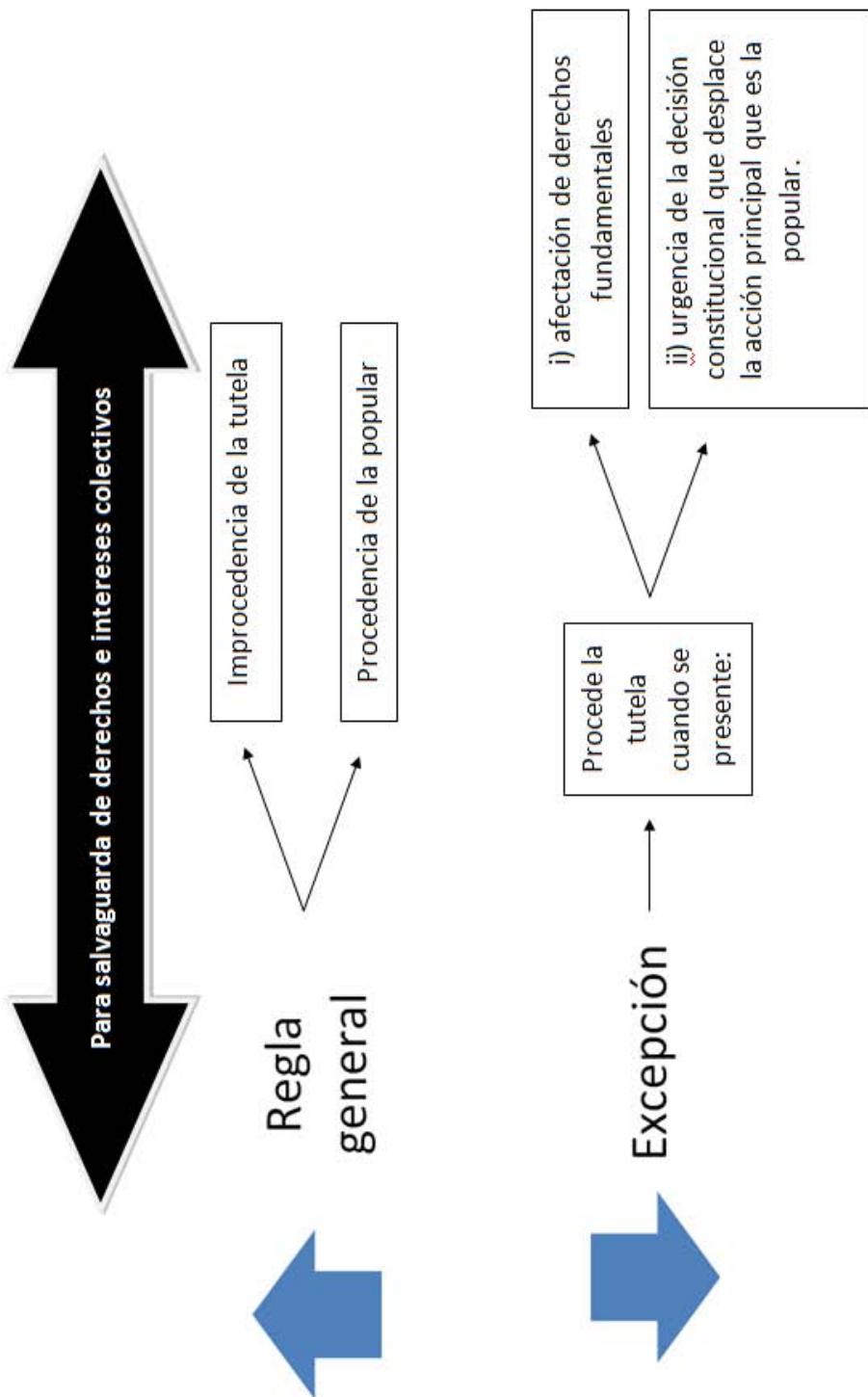
- El derecho al servicio de alcantarillado debe ser considerado fundamental cuando su ineficiente o ausente prestación afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, tales como la dignidad humana, la vida, la salud o derechos de los sujetos

46 M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de especial protección del Estado (niños, niñas, personas de la tercera edad, población desplazada, discapacitados y discapacitadas).

- La acción de tutela que pretende la realización de obras de alcantarillado no es improcedente por el simple hecho de que exista la acción popular para su eficacia, pues si se demuestra la afectación de derechos fundamentales y la urgencia de la intervención del juez de tutela, ésta procede.
- En caso de que procedan las dos acciones popular y la de tutela, prevalece la primera, a menos que se demuestre la urgencia de la protección constitucional para los derechos fundamentales afectados.
- Además de los casos señalados, pueden verse, entre otros los resueltos en sentencias T-406 de 1992, T-207 de 1995 y T-022 de 2008, de la Corte Constitucional.
- La agencia oficiosa procede en tutela para proteger derechos fundamentales de personas que no pueden acudir a su defensa o a favor de sujetos de especial protección del Estado, como es el caso de niños, niñas o población desplazada.
- La afectación del derecho al goce de un ambiente sano no excluye la protección de derechos fundamentales que también se afectan por el mismo hecho contaminante.
- Para que proceda la acción popular es indispensable acreditar la afectación particular de los derechos fundamentales del demandante.

Como puede advertirse, la identificación de los derechos constitucionales para lograr la exigibilidad de estas normas jurídicas (artículo 4º superior) mediante las acciones constitucionales diseñadas para el efecto, permite concluir que la función judicial está esencialmente dirigida a lograr la eficacia de los derechos y la mejor calidad de vida de los habitantes. Luego, la tarea del juez en el Estado Social de Derecho lejos de ser la de un convidado de piedra es la de un promotor activo de la consolidación del Estado Social de Derecho.



Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Haga una lista de cuáles son los principales problemas que enfrenta la localidad 19 de Bogotá, en relación con la afectación de derechos colectivos. Una vez identifique los problemas escogerá uno sólo que quisiera solucionar.

Para ese efecto, cumplirán las siguientes tareas:

- Elaborará la demanda popular con la identificación de los responsables contra los que la dirigirá.
- Dejará expresa referencia de las pruebas con las que pretende demostrar la afectación de los derechos colectivos a proteger.
- Presentará posibles soluciones para presentar en la audiencia de pacto de cumplimiento

Ae

AUTOEVALUACIÓN

La Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. presta el servicio público de energía eléctrica al Barrio Buenos Aires de la ciudad de Riohacha. En ese lugar, las conexiones, los soportes y la red del servicio eléctrico se presta de manera antitécnica, puesto que no existen postes sino palos de madera y la distribución del servicio de energía se efectúa a través de “una verdadera maraña de cables y alambres en cualquier estado y de todo calibre”, porque cada una de las casas ha hecho conexión directa con los cables de alta tensión.

Después de las gestiones adelantadas por la Junta de Acción Comunal del barrio y “presionando con engaño a los vecinos”, los residentes firmaron un Convenio de Suministro y Pago de Energía Eléctrica con la Empresa Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. En dicho contrato la demandada se exonera del deber de mejorar el servicio, de instalar la infraestructura de manera técnica y de la

responsabilidad por los daños que se pudieren causar con el alto riesgo existente, porque no cobra el servicio de energía, en tanto que éste se toma directamente por los usuarios de los cables de alta tensión. Los miembros del barrio NO pagan el consumo total de la energía eléctrica, pues no existen medidores para el cobro individual del servicio. Los demandantes allegaron copia de recibos de cobro del servicio de energía, en donde consta que el usuario es “directo”, que no tienen medidor.

Los discentes deben responder las siguientes preguntas:

- ¿Qué tipo de derechos se encuentran en discusión?
- ¿Es viable acudir a la justicia constitucional, pese a que los mismos residentes causaron, en parte, los problemas generados en el barrio?
- ¿Quiénes se encuentran legitimados para proteger los derechos del barrio?
- ¿Contra quién se dirigiría la acción que usted escoja?
- ¿Dónde presenta la acción procedente?

Unidad 3

EMPODERAMIENTO DE DERECHOS CON MAYOR RELEVANCIA CONSTITUCIONAL EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR

Og

OBJETIVO GENERAL

- Conocer y hacer valer en forma pacífica los derechos de mayor incidencia constitucional en Ciudad Bolívar.
- Enseñar el derecho constitucional a la comunidad de Ciudad Bolívar para la defensa judicial de sus principales derechos fundamentales.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Informar a la comunidad para enfrentar la discriminación y estigmatización que impide avanzar en la cultura del respeto por los derechos de los demás. De esa forma, podrán defender su derecho subjetivo a no ser discriminado. Y, en forma correlativa a este objetivo, se pretende entregar instrumentos para que el juez constitucional adopte medidas de discriminación positiva dirigida a equiparar.
- Adquirir herramientas jurídicas para proteger el derecho a la vivienda digna de los habitantes de Ciudad Bolívar.
- Lograr resolver pacíficamente los pequeños conflictos en los colegios que pueden convertirse en los grandes problemas del mañana, mediante la defensa y no abuso de los derechos. Se pretende que la educación sea enten-

dida como el medio para obtener el respeto, la tolerancia, la cultura ciudadana y la oportunidad de superación individual.

- Aprender a defender el espacio público en Ciudad Bolívar
- Transmitir los deseos de cuidar el medio ambiente para mejorar la calidad de vida ciudadana

3.1. JUSTIFICACIÓN DE LA UNIDAD

Como dijimos en la presentación general del módulo de derecho constitucional, la apuesta de desarrollo del proyecto de “Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar”, es el de la educación popular en derechos, pues estamos convencidos de que sólo de esta manera se avanza en el proceso de universalización del acceso a la justicia y la pacificación e integración de nuestra sociedad.

De esta forma, entonces, pretendemos analizar, de manera particular, algunos de los derechos constitucionales que, prioritariamente, responden a las especiales necesidades y a los requerimientos propios del contexto socioeconómico, cultural, político y antropológico de la población asentada en la localidad de Ciudad Bolívar. Así, a pesar de que la escasez y la dificultad para obtener oportunidades reales de superación y subsistencia, características propias de la localidad 19 de Bogotá, permitiría concluir lógicamente que el análisis de todos los derechos de libertad y prestación es necesario e, incluso, indispensable, ello no es viable en esta oportunidad, porque estamos limitados por el tiempo y el espacio que constituyen las verdaderas barreras que nadie puede superar.

Así, para escoger los derechos constitucionales a los que les dedicaremos consideración especial, acudimos a talleres con la comunidad, a las investigaciones de campo que se han adelantado en Ciudad Bolívar y a consultar documentos oficiales que nos permitieron priorizar los principales problemas que aquejan a la localidad. Con base en la identificación

de los principales problemas con relevancia constitucional, escogimos cinco derechos cuyo conocimiento y capacitación responderían en mejor medida a la solución pacífica de dichos conflictos.

Encontramos enormes problemas de estigmatización de sectores de la población, el afianzamiento marcado de la cultura machista que ha padecido nuestra historia, con el consecuente maltrato físico y moral hacia las mujeres y la violencia intrafamiliar que se replica generacionalmente (con la sorpresa de que ahora es común encontrar hijos que maltratan a sus ancianos padres) y la marginalidad en el trabajo de personas por su condición social y por su condición de desplazamiento. En tal virtud, consideramos importante transmitir algunas reglas fundamentales para entender el principio y derecho a la igualdad que nos permitan salvaguardar la eficacia y efectividad de este derecho contra la imposición y discriminación de los grupos más fuertes.

El segundo derecho cuyo análisis particular consideramos útil es el de la educación, en su concepción de derecho- deber, pues en la localidad 19 de Bogotá es frecuente la deserción escolar, los conflictos entre pandillas en los colegios, el trato displicente entre alumnos y profesores y los problemas derivados de la aplicación de los manuales de convivencia para culturas tan diversas como las que están asentadas en Ciudad Bolívar (no olvidemos que la población desplazada tiene origen en múltiples zonas rurales de Colombia).

Igualmente, otro grupo de problemas diagnosticado por los propios habitantes y por la mayoría de los estudios de Ciudad Bolívar, se ubican alrededor de la lucha por el “terruño”. Desde el origen mismo de la localidad que se identifica claramente con asentamientos subnormales, construcciones “piratas” y ocupación de predios sin planificación y autorización del Estado, hasta las políticas gubernamentales de apoyo a planes de vivienda de interés social con sistemas de autoconstrucción y autorización de urbanizaciones realizadas por particulares a bajo costo, han propiciado múltiples complicaciones jurídicas en torno al manejo de la vivienda. Conflictos por la titulación, por construcciones precarias, ausencia de prestación de servicios públicos o indebida conexión a los mismos, o simplemente porque no se tiene acceso a un lugar en condiciones dignas para vivir, exigen referirnos al derecho a la vivienda digna.

Pero, además de esos conflictos que involucran derechos fundamentales, son claras las dificultades de convivencia entre los vecinos y vecinas por el inadecuado manejo de basuras, la falta de conciencia de la defensa del espacio público, la enorme contaminación ambiental, auditiva y visual, en la que está inmersa la población que vive en la localidad de Ciudad Bolívar, obliga a priorizar la temática colectiva en el módulo de derecho constitucional, alrededor de los dos derechos colectivos de mayor incidencia, cuales son el medio ambiente sano y el espacio público.

Finalmente, para emprender el acercamiento a los cinco derechos constitucionales escogidos, primero consideramos necesario presentar brevemente premisas indispensables para interpretar no sólo los derechos a que nos referiremos, sino a todos los derechos fundamentales y colectivos. Debemos tener claro que los derechos constitucionales y, en especial los fundamentales, son normas jurídicas vinculantes, cuya eficacia normativa deriva directamente de la Constitución. Igualmente, no podemos olvidar que no hay derechos absolutos, pues todos se encuentran limitados como premisas de convivencia y tolerancia social. Y, por último, recordaremos que la interpretación de los derechos constitucionales siempre debe ser sistemática, esto significa que debe considerar todos los derechos involucrados.

PREMISAS BÁSICAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Carácter normativo directo de los derechos fundamentales

El artículo 4º de la Constitución define su naturaleza como “norma de normas”, cuya aplicación es preferente, incluso, frente a la ley.

Sobre el carácter normativo de la Constitución, el profesor español Eduardo García de Enterría⁴⁷ explicaba el concepto tiene dos connotaciones fundamentales. La primera, su fuerza vinculante y obligatoriedad, pues es una realidad normativa y no sólo un compromiso político

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. 1985.

ocasional. En tal virtud, como normas jurídicas, las reglas constitucionales se imponen a sus destinatarios sin que necesariamente requieran de la ley para ser exigibles. De hecho, la Constitución que es norma jurídica fundante, vincula a todos, incluyendo al Legislador. La segunda, su carácter superior que expresa valores, principios y reglas fundamentales para la sociedad, con lo cual se dejan los acuerdos mínimos fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales.

Por lo tanto, en la aplicación de los casos concretos no debemos olvidar que los derechos regulados en la Carta tienen eficacia normativa vinculante, lo cual supone el deber del operador jurídico de aplicarlas y producirles eficacia interpretativa preferente respecto de la ley y los actos administrativos.

Carácter limitado de los derechos fundamentales

El hecho de que los derechos fundamentales ocupen un papel preponderante en el constitucionalismo contemporáneo bajo ningún punto puede entenderse como una prohibición a su restricción o limitación. Los derechos fundamentales no son absolutos, pues una regla elemental de convivencia social exige el respeto de los propios derechos y de los demás. Es claro, entonces, que el ejercicio de todos los derechos se encuentra limitado por el respeto a los derechos de los demás (artículo 95, numeral 1º, de la Carta) y por la efectividad de los intereses públicos consagrados en la ley y la Constitución (artículo 1º superior)

Así, como lo ha advertido la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, en nombre de intereses generales u otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, es posible limitar un derecho fundamental, puesto que admitir su carácter ilimitado significaría partir de falacias tales como: i) los derechos no se oponen entre sí, ii) todos los derechos gozarían de jerarquía máxima, iii) los derechos no pueden coexistir entre sí⁹⁷.

Por el contrario, en la mayoría de los casos, encontramos enfrentamiento entre los derechos fundamentales o entre éstos e intereses generales constitucionalmente relevantes, para lo cual lejos de asumir el conflicto desde una concepción absolutista, debemos buscar articularlos mediante la

restricción mutua y armoniosa en su conjunto. Piénsese en el simple caso de pugna entre dos vecinos por el alto volumen en el que uno de ellos escucha la música en el día a altas horas de la noche. Si consideramos que los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la expresión y a la intimidad de la persona que le gusta la música a ese volumen son absolutos, no pudiésemos tomar ninguna decisión distinta a autorizar que continúe con dicho ejercicio de los derechos. De igual manera, si consideramos que los derechos a la tranquilidad e intimidad del vecino que no quiere la música son absolutos, tendríamos que impedir que se escuche música en ese sector. Obviamente ninguna de esas soluciones se ajusta al espíritu humanista, pluralista y tolerante de la Constitución de 1991, por lo que la solución más acorde con esa filosofía es la que armonice los derechos fundamentales en tensión y los restrinja mutuamente. El vecino que le gusta la música debe hacerlo dentro de los límites de decibeles permitidos en la hora y el lugar donde la escucha y el vecino que no le gusta la música debe admitir su uso dentro de los parámetros normales exigidos y autorizados por las normas que limiten los derechos.

Para resolver conflictos entre derechos fundamentales, entonces, no se trata de imponer su eficacia sin considerar los derechos de los demás o los intereses generales de la sociedad, se trata de ponderar o armonizar los derechos de tal forma que se construya una cultura de tolerancia, respeto por el otro y pluralismo, como único camino de convivencia y mejora de la calidad de vida de todos los integrantes de una comunidad.

Aplicación del principio de unidad constitucional

El constitucionalista alemán Konrad Hesse⁴⁸, sostiene que uno de los principios de interpretación de las normas constitucionales más relevante es el de unidad constitucional, según el cual la Carta debe verse como “un todo armónico”. Así, de manera congruente con lo expuesto en precedencia, eso significa que el aplicador jurídico no puede ver los derechos fundamentales de quien alega su protección como normas aisladas, sino deben entenderse siempre en correlación con otros derechos constitucionales que también resultan relevantes para adoptar decisiones correctas.

48 HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Segunda Edición 1992.

De esta manera, la garantía y salvaguarda de la efectividad de los derechos fundamentales y, en general, todos los derechos, exige entenderlos como disposiciones normativas con estructura lógica que admite conciliaciones o ponderaciones justas y adecuadas para cada caso concreto a resolver. De esta manera, la ausencia de jerarquización de normas en abstracto y el deber de interpretar todas las normas constitucionales en forma sistemática, permitirá al mismo tiempo encontrar las soluciones adecuadas, necesarias y proporcionales en estricto sentido a los principios y valores que se sacrifiquen en aras de la defensa de otros intereses constitucionalmente relevantes.

PRINCIPIO Y DERECHO A LA IGUALDAD

Contrario a sucedido con el Constituyente de 1886, que no consagró la igualdad como un derecho de relevancia constitucional, la Carta de 1991 le otorga un papel fundamental, que no es otro distinto al que el constitucionalismo contemporáneo le entrega como principio rector y estructural que identifica el Estado Social de Derecho. De hecho, la praxis ha constatado esta importancia, pues los estudios concluyen que uno de los derechos de mayor impacto y mayor invocación para su garantía por medio de las acciones de tutela e inconstitucionalidad es el derecho a la igualdad. Por ejemplo, una investigación sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional adelantada por la Universidad del Rosario⁴⁹, muestra que, de 64 derechos fundamentales analizados por esa Corporación, el 11.44% correspondió a la igualdad. Dicho en otros términos, de 3931 sentencias de la Corte Constitucional, en 450 de ellas la igualdad tuvo relevancia constitucional.

Por la importancia de este tema y su utilidad en el contexto de Ciudad Bolívar, abordaremos el estudio de la igualdad a partir de su triple faceta, sus destinatarios, su contenido y sus implicaciones frente a la igualdad material.

49 DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Director de la Investigación Itinerario de la Jurisprudencia Colombiana de Control Constitucional como Mecanismo de Protección de Derechos Humanos*. Ediciones Universidad del Rosario. 2009.

Facetas y destinatarios de la igualdad

La Constitución de 1991 otorgó a la igualdad triple carácter. Lo consagró como un valor, un principio y un derecho subjetivo. **Un valor**, en cuanto el preámbulo y el artículo 1º superior, declararon la igualdad, junto a la justicia, la libertad, la convivencia pacífica y otros, como aspiraciones jurídicas y meta política y social a la que todos debemos dirigirnos. Es, entonces, un fin jurídicamente declarado cuya concreción corresponde principalmente al Legislador. La igualdad es también un **principio jurídico** estructural al Estado Social de Derecho, razón por la cual constituye directriz en la aplicación e interpretación del derecho, de obligatoria observancia.

Estas dos facetas de la igualdad están dirigidas principalmente a todas las autoridades públicas, quienes tienen la responsabilidad de establecer la igualdad en la aplicación de la ley y concretarla en la igualdad de trato jurídico. Entonces, el Legislador al expedir la ley, las autoridades administrativas al regular situaciones concretas o generales y al adoptar decisiones que involucran derechos de los administrados, y los jueces al resolver los asuntos sometidos a su consideración, están vinculados por el principio de igualdad. Así, en todas las decisiones del Estado, el principio de igualdad constituye un límite infranqueable a la discrecionalidad legislativa, administrativa y judicial y un control adecuado al abuso de poder.

Pero, además, la igualdad fue consagrada en la Constitución como un **derecho subjetivo**, la cual se concreta principalmente en la prohibición de la discriminación y el reconocimiento obligado de diferencias. En efecto, este carácter de la igualdad no sólo fue reconocido en el artículo 13 superior, sino en múltiples normas con expresa referencia al mismo y otras con referencia implícita, puesto que el hecho de que un derecho fundamental no se refiera expresamente a la igualdad, el carácter relacional de este último irradia todo el ordenamiento jurídico. Son ejemplos de consagración expresa de la igualdad como derecho subjetivo: el artículo 42 al regular la igualdad de derechos y deberes en las relaciones familiares y, en especial entre la pareja; el artículo 53 al señalar que la igualdad de oportunidades para los trabajadores es una regla ineludible para el Estatuto del Trabajo; el artículo 70 superior que consagra el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades; el artículo 75 al establecer el derecho a la

igualdad de acceso al uso del espectro electromagnético y el artículo 125 superior que se refiere al derecho de todas las personas de acceso a los cargos públicos en igualdad de condiciones. Pero, además, por tratarse de un derecho relacional que compara dos supuestos, su aplicación y eficacia irradia otros derechos constitucionales, tales son los casos, por ejemplo, de la igualdad de trato entre las confesiones religiosas (artículo 19), el derecho a que se proteja la vida en igualdad de condiciones a todos los sujetos de derecho, incluso el del *nasciturus* (artículo 11)⁵⁰ y el derecho de acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones (artículo 228 superior), entre otros.

Así las cosas, en esta visión de derecho público subjetivo directamente ejer-citable ante los jueces, la igualdad tiene eficacia normativa frente a todas las autoridades y los particulares. Obviamente la eficacia de estos derechos no es exigible en relaciones de igualdad, esto es, en relaciones horizontales, sino en aquellas situaciones en las que se rompe esa autonomía de la voluntad privada y nos ubicamos en posiciones estrictamente verticales. Por esta razón, no olvidemos que la acción de tutela frente a particulares, a diferencia de lo que ocurre frente a autoridades públicas que procede en todos los casos, sólo procede si logramos demostrar los cuatro supuestos autorizados por el artículo 86 de la Carta, de tutela contra particulares: indefensión, subordinación, prestación de servicios públicos y afectación grave y directa de intereses colectivos. Es claro, entonces, que la eficacia horizontal del derecho a la igualdad no es protegible por vía constitucional, pues ésta sólo puede intentarse cuando se trata de discriminación o desigualdad no justificada en relaciones verticales.

50 Sin embargo, por el carácter relativo o limitado de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha concluido que en tres casos deben prevalecer los derechos a la vida, a la procreación libre y reproductivos de la mujer, a saber: "i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto": Sentencia C-355 de 2006. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido, pueden verse las sentencias T-388 de 2009 y T-209 de 2008. En consecuencia, podría decirse que, de acuerdo con la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional, una mujer tiene derecho fundamental a interrumpir en forma voluntaria el embarazo única y exclusivamente en las tres situaciones expresamente autorizadas.

¿En qué consiste el juicio de igualdad? Igualdad formal y material

El análisis de igualdad consiste en cotejar dos supuestos de hecho, susceptibles de comparación. La confrontación deberá definir, entonces, como punto de partida, los sujetos comparables y el término de comparación que utilizará el aplicador, pues de ello depende la consecuencia jurídica que se establezca. De hecho, en abstracto no es posible responder acertadamente si dos supuestos son iguales o diferentes. Por ejemplo, a la pregunta si ¿los hombres son iguales a las mujeres?, la respuesta dependerá del criterio escogido para compararlos. Si el cotejo parte de los derechos en la familia, lógicamente los hombres y las mujeres deben ser tratados en forma igual porque son iguales. Pero, si la comparación se efectúa a partir del criterio de protección a la estabilidad laboral en embarazo, obviamente los hombres y las mujeres no son iguales.

Así las cosas, uno de los factores más relevantes y significativos para establecer la diferencia de trato o la discriminación, está centrado en el análisis del "*tertium comparationis*". Definida esa premisa, el intérprete debe establecer si efectivamente se suscita un trato distinto y si éste encuentra justificación constitucional que lo autorice, esto es, si la diferencia de trato es razonable y proporcional (si atiende a fines legítimos constitucionalmente, es adecuada, necesaria y no sacrifica intereses y derechos constitucionales de mayor relevancia en el caso concreto).

Esa sencilla descripción del juicio de igualdad implica reconocer la existencia de dos visiones distintas del concepto de igualdad, las cuales hacen parte del contenido del valor, del principio y del derecho frente a las autoridades públicas y frente a los particulares. De una parte, la igualdad formal y, de otra, la igualdad material o sustantiva.

La igualdad formal, consagrada en el primer inciso del artículo 13 superior, según la cual "*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...*". Este postulado del Estado Liberal Clásico, representó un gran avance hacia la justicia y la democratización del derecho, pues se parte del reconocimiento del

derecho y la consagración de límites al poder de configuración política del Legislador, al exigirle la igualdad de trato jurídico.

No obstante el avance del reconocimiento a nivel mundial del derecho a la igualdad en su dimensión formal (artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano⁵¹ y artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵²), el mayor progreso en su desarrollo, se concretó con el cambio de concepción de un Estado abstencionista a un Estado prestador de servicios, comprometido con la eficacia de los derechos y responsable con la materialización de la justicia. Así, el Estado Social de Derecho, introdujo el concepto de **igualdad material**, la cual se evidencia en nuestra Carta, entre otros, en los dos últimos incisos del artículo 13 superior, los cuales disponen:

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

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

Nótese que el concepto de igualdad material no sólo supone un cambio de visión en las tareas encomendadas al Estado, pues ahora le corresponde desarrollar un papel activo en la promoción de la igualdad y la materialización de la justicia distributiva, sino también un cambio en el sentido mismo de la igualdad que reconoce la existencia de desigualdades naturales, culturales, económicas y sociales, las cuales requieren de la intervención del Estado para compensar, superar o equiparar. En este sentido, el filósofo norteamericano John Rawls, claramente explica que el reconocimiento jurídico del principio de la diferencia es el mejor instrumento para asignar en forma adecuada y justa los bienes y recursos escasos, pues sólo de esa forma es posible superar el “estricto igualitarismo”

51 Esa norma señala: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

52 Ese artículo preceptúa: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Pero, además, la nueva concepción de la igualdad que, incluso como vimos, se impone en algunos casos frente a los particulares, supone un cambio de visión y de roles de las personas en la sociedad, lo cual como bien lo explica el psiquiatra Miguel Cote Ménendez, puede generar conflictos que deben asumirse como un mecanismo positivo de contribución a la salud de los entornos que lo rodean. Por esa razón, el asumir la igualdad material como una constante en la sociedad actual implica reconocer que la diferencia puede generar inicialmente dificultades que terminan superándose si logra manejarse en forma adecuada con la tolerancia, respeto y aceptación de la diversidad, en tanto que *"la relación de conflicto con el otro se constituye en elemento fundamental de la construcción de la propia identidad; el análisis dialectico permite identificar la paradoja consistente en que el ser humano es un ser necesitado de identidad diferenciada del otro, en los niveles individual y social; pero esa identidad solo se construye a través del otro. Lo que define al conflicto como una posibilidad no como un problema"*⁵³.

Veamos, ahora cuáles son las principales repercusiones de la igualdad material en una Constitución Humanista:

Principales consecuencias de la igualdad material

Reconocimiento de desigualdades y protección a los sujetos de especial protección constitucional.

La simple lectura de los incisos transcritos del artículo 13 superior, muestra que el Constituyente reconoció la existencia de desigualdades y estableció, como regla de conducta de las autoridades públicas, el deber de otorgar trato preferente a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Pero, además, la connotación Social que identifica nuestro Estado de Derecho y el carácter humanista de la Constitución de 1991, resulta congruente con una serie de cláusulas específicas que establecen el deber de trato favorable a grupos vulnerables o tradicionalmente discriminados.

⁵³ COTE MENENDEZ, Miguel. *Módulo de Estrategias Para la Prevención de Conflictos, La Entrevista Motivacional, escrito para el programa piloto Modelo de Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D. C*

Es claro, entonces, que el bloque de constitucionalidad reconoció la existencia de: i) desigualdades naturales, como sucede en el caso de los niños, niñas, adolescentes y personas de la tercera edad, ii) desigualdades sociales, como es el caso de la población desplazada por la violencia, iii) desigualdades económicas, como la que padecen las madres cabeza de familia y, iv) las desigualdades culturales, como es el caso de las mujeres y los discapacitados.

Por estas razones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha reconocido la existencia de **sujetos de especial protección constitucional**, quienes gozarán de trato preferente y prioritario de las políticas públicas, de la ordenación del gasto y de la aplicación del derecho. Dentro de este grupo encontramos:

- Los niños y niñas. La exigencia de trato favorable encuentra fundamento constitucional en el artículo 44, según el cual “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” y la obligación de asistirlos y protegerlos corresponde a la familia, la sociedad y el Estado. Luego, cada vez que evidenciamos la afectación de derechos fundamentales de los menores de edad, debemos reconocer que la situación de fragilidad de este grupo, la cual se presume, exige medidas inmediatas de protección.
- Las personas de la tercera edad. El artículo 46 superior reconoce que estas personas requieren, para la eficacia de sus derechos, de la protección, asistencia e intervención del Estado, la sociedad y la familia.
- Los adolescentes. En esa misma línea, el artículo 45 de la Constitución consagra medidas especiales para la promoción de los derechos, la participación activa y la formación integral de los jóvenes.
- Las mujeres cabeza de familia. El artículo 43 de la Carta otorgó un plus de protección a este grupo social, no sólo por condición económica, sino por su carácter de personas tradicional y culturalmente discriminadas.
- Los discapacitados. El artículo 47 de la Constitución impone al Estado el deber de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social de personas con limitaciones físicas o mentales.
- Los desplazados. El desplazamiento forzado interno convierte a sus víctimas en sujetos de especial protección constitucional, pues la masiva violación de sus derechos y su consecuente situa-

ción de vulnerabilidad, obligan al Estado a actuar activamente en la superación de sus necesidades.

En este orden de ideas, es fácil concluir que la aplicación efectiva de la igualdad material supone el deber del Estado de reconocer diferencias para tomar en consideración las circunstancias que afectan o benefician a los destinatarios de las decisiones públicas, pues este derecho no se agota con la consideración formal de la igualdad fáctica, sino que impone, incluso, el reconocimiento de la diferencia.

Derecho a la diferencia

Aunque la regla Aristotélica de la igualdad, según la cual la igualdad se predica respecto de los iguales y la desigualdad respecto de los desiguales, es bastante útil cuando se resuelven conflictos de esta naturaleza, lo cierto es que, en múltiples oportunidades, es insuficiente.

En efecto, constatada la diferencia y el deber del Estado de promover las medidas dirigidas a superarla, las decisiones administrativas, legislativas y, en algunos casos, judiciales deben otorgar trato distinto para compensar, equiparar o equilibrar. Incluso, al referirse a los derechos de las mujeres como grupo social tradicionalmente discriminado, la jurisprudencia española ha llegado a sostener que, en algunas ocasiones, “*un trato formalmente igual puede producir un resultado discriminatorio por su impacto diferencial y desfavorable a la mujer*”⁵⁴

Eso significa que el principio de igualdad no impide la diferencia trato, de hecho, en algunas ocasiones, lo exige, puesto que “*en todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad*”⁵⁵ Luego, lo que resulta contrario a la Constitución no es el trato distinto, es el trato discriminatorio, esto es, el trato igual o distinto sin razón suficiente que lo apoye o sin fundamento constitucional objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad.

54 Tribunal Constitucional Español: *Sentencia 145 de 1991*.

55 *Sentencia T-230 de 1994. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz*.

Contenidos del derecho fundamental a la igualdad

Omisión de trato favorable

Congruente con la concepción material de la igualdad y el cambio de posición del Estado abstencionista a un Estado prestador, en caso de que una persona determinada o individualmente considerada se encuentre en situación de desigualdad que le genere vulnerabilidad, fragilidad o debilidad manifiesta, tiene el derecho constitucional a obtener un trato jurídico favorable, esto es, un trato jurídico distinto a su favor.

La jurisprudencia constitucional ilustra el contenido subjetivo del derecho a la igualdad que consiste en la posibilidad de exigir de las autoridades un trato favorable:

Raúl y Luis, personas con discapacidad física que les impide caminar, acudían los domingos al Estadio Pascual Guerrero en Cali para ser espectadores de los partidos de fútbol programados en esa ciudad, para lo cual tenían autorización para entrar por la gramilla por la dificultad generada por la silla de ruedas. Posteriormente, las autoridades locales tomaron la decisión de impedir, a todas las personas que no hagan parte del espectáculo, el acceso por la gramilla, razón por la cual las dos personas discapacitadas no pudieron volver al estadio.

Raúl y Luis acudieron a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales. Así, mediante **sentencia T-288 de 1995⁵⁶**, la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la igualdad de los accionantes, pues se consideró que la medida restrictiva de los derechos era desproporcionada y omitía el derecho de trato especial que consagra la Carta a favor de los discapacitados. La Sala reconoció que los accionantes no debían ser tratados en forma igual al resto de espectadores, porque dicho tratamiento les producía un sacrificio desproporcionado a su derecho a asistir los domingos al espectáculo futbolístico. Por esa razón, ordenó a las autoridades locales a autorizar el ingreso de los accionantes y establecer medidas de seguridad distintas al impedimento de ingreso a las personas que deben gozar de especial trato jurídico.

56 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Marina tiene tres hijos con retardo mental diagnosticado. Ellos asisten a colegio especializado, cuyo transporte se realiza en el vehículo de propiedad de Marina, puesto que los menores de edad padecen de fobia a las multitudes y sufren de pánico con facilidad. En la ciudad donde viven fue implementada la restricción vehicular durante dos días a la semana, lo cual le impide llevar al colegio a los niños en ese tiempo, asunto que retrasa su proceso de rehabilitación e impide que disfruten su colegio. Solicitó a la Alcaldía un permiso especial de rodamiento, pero no le fue otorgado.

En ejercicio de la acción de tutela, Marina pretende la excepción a la medida de “pico y placa” para su vehículo. La **sentencia T-117 de 2003⁵⁷**, de la Corte Constitucional, concedió el amparo, porque encontró que la igualdad de trato jurídico otorgado a Marina y su familia era discriminatoria, pues se presentó omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho ciertos grupos de personas, privándolas de los beneficios, ventajas y oportunidades.

En el mismo sentido, la **sentencia T-1099 de 2003⁵⁸** de la Corte Constitucional, concedió el amparo del derecho a la igualdad por omisión de trato especial a la madre de un menor de edad, enfermo con hiperactividad, que fue expulsado del colegio como consecuencia de la realización de conductas que contrariaban el manual de convivencia. La Corte reprocha el hecho de que los profesores no valoraron la enfermedad del niño para efectos de adoptar la decisión correspondiente.

Prohibición de discriminación

Como lo advertimos en precedencia, el derecho subjetivo a no ser discriminado se concreta con el trato desigual no autorizado constitucionalmente o el trato igual sin considerar situaciones especialmente relevantes que exigen la diferencia.

⁵⁷ M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

⁵⁸ M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ahora bien, para analizar la justificación del trato diferenciado, la jurisprudencia advierte la evaluación de tres elementos: i) empírico, en tanto que debe tratarse de casos distintos, ii) normativo, como quiera que debe acreditarse finalidades constitucionalmente admisibles, esto es, que exista sustento constitucional para la diferencia y, iii) valorativo, al evaluar que la medida que se analiza sea adecuada, necesaria y proporcional a la luz de los principios, valores y derechos constitucionales⁵⁹.

De todas maneras, el artículo 13 superior enumera una serie de situaciones cuya diferencia de trato podría ser discriminatoria. Así, siguiendo la práctica generalizada en el derecho comparado de la igualdad, se consideran distinciones “sospechosas” o criterios peligrosos de discriminación, los relativos a la raza, género, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, lo cual obviamente no excluye otros que pueden dar lugar a un trato inconstitucional. En esos casos, para que la medida desigual sea válida o admisible constitucionalmente debe buscar fines imperiosos para la sociedad, debe ser adecuada e indispensable para el logro de los mismos y no debe sacrificar gravemente otros derechos fundamentales.

Analicemos algunos casos de discriminación con la presencia de criterios sospechosos de trato inconstitucional:

Discriminación por razones de género

El hecho histórico del poder patriarcal en nuestras sociedades, que ha generado una estructura familiar machista y tradicionalmente restrictiva de los derechos de las mujeres, es desafortunadamente verificable en la actualidad. En comunidades enteras y en sectores sociales específicos la estigmatización contra la mujer sigue siendo un lugar común. Eso fue especialmente detectado en algunos sectores asentados en Ciudad Bolívar, en los que la mujer sigue siendo subyugada por su esposo y relegada en forma peyorativa al cumplimiento de las tareas del hogar, lógicamente, sumadas a la búsqueda de recursos para la subsistencia familiar. Nos llamó la atención que, incluso, los comentarios discriminatorios se hacen en forma generalizada del lugar. Por ejemplo, en un supermercado

59 *Sentencias T-098 de 1994 y T-1099 de 2003.*

de la localidad, su dueño comentó que los clientes del día no habían sido nada productivos, porque hubo “muy poquita gente y muchas mujeres”.

Eso muestra que en “empoderamiento jurídico” de la comunidad de Ciudad Bolívar es vital iniciar el proceso cultural dirigido especialmente a superar la discriminación contra las mujeres y, en general, a combatir los estereotipos sociales sobre los roles tradicionalmente asignados a los hombres y las mujeres. Por esa razón, a continuación haremos una breve referencia a las normas jurídicas aplicables y a algunos ejemplos que la jurisprudencia ha resuelto en defensa de la igualdad de derechos de las mujeres y la prohibición de discriminación por razones de género.

Al igual que algunos tratados y convenios internacionales que integran el bloque de constitucionalidad⁶⁰, los artículos 13, 42 y 43 de la Carta, expresan enfáticamente que el hecho diferencial de género sólo es utilizable si se busca proteger o equiparar a las mujeres, pero bajo ningún punto podrá utilizarse para establecer detrimento a sus condiciones laborales, sociales, económicas o familiares.

Así, el artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, define la discriminación como “*toda distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”

⁶⁰ Al respecto: artículo primero de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, según el cual los Estados Partes se “comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos”. Para la interpretación de esa norma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dejó en claro que los Estados Partes deben “adoptar todas las medidas necesarias” para hacer posible el goce de los derechos por igual entre hombres y mujeres, dentro de las cuales debe (i) “eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de esos derechos en condiciones de igualdad”, (ii) “dar instrucción a la población y a los funcionarios del Estado en materia de derechos humanos” y (iii) “ajustar la legislación interna a fin de dar efecto a las obligaciones enunciadas en el Pacto”, para lo cual podrán adoptar “medidas positivas en todos los ámbitos a fin de dar poder a la mujer en forma efectiva e igualitaria.”

En esa línea, el Legislador, las autoridades públicas y los jueces, tienen el deber constitucional de combatir la violencia de género y regular medidas dirigidas a superarla. De esta forma, incluso, se reclaman medidas punitivas especiales para combatir la violencia sufrida por las mujeres en función de su relación de pareja, decisiones de apoyo económico o social que les faciliten el cambio de residencia, subsidios o asistencia sicológica y médica especializada y normas eficaces que favorezcan el acceso efectivo al empleo, la formación y las oportunidades laborales.

Por resultar muy frecuentes las formas de discriminación a la mujer en el acceso al empleo, haremos referencia a dos casos en los que la Corte Constitucional ha concedido la acción de tutela como instrumento idóneo para exigir el trato igual y/o a favor de la mujer.

Yolanda es ingeniera mecánica, profesión usualmente ejercida por hombres, razón por la que ella atribuye la dificultad para encontrar empleo. Después de superar todas las etapas programas en INGEOMINAS para proveer un cargo de carrera y de obtener el primer puesto, no se ha producido su nombramiento, por cuanto aparentemente es “inconveniente” que una mujer “maneje” 60 conductores, lo cual hace parte de las funciones a ejercer en dicho cargo público.

Para defender su derecho a la no discriminación por razones de género, María acudió a la acción de tutela. En **sentencia T-326 de 1995⁶¹**, la Corte Constitucional ordenó al Director de INGEOMINAS, que, en el término de un mes, contado a partir de la notificación de la sentencia, efectúe el nombramiento de Yolanda en el cargo para el cual se presentó a concurso público y ocupó el primer lugar. Para la Corte es injustificada y reprochable la negativa a nombrar a la accionante, estrictamente con fundamento en razones de género. Esa razón no sólo no es una justificación constitucionalmente válida, sino que está prohibida expresamente en el artículo 13 superior.

María fue despedida del empleo cuando se encontraba en embarazo. Ella había notificado al empleador de su situación, pese a lo cual él invocó como causal de terminación por justa causa del contrato laboral, el incumplimiento de las funciones y tareas a ella asignadas.

⁶¹ M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

En múltiples casos como el planteado, la Corte Constitucional ha concedido la acción de tutela para ordenar el reintegro de la trabajadora en defensa del derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada o en licencia de maternidad. Esta Corporación ha sido enfática en sostener que no son válidas constitucionalmente los despidos durante el embarazo o la lactancia y las medidas que invaden la privacidad de la mujer (pruebas de embarazo como condición de ingreso a un trabajo, imposición de mantenerse en la viudez para obtener pensiones o privilegios económicos), pues todas ellas consagran decisiones de discriminación por razones de género.

Para establecer, entonces, la razonabilidad del despido de la mujer en embarazo, la **sentencia T-160 de 2006**, resumió las siguientes reglas:

“para que el despido de una mujer en estado de gravidez proceda i) deberá corresponder a una de las justas causas de terminación del contrato estipulada en el Código Sustantivo del Trabajo ii) debe contar con la autorización del funcionario competente, y iii) dicha causa tendrá que ser conocida por la trabajadora, de lo contrario se presume que fue despedida en razón de la maternidad, lo que claramente vulnera sus derechos a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la maternidad y a la familia”.

En conclusión, el hecho de la maternidad exige especial protección de los poderes públicos a las mujeres con el fin de facilitar el acceso, permanencia y ascenso laboral.

Discriminación por razones de edad

Además del derecho genérico de los niños y niñas a ser protegidos en igualdad de condiciones, derivado de la interpretación sistemática de los artículos 13 y 44 de la Constitución, el artículo 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, expresamente dispone que “*todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de protección que su condición de menor requiere*”. En aplicación de esta norma y del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que está prohibida la “*discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de*

la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”⁶²

Por esas razones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que la desigualdad de trato jurídico por razones de edad, sólo es constitucionalmente admisible cuando se trata de proteger los derechos prevalentes de los niños y niñas. Dicho en otros términos, aunque el trato diferente entre menores de edad y adultos es un criterio sospechoso, éste no genera discriminación cuando la diferencia tiene como propósito permitir el ejercicio de los derechos reconocidos a los niños y niñas. Luego, la medida distinta, pero favorable para los menores de edad, buscarán equiparar, compensar o proteger y, en general, combatir prejuicios absurdos basados en las ideas de inferioridad de los menores de edad.

Con base en estas consideraciones, por ejemplo, la legislación colombiana ha establecido reglas de trato especial para los niños, niñas y adolescentes involucrados con conductas delictivas, pues el hecho de que hubieren cometido delitos o participado en ellas, no debe minimizar la especial protección y trato que la Constitución otorga a este sector de la población. Por esa razón, el artículo 142 de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, dispone “*sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible*”⁶³.

62 Opinión Consultiva OC-4 del 19 de enero de 1984, la cual analizaba la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, específicamente en el tema de naturalización.

63 Sobre el trato especial de los niños, niñas y adolescentes involucrados como autores o partícipes de un delito, puede consultarse PUENTES, Orlando Enrique. Módulo Derecho Penal. Unidad 2. Derechos en el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, escrito para el programa piloto Modelo de Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D. C.

Un ejemplo en la jurisprudencia puede verse en **sentencia C-507 de 2004⁶⁴**, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la diferencia de edad establecida en el artículo 140 del Código Civil para efectos de declarar la nulidad del matrimonio contraído por menores de edad. Inicialmente esa norma señalaba como causal de nulidad el matrimonio celebrado por varones menores de 14 años o mujeres menores de 12 años. Para la Corte esa diferencia de edades entre los hombres y las mujeres que deciden contraer matrimonio, discrimina por razón de la diferencia de edad.

De igual manera, mediante **sentencia C-468 de 2009⁶⁵**, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la edad límite para consagrarse el tipo penal de abandono, contenido en el artículo 127 del Código Penal. El Legislador tipificó la conducta de “abandono de menor de 12 años”, con lo cual se excluía de reproche penal el abandono de un menor de edad mayor de 12 años. Para la Corte, *“el abandono, por parte de quien tiene el deber legal de asistir al menor de edad, además de calificarse como un acto inhumano, lleva implícito un desarraigamiento y desprotección de los niños, en cuanto que, por esa vía, se les está negando lo que es imprescindible para su propia subsistencia, exponiéndolos a situaciones que pueden comprometer su vida e integridad física y personal, así como también otros derechos que son consustanciales al propósito de lograr su desarrollo integral y armónico, y desconoce los postulados de protección especial que pesa sobre ese grupo de la población, razón por la cual se justifica plenamente que tal conducta se tipifique y se sancione adecuadamente”*.

Discriminación por condición física o social

La estigmatización produce violencia, vulnerabilidad, indefensión y desigualdad de oportunidades de progreso y desarrollo para una comunidad. Como consecuencia de ello, el artículo 13 superior, expresamente prohibió la discriminación por origen nacional o familiar, con lo cual se busca garantizar a los grupos sociales tradicional o culturalmente ultrajados especial protección por parte del Estado. Ese tratamiento preferencial debe dirigirse a asegurar la reintegración a la sociedad, la productividad y eficacia de todos sus derechos fundamentales.

64 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

65 M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Dentro de los grupos que han padecido la discriminación por su condición social se encuentra la población desplazada y sujetos evidentemente vulnerables, quienes de acuerdo con la jurisprudencia constitucional tienen derecho a trato privilegiado y preferente para la eficacia de todos sus derechos e intereses, para lo cual pueden acceder a la acción de tutela como instrumento procesal idóneo para el efecto. Igualmente, mediante el mismo mecanismo judicial pueden exigir, por ejemplo, la igualdad de trato en el acceso al empleo o en las oportunidades de estudio, como herramientas indispensables para la superación, progreso y mejoramiento de la calidad de vida del ser humano.

Un ejemplo, muestra la protección constitucional del derecho a la no discriminación por condición social.

A Lucrecia, empleada del servicio doméstico, no se le permite utilizar el ascensor destinado para el uso exclusivo de residentes, pues para los empleados del edificio existe un ascensor especial que, lastimosamente, se encuentra dañado. Por esa razón, Lucrecia debe subir 22 pisos, pues a esa altura se encuentra el apartamento donde trabaja, a pesar de que se encuentra gravemente enferma y ha pedido en varias oportunidades una concesión especial por su condición de salud.

La sentencia T-1042 de 2001 de la Corte Constitucional concedió la tutela interpuesta por Lucrecia y ordenó al gerente general del Edificio “El Conquistador”, que le permita utilizar el ascensor para uso exclusivo de residentes y se abstenga de “*discriminar por factores subjetivos— raza, oficio, religión, ideología, estatus social etc. – a la aquí accionante para efectos del uso de todos los ascensores, en cualquier tiempo, del edificio El Conquistador*”

Un ejemplo paradigmático de prohibición de estigmatización o discriminación por condición física, constituye en la jurisprudencia alemana el caso Krüppel, analizado por Robert Alexy⁶⁶ como ejemplo de ponderación de derechos constitucionales en tensión. En esa oportunidad, el Tribunal Constitucional analizó la petición de amparo de un militar que se consi-

⁶⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Traducción del alemán realizada por BERNAL PULIDO, Carlos. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

deraba afectado en su honor y honra por las referencias que la revista Titanic (publicación con un carácter “satírico- literario”) hiciera sobre él, en calidad de “militar asesino” y “tullido”. Para el Tribunal, la expresión militar asesino no implicaba una calumnia porque el propósito crítico y ridiculizador de la revista no imputaba responsabilidad penal, de ahí que en ese aspecto debía prevalecer la libertad de expresión del periodista sobre el derecho al buen nombre del militar. Por el contrario, a juicio del Tribunal Constitucional, el haberlo llamado “tullido”, si implicaba una expresión peyorativa y discriminatoria, pues su objeto era humillar y degradar sobre una condición física que la persona no podía cambiar, de ahí que debía prevalecer el derecho a la honra y a la dignidad.

Acciones afirmativas o medidas de discriminación positiva

En desarrollo de la concepción sustancial de la igualdad, que por demás llevó a una reconducción del concepto en el Estado Social de Derecho, las autoridades han diseñado un conjunto de medidas dirigidas a favorecer grupos tradicionalmente discriminados, con el fin de impulsar, fomentar o propiciar su equiparación en el acceso de los bienes escasos de la sociedad. Dicho en otras palabras, las acciones afirmativas, medidas de discriminación positiva o de discriminación inversa son “*medidas para favorecer a un grupo de personas que se encuentran en situación de debilidad producida por desigualdades culturales, históricas, sociales o económicas*”⁶⁷. En otro pronunciamiento, la Corte Constitucional señaló que son “*instrumentos diferenciales diseñados para asegurar la satisfacción de bienes y servicios en una sociedad caracterizada por la escasez*”⁶⁸.

Estas medidas surgieron en el derecho norteamericano a finales de los años sesenta al adoptarse “programas aceptables de acción afirmativa” para promover el acceso al trabajo en igualdad de oportunidades y condiciones salariales para los negros y las mujeres. Posteriormente, estas medidas de protección en el empleo se extendieron a la educación y, en el año de 1978, la Corte Suprema de Justicia Federal avaló por primera vez la validez constitucional de las denominadas cuotas en la educación

67 *Sentencia C-932 de 2008. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.*

68 *Sentencia C-370 de 2000. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.*

para la población negra. Así, al resolver el caso *Regent of University of California vs Bakke*⁶⁹, el máximo Tribunal dijo que, en aplicación de las Enmiendas Decimotercera y Decimocuarta de la Constitución Norteamericana, denominadas cláusulas de igual protección, podría otorgarse tratos distintos a sectores de la población marginados, siempre y cuando se dirijan a privilegiarlos y busquen superar la discriminación arraigada, por lo que una vez sea superada, las medidas deben desaparecer. A esos tratos distintos, pero válidos constitucionalmente por encontrarse a favor de las minorías racionales y de las mujeres, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana las llamó medidas de discriminación inversa y, conservó la denominación de acciones afirmativas, para las demás medidas favorables de grupos marginados, sin considerar los criterios de raza y género.

En la misma línea, el derecho constitucional europeo admitió la validez de las denominadas medidas de discriminación positiva, principalmente para favorecer los derechos de la mujer en el acceso al empleo. Así, en aplicación de los artículos 117 y 119 del Tratado de Roma, según el cual los Estados Parte se obligan a promover y mantener la igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, en diciembre de 1979, la Convención Europea de Derechos Humanos expresamente estableció el compromiso de los Estados parte de adoptar las “*medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en ningún modo entrañará, consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato*”

Con base en esas disposiciones, el Consejo de las Comunidades Europeas expidió resoluciones y directivas para promover los derechos de la mujer en el acceso al empleo y a la educación. En el mismo sentido, los Estados Europeos han desarrollado un conjunto de leyes que tienen por finalidad hacer efectiva la igualdad material entre los hombres y las mujeres, cuya

69 En esa oportunidad, la Corte Suprema de Justicia Federal estudió una demanda presentada por el señor Bakke contra la Universidad de California, quien, en dos oportunidades, le negó el cupo para estudiar medicina, porque debió competir con aspirantes a esos cupos de raza negra. Por esa condición, estos últimos tenían 16 puntos más, de 100 posibles. Al sumar esos puntos de ventaja, el señor Bakke resultaba descalificado, pese a que, en las demás pruebas había obtenido un puntaje mayor.

constitucionalidad ha sido avalada por los correspondientes Tribunales Constitucionales. Por ejemplo, la sentencia 10 del 28 de enero de 1985 del Tribunal Constitucional Español dijo que la ley que otorgaba una prestación económica únicamente a las mujeres trabajadoras, se ajustaba a la Constitución porque tiene una función protectora a las mujeres, quienes se encuentran en “*una posición de relegación en el mundo laboral*”. En el mismo sentido, la sentencia 128 del 16 de julio de 1987 del Tribunal Constitucional Español desestimó el recurso de amparo por medio del cual un trabajador varón solicitaba que se le otorgue el beneficio de la guardería que, de acuerdo con la ley, estaba diseñado únicamente para los hijos menores de 6 años de mujeres trabajadoras. Aunque los trabajadores se encontraban en idénticas condiciones que las trabajadoras, el Tribunal Constitucional dijo que esa medida se adoptó en función de la especial protección al trabajo de las mujeres para el fomento y progresiva incorporación social.

En nuestra legislación, la primera medida de discriminación positiva fue la adoptada mediante Ley 581 de 2000, “*por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisarios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones*”, en cuyo control previo de constitucionalidad, por tratarse de un proyecto de ley estatutaria, la Corte Constitucional advirtió que es legítimo admitir medidas que obliguen a las autoridades públicas a facilitar la participación de las mujeres en los cargos decisarios, pues la discriminación histórica a la que ha sido sometida en el acceso al empleo, justifica una medida transitoria para fomentar la igualdad material.

Posteriormente, el Legislador consagró medidas de discriminación positiva a favor de la mujer cabeza de familia, concediéndole beneficios en la seguridad social, préstamos preferentes de textos escolares para sus hijos dependientes, planes y programas de capacitación gratuita y desarrollo de microempresas industriales, comerciales y artesanales, acceso preferencial a auxilios educativos y estímulos especiales para el sector privado que cree, promocione o desarrolle programas especiales de salud, educación, vivienda, seguridad social, crédito y empleo, entre otros (Leyes 82 de 1993 y 750 de 2002). Sin embargo, las **sentencias C-964 de 2003⁷⁰ y C-184**

70 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

de 2003⁷¹, entre otras, entendieron que las medidas favorables debían ser adoptadas en función de la protección especial que la Constitución otorga los niños y a la niñas y no a favor de las mujeres trabajadoras. Por esa razón, declararon la exequibilidad de las acciones afirmativas, pero en el entendido de que los beneficios a que hace referencia la ley debían ser extensivos a los “*hijos menores y a los hijos impedidos dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia...*”.

Además de estas medidas de discriminación positiva, en las que el Legislador tomó en consideración razones de género, podemos referir otros ejemplos de acciones afirmativas, incluso, ordenadas por la Corte Constitucional. Por ejemplo, al estudiar la validez constitucional de los artículos 24, numeral 5, literal b, y 30, parágrafo, de la Ley 80 de 1993, que regulan el deber de selección objetiva en la escogencia del contratista, principio que orienta el proceso de licitación o concurso previsto para la contratación del Estado, la **sentencia C-932 de 2007**⁷², declaró la exequibilidad de esas normas “*en el entendido de que los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad permiten que dentro de los factores de escogencia o criterios de ponderación, en los pliegos de condiciones se incluyan medidas de acciones afirmativas*”. En tal virtud, las autoridades administrativas deben diseñar los pliegos de condiciones de tal forma que, en los contratos cuyo objeto sea viable, se garantice el derecho de las personas en condiciones de debilidad manifiesta a participar de la contratación pública.

Evidentemente, al igual que sucede con los artículos 11 de la Ley 82 de 1993 (privilegio a la mujer en la contratación de servicios del Estado), 26, 27 y 30 de la Ley 361 de 1991 (fomento, promoción y prerrogativas en puntajes a las medianas y pequeñas empresas que contraten a personas con discapacidad física), las autoridades administrativas deben otorgar mayores puntajes a las empresas conformadas por sujetos de especial protección constitucional o grupos poblacionales tradicional e históricamente discriminados.

Finalmente, recordamos el caso resuelto por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional en **sentencia T-724 de 2003**⁷³. En esa oportunidad, integrantes de la Asociación de Recicladores de Bogotá interpu-

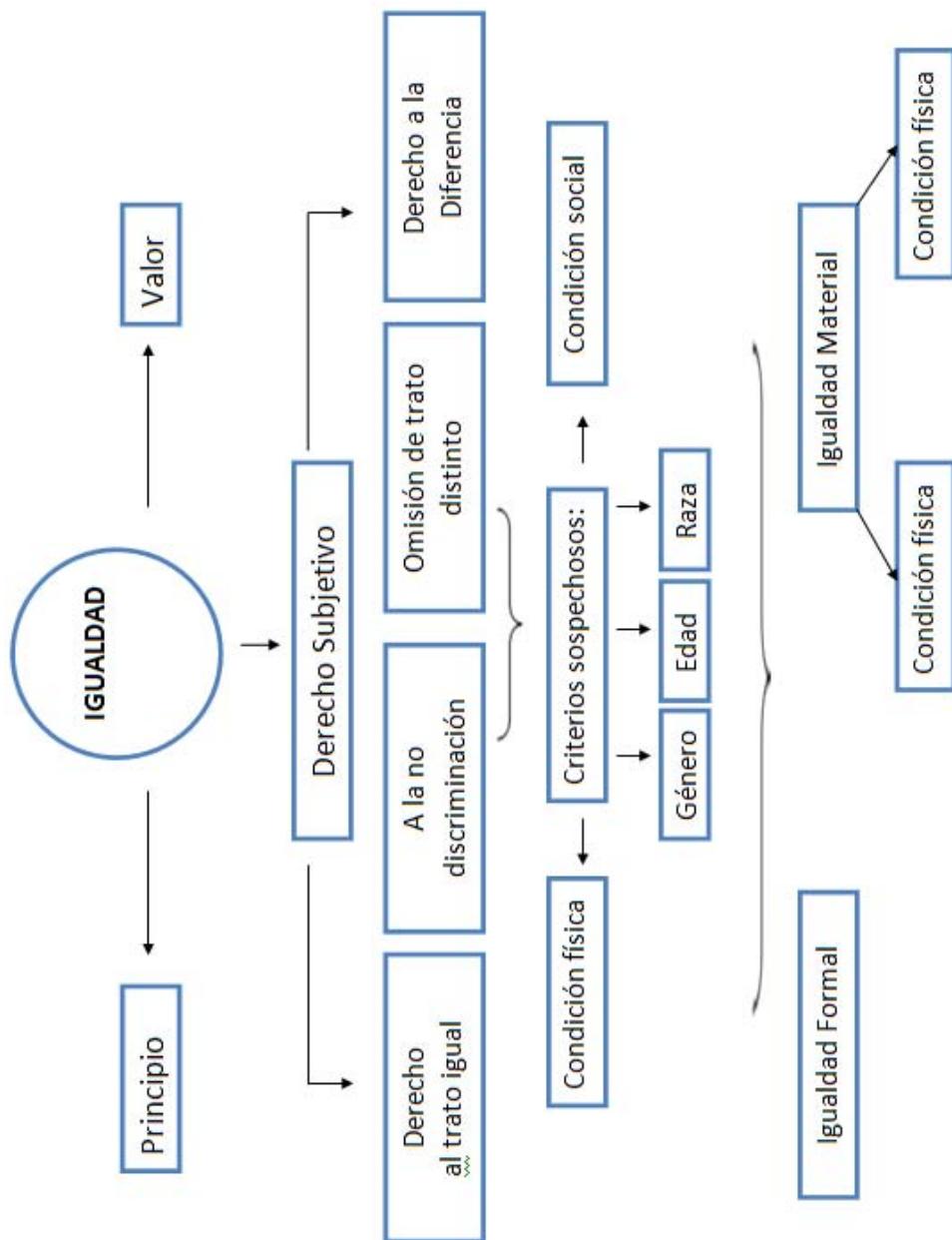
71 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

72 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

73 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

sieron acción de tutela contra la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital, porque al adelantar el proceso de selección de contratistas para ejecutar un contrato destinado a la “recolección de material recuperable”, no tuvo en cuenta las condiciones de debilidad en que se encuentran los recicladores de esta ciudad, pues en su criterio debían adoptarse medidas a favor de grupos marginados o discriminados. Para la Corte, la omisión del deber de trato favorable a los recicladores ocasionó la violación de los derechos a la vida digna, trabajo e igualdad de los accionantes, razón por la cual concedió el amparo para exhortar *“al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redunda en su perjuicio, pues, como sucedió, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a los preceptuado en el Actual Estatuto de la Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior”*.

A manera de conclusión mostraremos en un cuadro cuáles son los distintos asuntos que toca el análisis del principio, valor y derecho a la igualdad en la Constitución de 1991:



3.4. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO-DEBER

Constitución cultural, finalidades y características de la educación en la Carta de 1991

La educación adquiere un papel preponderante para el Constituyente de 1991, tanto que la doctrina se refiere a una verdadera “Constitución Cultural”, pues pocos derechos han merecido tanto desarrollo y proclamación superior, como el conjunto de garantías institucionales, colectivas e individuales que buscan fomentar el proceso formativo de la nación. Así, están directa e inescindiblemente relacionados a la educación los derechos y libertades a la enseñanza (artículos 27 y 68), de cátedra (artículo 27), al pluralismo educativo (artículos 1º, 7º y 68), a la recreación y el deporte (artículo 52), a la autonomía universitaria (artículo 69), a acceder a la cultura (artículo 70) y la libertad del conocimiento y expresión artística (artículo 71). Eso muestra la importancia que el proceso educativo debe tener en el desarrollo de las políticas públicas y en la ordenación del gasto de las entidades nacionales y territoriales.

En aras de unificar las metas hacia las que deben dirigirse dichas políticas públicas, la Constitución estableció los fines de la educación, pues lejos de involucrar intereses puramente individuales del educando, consagra objetivos de interés público para la familia, la sociedad y el Estado. Por esas razones, la Carta dejó en claro que las decisiones progresivas para concretar las garantías de la educación deben dirigirse hacia: i) el acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y los demás valores de la cultura, ii) la formación de las personas en el respeto a los derechos humanos, a la paz y la democracia, el trabajo, la recreación, el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y la protección del ambiente, iii) la erradicación del analfabetismo, iv) la promoción del libre, pleno y amónico desarrollo de la personalidad del educando, v) la educación especial tanto para las personas con limitaciones físicas o mentales, como para las personas con capacidades excepcionales, vi) la formación integral de las personas, vi) la promoción de la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación, viii) la transmisión y adquisición de conocimientos, bienes y valores de la cultura y, ix) la búsqueda de la solidaridad y la tolerancia como instrumentos de convivencia pacífica social.

El reconocimiento constitucional de la importancia del papel educativo para el individuo y el Estado Social de Derecho, no es otra cosa que aceptar que la educación es la herramienta del progreso, es el mejor instrumento para combatir las desigualdades sociales, lograr la integración social y la forma cómo se prepara el ser humano para vivir en sociedad, pues como advertía Hobbes, los hombres adquieren aptitud para la sociedad, no por su naturaleza, sino por su educación, asimilación de hábitos sociales, sometimiento a las leyes y actitudes de obediencia.

Ahora bien, la materialización de las garantías y la concreción de los objetivos de la educación en Colombia, tendrán en cuenta directrices generales que se concretan principalmente en las siguientes **características** del proceso educativo adoptado por la Carta de 1991:

- El proceso educativo no está sometido a modelos ideológicos específicos y definitivos. Por el contrario, la Carta garantiza el pluralismo educativo y su dinamismo.
- La Constitución acogió un sistema mixto de servicio público de educación: público y privado.
- Aunque la Constitución garantiza la educación religiosa en los colegios privados, el carácter laico del Estado obliga a que en las instituciones educativas públicas mantengan ese carácter.
- El pluralismo educativo no admite educación en valores antidemocráticos. Dicho en otros términos, la democracia y la tolerancia son límites del sistema educativo. Por ejemplo, un colegio privado no puede tener como objeto social educar a los niños y a las niñas con base en ideologías excluyentes o para la segregación.
- El diseño del sistema educativo institucionalizado debe materializar el pleno desarrollo de la personalidad del educando.
- La interrelación directa de la educación con otros derechos, libertades y garantías, para que se hagan efectivos integralmente, armonicen y limiten mutuamente.

- La opción educativa escogida libremente por los padres de los menores de edad, por ellos mismos y los adultos, goza de protección superior, por lo que no puede originar estigmatización alguna.
- El control sobre la gestión de los colegios es participativo y coordinado entre los profesores, los padres y los alumnos.

Naturaleza jurídica. Carácter de servicio público de la Educación

La Constitución de 1991 otorgó a la educación una doble connotación: es un servicio público y un derecho con función social. Esta primera perspectiva, supone, entonces, la posibilidad de que el servicio sea prestado directamente por el Estado o por los particulares autorizados por éste, pero siempre bajo la inspección y vigilancia de las autoridades competentes (artículo 189, numerales 21 y 22, de la Constitución). Además, no olvidemos que, en desarrollo de las funciones generales de inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos, el Estado conserva la facultad de expedir normas con carácter general, como instrumento planificador y promotor de la educación, para regular dicha prestación y asegurar el acceso y la permanencia en el sistema educativo.

De igual manera, el carácter de servicio público concede a la educación, las garantías de continuidad, eficiencia, permanencia y calidad (artículo 365 superior), pues es deber del Estado asegurar que su prestación a todos los habitantes del territorio nacional. Por esa razón, el artículo 366 de la Carta establece como objetivo prioritario del gasto público social, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y, en especial, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

El carácter de servicio público otorga a la educación una faceta prestacional que debe asegurar, por lo menos, cuatro obligaciones a cargo del Estado:

- La disponibilidad del servicio. Independientemente de si la prestación del servicio se hace por el sistema público o privado, el Estado debe asegurar la existencia de instituciones educativas suficientes para prestar el servicio en forma permanente, continua y eficiente.

- La accesibilidad del servicio en igualdad de condiciones. El Estado debe garantizar que, en todo el territorio nacional, existan instituciones educativas para prestar el servicio a la comunidad de escasos recursos económicos. En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que “*las dificultades propias de la educación en zonas rurales no enervan la obligación constitucional del Estado de mantener su prestación en condiciones aceptables*”⁷⁴
- La continuidad del servicio, de acuerdo con los requerimientos y necesidades locales, pues “*la continuidad del servicio es una condición indispensable para que el derecho a la permanencia del alumno en el sistema educativo se haga efectivo*”⁷⁵
- La calidad del servicio que se imparte.

En conclusión, la faceta prestacional de la educación supone el diseño de estrategias, la construcción de instrumentos y la ejecución de políticas estatales dirigidas a formar personas como seres libres, conscientes de sus responsabilidades sociales y capaces de desarrollar plenamente sus planes de vida.

Contenido del derecho fundamental a la educación

El derecho a la educación tiene un contenido primario de derecho de libertad y, como vimos, una dimensión prestacional, cuya responsabilidad en su efectividad recae, en el primer caso, sobre la familia, la sociedad y el Estado y, en segundo, principalmente sobre el Estado.

En vista de que la educación tiene una faceta prestacional bastante amplia, ha existido en la doctrina y la jurisprudencia un debate frecuente sobre la naturaleza *ius fundamental* del derecho a la educación. Para muchos, ese carácter sólo es predicable de la educación de los niños y niñas, pues el artículo 44 de la Carta reconoció expresamente la condición de derecho fundamental prevalente, con lo cual se descarta la posibilidad de predicar *ius fundamentalidad* a la educación de mayores de edad. No obstante, otra postura, iniciada con la **sentencia T-02 de 1992** de la Corte Constitucional, reconoce el carácter fundamental *per se* de este derecho, pues considera

74 *Sentencia T-963 de 2004. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.*

75 *Sentencia T-467 de 1994. M.P. Dra. Eduardo Cifuentes Muñoz.*

que la educación es una condición *sine qua non* del desarrollo del plan de vida de las personas, con lo cual se hace efectiva la dignidad humana de su titular. De hecho, esa tesis es la actualmente desarrollada por la Corte Constitucional cuando ese derecho adquiere carácter subjetivo, está dirigido a dignificar a la persona y puede ser exigible directamente. En tal virtud, de acuerdo con la jurisprudencia es claro que, respecto de los niños y niñas, el derecho a la educación es fundamental y, respecto de los mayores de edad, ese derecho adquiere el rango de fundamental cuando el acceso o permanencia en el sistema educativo afecte la dignidad humana y se traduzca en un derecho subjetivo susceptible de protección inmediata.

En conclusión, la complejidad de los componentes del derecho a la educación no significa que su consagración constitucional corresponda a una simple declaración normativa, sino por el contrario muestra que, su dimensión individual o fundamental, exige del Estado deberes de prestación obligatorios que hacen efectivo el núcleo primario de las garantías superiores en materia educativa.

Sobre esos supuestos, nos referiremos a garantías mínimas del derecho a la educación que pueden ser exigibles de manera directa, en tanto que se consideran parte del núcleo esencial del derecho fundamental.

Garantía de mínimos en cuanto a la edad para acceder a la educación y grados de instrucción gratuitos

El artículo 67 superior expresamente consagra el derecho de los niños y niñas comprendidos entre los 5 y 15 años de edad a recibir educación, como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. Cabe advertir que la especial salvaguarda constitucional a los niños y niñas se materializa con su educación integral, la cual no puede concebirse únicamente a partir de la transmisión formal de conocimientos, sino también del cuidado y protección para su crecimiento.

Ahora bien, para garantizar ese derecho, el constituyente introdujo dos condiciones: la obligatoriedad y la gratuidad. Eso significa que los menores de edad comprendidos entre esas edades tienen derecho fundamental de acceso y permanencia en el sistema educativo, lo cual supone el deber correlativo del Estado de materializar la igualdad de oportunidades.

dades real entre la educación pública y privada mediante el ofrecimiento de cupos educativos en forma gratuita a quienes no tienen los recursos económicos para sufragar el servicio.

En desarrollo de los mandatos de gratuidad y obligatoriedad, el artículo 14 de la Ley General de Educación (ley 115 de 1994), dispuso que “*todos los establecimientos oficiales o privados que ofrezcan educación formal es obligatorio en los niveles de la educación preescolar, básica y media*”

A su turno, el artículo 15 de esa misma normativa, definió la **educación preescolar** como “*la ofrecida al niño para su desarrollo en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socio-afectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas*”. Y, el artículo 6º del Decreto Reglamentario 1860 de 1994, dejó en claro que la educación preescolar “*se ofrece a los niños antes de iniciar la educación básica y está compuesta por tres grados, de los cuales los dos primeros grados constituyen una etapa previa a la escolarización obligatoria y el tercero es el grado obligatorio*”. Por su parte, el artículo 2º del Decreto 2247 de 1997, dispuso que la “*prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educandos de tres (3) a cinco (5) años de edad y comprenderá tres (3) grados, así (...) 1. Pre-jardín, dirigido a educandos de tres (3) años de edad. 2. Jardín, dirigido a educandos de cuatro (4) años de edad. 3. Transición, dirigido a educandos de cinco (5) años de edad y que corresponde al grado obligatorio constitucional*. ”

Así las cosas, salvo situaciones excepcionales, en nuestro país no es obligatoria la educación preescolar de menores de cinco años y, por el contrario, puede ser exigible, incluso, por vía de la acción de tutela la educación pública gratuita para los niños y niñas comprendidos entre los 5 y 15 años de edad.

Veamos casos en los que la jurisprudencia constitucional ha analizado el acceso al sistema educativo de menores de 5 años de edad.

En cumplimiento de una Circular de la Secretaría de Educación Departamental, según la cual las instituciones educativas oficiales de esa entidad territorial, sólo ofrecerían el grado transición (en el nivel preescolar), a niños y niñas que hubiesen cumplido 5 años de edad; una Institución Educativa oficial negó el cupo para el grado jardín a

María de 4 años y 10 meses de edad, quien ya había cursado en esa misma institución un grado menor de preescolar.

La madre de la niña acudió a la acción de tutela para solicitar que el rector del colegio otorgue el cupo a la niña, porque ella no tenía los recursos económicos para pagar jardín en un colegio privado. La **sentencia T-1030 de 2006⁷⁶**, de la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la educación de María y ordenó a la Secretaría de Educación Departamental que asegure la vinculación de María al sistema escolar en el año lectivo correspondiente en el nivel transición.

Juan estudiaba en la escuela Santa Elena desde que tenía un año. Por razones de empleo de su padre, toda la familia debió cambiar de residencia a otro municipio. El rector de la escuela autorizó el traslado a otra de carácter oficial, pero esta última negó la matrícula en el grado de transición, porque Juan no había cumplido los cinco años de edad.

La **sentencia T-593 de 2009⁷⁷**, de la Corte Constitucional negó el amparo impetrado porque consideró que, en principio es válido establecer los 5 años como límite razonable de ingreso al sistema educativo público, en entidades territoriales en los que no se ha alcanzado los niveles de cobertura previstos en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994. Sin embargo, la sentencia aclaró que, en casos específicos es posible amparar el derecho a la educación de los niños y niñas que no han alcanzado dicha edad y ordenar su matrícula en centros educativos oficiales.

En conclusión, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las reglas de acceso al sistema educativo para los niños y niñas menores de 5 años, son las siguientes:

- Es razonable que el Estado limite el ingreso a la escolaridad a los cinco años de edad, pues esa edad es la mínima que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar.

76 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

77 M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

- En aplicación del principio *pro infans*, en caso de duda en la aplicación de normas jurídicas en materia educativa, debe preferirse la más favorable para el menor de edad, esto es, la que mayor protección otorgue y más respete de los derechos de los niños y niñas.
- Excepcionalmente puede autorizarse el ingreso al sistema educativo de menores de 5 años, en consideración con tres criterios: i) la proximidad a cumplir esa edad, ii) la existencia de cupos disponibles en la institución educativa a la que se aspira ingresar y iii) la carencia o escases de recursos económicos por parte de las personas a cargo de los niños y niñas.

En cuanto a la **educación básica obligatoria**, el artículo 19 de la Ley 115 de 1994, la definió como aquella que “corresponde a la identificada en el artículo 356 de la Constitución Política como educación primaria y secundaria; comprende nueve (9) grados y se estructurara en torno a un currículo común, conformado por las áreas fundamentales del conocimiento y de la actividad humana”.

A su vez, la Resolución 5360 de 2006 dictada por el Ministerio de Educación Nacional, fijó los criterios generales para la asignación de cupos escolares, así:

“Las entidades territoriales certificadas tendrán en cuenta los siguientes criterios para efectuar el proceso de matrícula:

a) Asignar los cupos oficiales en el siguiente orden de prioridad:

- 1. Estudiantes que ya están vinculados al establecimiento educativo (antiguos) y a los que solicitan traslados, para asegurar su continuidad en el sistema.*
- 2. Estudiantes provenientes del ICBF o de la institución territorial que haga sus veces que, cumpliendo el requisito de la edad, vayan a ingresar al grado de transición, grado obligatorio de preescolar.*
- 3. Estudiantes, vinculados al sistema educativo oficial, que hayan solicitado traslado, prioritariamente a aquellos que tengan hermanos en el establecimiento educativo al cual se solicita el traslado.*

4. Niños y jóvenes que soliciten cupo, con prioridad para hermanos(as) de estudiantes ya vinculados.
5. Niños y jóvenes clasificados en los niveles uno (1), dos (2) y tres (3) del Sisbén, a la población afectada por el desplazamiento y a toda la población vulnerable por razones sociales, físicas o culturales.
6. Beneficiarios de la Ley 1081 de 2006.
 - b) Asignar los cupos disponibles para estudiantes nuevos que se inscribieron durante el proceso;
 - c) Verificar que la edad mínima para ingresar al grado de transición, grado obligatorio de preescolar, sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar;
 - d) Garantizar que para el ingreso al sistema educativo oficial no se exija como requisito examen de admisión. No obstante, se podrá realizar examen de nivelación para clasificación en los casos en que, razonablemente, el estudiante no esté en condiciones de presentar sus antecedentes académicos. En cualquier caso, la inscripción y examen de clasificación serán gratuitos para los estudiantes.
 - e) Velar por que la asignación de cupo, matrícula o su renovación no esté condicionada al pago de derechos de afiliación o incorporación a la asociación de padres de familia o cualquier otro tipo de organización, fondo o cuenta.”

En consecuencia, cuando un menor de edad ya accedió al cupo educativo, la institución educativa debe procurar su continuidad y sólo puede ser retirado del colegio si el educando no cumple con los deberes constitucionales, legales y reglamentarios.

Garantía de gratuidad durante la prestación del servicio en las edades en las que la educación es obligatoria

Para proteger el derecho de acceso y permanencia en el sistema educativo público, el Estado tiene la correlativa obligación de garantizarlo. Para ese efecto, la Constitución consagró el derecho a la gratuidad del

servicio público durante la etapa de escolaridad obligatoria. En efecto, la gratuidad del servicio público de educación no sólo deriva directamente del artículo 67 superior, sino también del artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual dispone que “*Toda persona tienen derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria*”. En el mismo sentido, el artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa que “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente*”. Y, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, dice que “*1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos*”.

Cabe advertir que el derecho de acceso gratuito a la educación pública durante las edades mínimas establecidas en la Constitución no excluye la posibilidad de que el Estado cobre el valor de los “derechos académicos”, lo cual debe ser proporcional al nivel socioeconómico de los padres de los educandos. No obstante, en caso de que se pruebe la carencia absoluta de recursos para sufragar esos costos, las autoridades educativas exonerarán de dicho pago para no afectar el núcleo esencial de la garantía. En aplicación de esta regla, veamos un caso analizado por la Corte Constitucional:

Luis y Pedro cumplen los requisitos para cursar los grados octavo y séptimo, respectivamente, pero no han podido matricularse porque su familia no cuenta con los recursos económicos para pagar con anticipación los derechos académicos y los gastos suplementarios. La madre de los niños indica que su esposo está desempleado, que ella es vendedora ambulante y que se encuentra inscrita en el SISBEN nivel 1

La **sentencia T-1228 de 2008⁷⁸**, concedió la tutela interpuesta por la madre de Luis y Pedro, para ordenar que el rector del colegio que adelante el procedimiento para establecer la capacidad económica de los educandos y exceptúe del pago de los servicios complementarios a quienes no pueden sufragarlo.

Para la Corte, el derecho a la educación de los niños y niñas es prevalente, por lo que en caso de que la familia de los alumnos no tenga capacidad de pago para asumir los costos de la educación pública, el Estado deberá sufragarlo para no afectar el núcleo esencial del derecho fundamental.

Garantía de adecuado cubrimiento del servicio público de educación y enseñanza de calidad

Dentro de los principales retos del Estado Social de Derecho son la asequibilidad del servicio público educativo, principalmente en las zonas más alejadas del país, con niveles de instrucción aceptables.

En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que, en forma progresiva, el derecho a la educación de los niños y niñas que habiten zonas rurales implica "*i) que las escuelas deben estar disponibles en todos los centros poblados o a una distancia razonable para que los menores puedan asistir a ellas (obligación de accesibilidad); ii) que los centros educativos cuenten con las condiciones materiales mínimas exigidas para prestar el servicio a los discentes (obligación de aceptabilidad); y iii) que se nombren docentes idóneos y en cantidad suficiente para atender la demanda educativa en forma continua (obligación de asequibilidad)"*"⁷⁹.

Por esa razón, se viola el derecho fundamental a la educación de los niños y las niñas cuando no se presta el servicio en zonas aisladas de la geografía, o cuando no se nombran docentes, o cuando hay deficiencia de los servicios públicos de agua y energía eléctrica, o cuando se presenta carencia de equipamiento como mobiliario o materiales educativos. Veamos algunos casos en los que la Corte Constitucional ha ordenado el amparo del derecho a la educación:

En la Escuela Rural número 88 se encuentran matriculados 25 niños, pero después de varios días de iniciar el año lectivo no han recibido clases porque aún no se han nombrado los docentes correspondientes. Algunos padres de familia interpusieron acción de tutela

79 *Sentencia T-963 de 2004. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.*

En varias oportunidades, como las **sentencias T-963 de 2004⁸⁰, T-235 de 1997⁸¹ y T-467 de 1994⁸²**, la Corte Constitucional concedió la tutela y ordenó a las autoridades educativas competentes nombrar profesores, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de los fallos, porque encontraron que *"Las dificultades propias de la prestación del servicio público de educación en ciertas localidades apartadas de los centros urbanos, no debilitan la obligación institucional de mantener la prestación del servicio en condiciones aceptables. No es de recibo la diferenciación, que suele presentarse en la práctica, entre la calidad de la educación urbana y la calidad de la educación rural. Los alumnos de una pequeña escuela campesina tienen derecho a recibir un servicio que les permita transcurrir por todo el proceso educativo sin encontrarse en condiciones de inferioridad frente a educandos provenientes de otros centros de enseñanza. De no cumplirse con esta exigencia, no sólo se estaría vulnerando el derecho fundamental de los niños a la educación básica obligatoria, sino que, además, se estaría afectando su derecho a la igualdad de oportunidades (C.P. art. 13)"*.

Desplazados por la violencia se encuentran en albergues improvisados, sin atención del Estado. Sus hijos no han podido acceder a la educación, no tienen vivienda digna porque se tomaron el coliseo en una población y allí viven. Algunos padres de familia interpusieron acción de tutela

En relación con el derecho a la educación de los menores de edad, la **sentencia T-098 de 2002⁸³**, concedió el amparo y ordenó a Acción Social que en 48 horas, busquen los cupos en los colegios adecuados, para los niños desplazados por la violencia que interpusieron la acción de tutela y aseguren su ingreso a la educación. Al respecto, la sentencia recordó que el Decreto 2231 de 1989, estableció la prioridad en los cupos educativos a las familias víctimas de la violencia.

80 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

81 M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

82 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

83 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Derechos a escoger la opción educativa y a enseñar conforme a ella

Una de las características más importantes de la educación en la Constitución es el pluralismo educativo y la consecuente libertad para escoger una de las opciones educativas ofrecidas por el sistema mixto. Luego, los padres o representantes legales de los niños y de las niñas tienen la libertad de elegir la educación religiosa, moral o ética que sea congruente con sus convicciones.

Por consiguiente, es lógico concluir que si, por ejemplo, un centro educativo se caracteriza por la neutralidad o por el pluralismo religioso, no es viable obligar judicialmente a los alumnos de ese lugar a recibir clases de religión. O, por el contrario, si un colegio privado se identifica con un credo religioso especial, no es válido prohibir las clases de religión. En tal virtud, a diferencia de los colegios públicos en donde la neutralidad ideológica es exigible, en los colegios privados con un ideario educativo previamente establecido, no es posible exigir al educador un cambio de visión que se ajuste a los intereses de los alumnos. Y, por el contrario, en un colegio público o privado sin definición de credo o ideología religiosa, no es posible exigirle al estudiante el estudio de determinada concepción religiosa.

Contenido del deber de educación

Titulares

Tal y como lo ha advertido la jurisprudencia y la doctrina, la función social que se atribuye a la educación le otorga un carácter de derecho-deber. Esto significa que los sujetos que intervienen en el proceso educativo (el educando, su familia, los profesores, el colegio y el Estado) tienen indefectiblemente derechos y obligaciones recíprocas que no sólo surgen del carácter limitado o no absoluto de los derechos, sino también de la naturaleza misma del derecho a la educación.

Es indudable que los representantes legales de los niños y las niñas, los mismos educandos y el colegio, al suscribir el contrato de matrícula, adquieren compromisos mutuos. Los padres, al igual que los hijos, deben respetar las normas generales y las particulares de los centros educativos, están obligados a cooperar en el proceso formativo, a fomentar responsabilidades y disciplina y a participar en las actividades del colegio. Los

alumnos, en especial, deben cumplir con sus obligaciones académicas que conllevan a la adquisición de destrezas, conocimientos y habilidades necesarias para enfrentar la realidad laboral y desarrollar el plan de vida libremente seleccionado. Y, los colegios se obligan a brindar información, conocimientos y formación integral a los educandos, de acuerdo con las reglas previstas en los manuales de convivencia.

Pero, incluso, la doctrina especializada sostiene que la función social de la educación incluye, tanto obligaciones en relación con otras personas, la sociedad y el Estado, como responsabilidades frente a la propia persona. El tratadista español Peces-Barba, sostiene que “*No se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber*”.

Ahora, ¿dónde encontramos los límites y los contenidos del deber de la educación? Principalmente en los manuales de convivencia como pasamos a ver:

Importancia y aplicación de los manuales de convivencia en los colegios

El artículo 87 de la Ley 115 de 1993, preceptúa que “*Los establecimientos educativos tendrán un reglamento o manual de convivencia, en el cual se definan los derechos y obligaciones de los estudiantes. Los padres o tutores y los educados al firmar la matrícula correspondiente en representación de sus hijos, estarán aceptando el mismo*”.

Es claro, entonces, que la ley otorgó a las instituciones educativas de carácter público y privado la facultad de reglamentación de su propia actividad, como un reconocimiento de sus potestades de autogobierno y limitación concertada de derechos. En efecto, los reglamentos estudiantiles constituyen herramientas necesarias para concretar proyectos educativos tolerantes, respetuosos de los derechos propios y ajenos, democráticos y participativos, pues en ellos se consagran los principios, fines, estrategias y metas a alcanzar. Pero, además, debe entenderse que los manuales de convivencia son normas fijadas por las autoridades de gobierno estudiantil, en los que participan activamente todos los sujetos interesados en el proyecto educativo, con lo cual se concreta la democracia en el colegio como fuente de legitimidad de las decisiones adoptadas.

De esta forma, los manuales de convivencia regulan las relaciones jurídicas entre los diferentes miembros de la comunidad educativa, para lo cual describirán sus derechos, deberes, las condiciones de ingreso y permanencia en el plantel y los procedimientos requeridos para sancionar a sus alumnos. Así, los reglamentos educativos constituyen reglas básicas de regulación, manejo y superación de los conflictos internos en los colegios, reconociendo de esta forma que la adecuada administración del conflicto constituye una forma de educación y formación en comunidad⁸⁴.

Por estas razones, la jurisprudencia ha reconocido el carácter limitado del derecho a la educación de los menores de edad, por los reglamentos internos de los colegios. Veamos casos en los que, en aplicación del deber a la educación, se ha autorizado el retiro del estudiante del plantel educativo:

Julián presentaba incumplimiento reiterado de sus obligaciones académicas e indisciplina con los profesores. Su madre había sido advertida de la situación del menor, pese a lo cual continuaron las dificultades. En el informe final se dejó constancia de que Julián no superó los logros del grado que cursaba, por lo que perdió el cupo en dicho colegio

La madre de Julián interpuso acción de tutela para que el juez constitucional ordene al rector matricular al niño como estudiante de esa institución educativa. **La sentencia T-1333 de 2001⁸⁵**, negó el amparo, con base en tres reglas que se resumen así:

- La educación es un derecho-deber, por lo que, para el caso de los estudiantes, implica no solo la existencia de derechos en favor de los menores de edad, sino el cumplimiento de obligaciones académicas y disciplinarias por parte de ellos.
- El incumplimiento de obligaciones por parte del alumno puede generar la aplicación de sanciones a nivel institucional.

⁸⁴ Al respecto, puede consultarse el capítulo “Conflicto como Factor de Desarrollo” en COTE MENENDEZ, Miguel. Módulo de Estrategias Para la Prevención de Conflictos, La Entrevista Motivacional, escrito para el programa piloto Modelo de Desconcentración de Servicios Judiciales en la localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, D. C

⁸⁵ M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

- El capítulo X del manual de convivencia del colegio prevé como causal de expulsión del colegio la no superación de los logros académicos y la indisciplina del estudiante. Como en este caso se probó la ocurrencia de la causal y el estudio de la situación por parte del Consejo Directivo del colegio, procede la cancelación del contrato de matrícula.

En este mismo sentido, pueden verse las **sentencias T-767 de 2005, T-671 de 2003, T-442 de 1998 y T-569 de 1994**. En todas esas ocasiones, se negaron las tutelas interpuestas por padres de menores de edad que: i) no cumplieron con sus deberes académicos o disciplinarios, ii) los deberes a los que se sustraieron los estudiantes estaban señalados en el manual de convivencia, tales como deberes académicos, cumplimiento de reglas de comportamiento, de presentación personal, trato respetuoso, asistencia a clases, o superación de logros específicos, iii) los incumplimientos habían sido advertidos previamente a los padres de familia y, iv) se garantizó los derechos al debido proceso y de defensa.

Límites de los manuales de convivencia

A pesar de que la ley y la Constitución otorgan a las instituciones educativas la facultad de autoregularse, esa potestad, discrecional, bajo ningún punto puede entenderse como una facultad arbitraria. En efecto, los manuales de convivencia encuentran su límite en los derechos fundamentales de los alumnos, pues estos reglamentos no pueden imponer compromisos contrarios a la Constitución, ni establecer reglas que afecten el contenido esencial de los derechos de los educandos. Dicho en otras palabras, aunque es válido constitucionalmente que las instituciones educativas regulen aspectos propios de la convivencia en los colegios, mediante sus reglamentos internos, ello no significa que puedan violar la Constitución. Obviamente la Constitución prevalece sobre el manual de convivencia.

Veremos ejemplos paradigmáticos en la jurisprudencia sobre la aplicación preferente de la Constitución frente al reglamento interno de los colegios

Derechos fundamentales de jóvenes embarazadas

Una menor de edad fue expulsada de la institución educativa privada en la que estudiaba porque se encontraba embarazada y, de acuerdo con el manual de convivencia, esta institución se guardaba el derecho de permanencia de jóvenes en dicho estado.

En el caso de jóvenes embarazadas expulsadas de sus colegios públicos o privados, religiosos o no, en múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha concedido las acciones de tutela para ordenar el reintegro de la estudiante⁸⁶. Ya veremos las subreglas que apoyan los fallos.

Como consecuencia del embarazo de una estudiante menor de edad, el colegio tomó la decisión de “desescolarizarla”, eso significa que estudiaría en su casa, los profesores harían seguimiento de su estudio y darían las explicaciones pertinentes en jornada distinta a la de sus compañeras. En otra oportunidad, fue la madre de una estudiante la que solicitó horario especial para su hija embarazada, con el fin de que no reciba clases con sus habituales compañeras.

La Corte Constitucional considera que esas medidas especiales para las estudiantes embarazadas no son admisibles constitucionalmente porque están dirigidas a discriminar y estigmatizar a las menores de edad por su estado⁸⁷. En general, las subreglas reglas que apoyan las decisiones son:

- La maternidad no puede ser objeto de injerencia por las autoridades públicas ni por los particulares, pues no sólo goza de protección del Estado, sino también concreta los derechos al libre desarrollo de la personalidad e intimidad personal.
- El embarazo no es una situación que pueda limitar o restringir el derecho a la educación, razón por la cual los manuales de convivencia no lo pueden tipificar negativamente ni estigmatizarlo.

⁸⁶ Por ejemplo, pueden consultarse las sentencias T-393 de 2007, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, T-638 de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y T-393 de 1997, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁷ En este sentido, puede verse: sentencia T-564 de 2009. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-348 de 2007, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández y T-1101 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, entre muchas otras.

- El embarazo de una estudiante no puede ser razón suficiente para limitar o restringir su derecho a la educación.
- Los tratamientos educativos especiales que consisten en someter a las alumnas embarazadas a procedimientos educativos especiales, tales como horarios específicos, salones de clases distintos o estudio en casa, son discriminatorios porque someten a la estudiante a un trato distinto sin justificación constitucional.
- Las medidas adoptadas por los colegios contra las estudiantes en estado de gravidez se presumen inconstitucionales, salvo que se demuestre que se adoptaron con una finalidad imperiosa e inaplazable. Por ejemplo, horarios especiales por embarazo de alto riesgo. En estos casos, se invierte la carga de la prueba.

Derecho a la educación de menores de edad cuyas notas son retenidas por falta de pago

Los casos típicos en los que los colegios no entregan los certificados de notas de los estudiantes porque sus padres no han pagado las pensiones o erogaciones a las que están obligados, han sido analizados por la Corte Constitucional a partir de las siguientes premisas⁸⁸:

- En principio es válido que los colegios adopten medidas para exigir el pago por la prestación del servicio de educación realizado. Por esa razón, por regla general, no procede acudir a la acción de tutela para ordenar la entrega de notas.
- Los colegios tienen otros mecanismos para cobrar los valores adeudados, como es el caso de las acciones judiciales respectivas, por lo que la retención de los certificados de notas no es la medida más adecuada para obtener el pago.
- La retención de los certificados de notas viola el derecho fundamental a la educación cuando se acredita la imposibilidad económica sobrevenida de los padres para pagar los costos de la educación de sus hijos.

⁸⁸ Entre muchas otras pueden verse las sentencias T-979 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, T-618 de 2006 , T-868 de 2006, T-1288 de 2005, T-821 de 2002 y T-1272 de 2000.

- Demuestra las dificultades económicas de los padres, la situación del desempleo de uno de ellos, la mora en el pago de otros créditos o la calidad de madre o padre cabeza de familia. Esa carga probatoria corre a cargo de los padres.
- La entrega del certificado de notas en situaciones de imposibilidad económica sobrevenida de los padres, puede ordenarse por vía de la acción de tutela, previa la suscripción de un acuerdo de pago razonable para cancelar las prestaciones económicas adeudadas.

Sacrificios desproporcionados y debido proceso

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en sostener que en la aplicación de sanciones o medidas restrictivas de derechos en las instituciones educativas, los colegios deben garantizar las reglas propias de los derechos al debido proceso y de defensa. Esas reglas implican: i) la definición previa de la conducta reprochada en los manuales de convivencia (principio de tipicidad), ii) la realización de un procedimiento que otorgue derecho de defensa al estudiante, esto es, la posibilidad de presentar sus argumentos, pruebas y contradecir las que se presenten en su contra, iii) la decisión de los comités fijados en el reglamento interno (derecho al juez natural), iv) la fijación de una sanción también contemplada en el manual y, v) una sanción proporcionada a la conducta reprochada.

Por ejemplo, la **sentencia T-336 de 2005⁸⁹**, analizó el caso de un niño que fue expulsado del colegio en mitad del año escolar, porque su madre incumplió el acuerdo de someterlo a tratamiento para la hiperactividad que padecía el menor de edad. La Corte concedió el amparo de su derecho a la educación, por cuanto se trataba de un colegio para la educación especial de niños con este tipo de enfermedades, por lo que la medida se consideró proporcionada respecto del derecho del niño a permanecer en el sistema educativo.

Por su parte, por ejemplo, las **sentencias T-492 de 2010⁹⁰, T-430 de 2007⁹¹**, concedieron el amparo del derecho a la educación de niños que fueron sancionados en su colegio sin haberles dado la oportunidad de defenderse de los reproches endilgados.

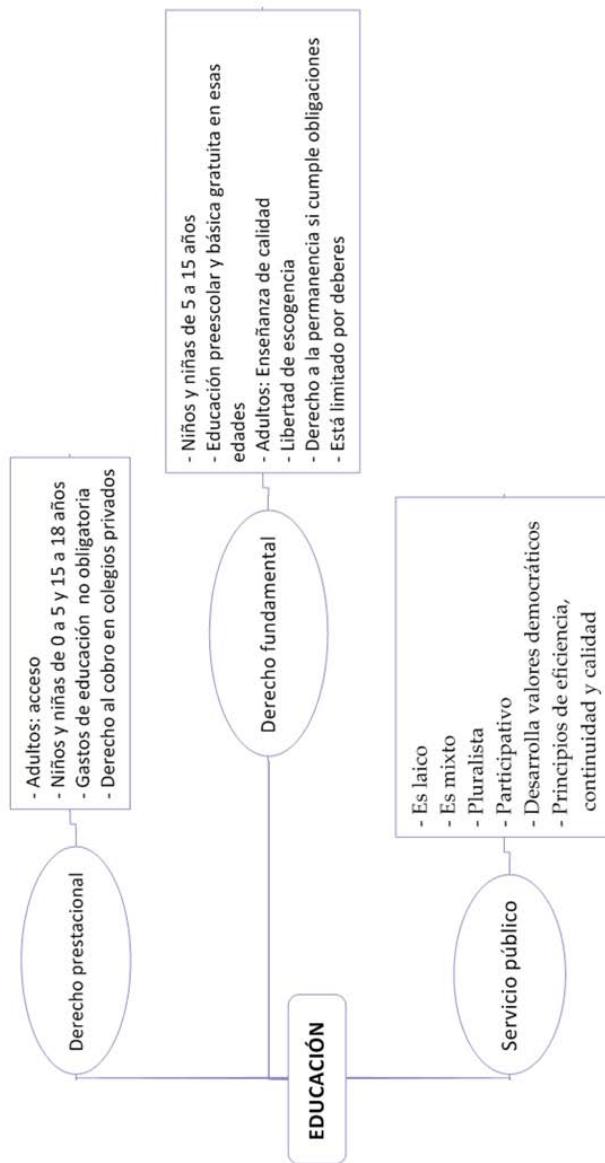
89 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

90 M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

91 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

En todos esos casos quedó claro que el Manual de Convivencia debe respetar los derechos fundamentales de los alumnos, profesores y padres de familia.

A manera de conclusión presentaremos un cuadro resumen de los aspectos centrales que identifican el servicio público y el derecho- deber a la educación de los menores y mayores de edad.



DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

Particularidades del artículo 51 de la Constitución

El artículo 51 de la Constitución consagra el derecho de todos los colombianos a tener una vivienda digna. Para ese efecto, indica que "*el Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda*".

La lectura de esa disposición permite resaltar algunas particularidades de este derecho, tales como:

- Es un derecho en beneficio de los colombianos. A diferencia de otros derechos de contenido económico, social y cultural, cuya vocación es la universalización en nuestro territorio y su eficacia sin distinción de nacionalidad, las garantías del derecho a la vivienda digna están principalmente dirigidas a los colombianos. Obviamente esto no significa que se prohíba a los extranjeros residentes en Colombia a gozar de una vivienda digna, lo que evidencia es que el Estado debe centrar sus esfuerzos para promover, fomentar y materializar planes de vivienda de interés social para los colombianos.
- La lógica misma del derecho a la vivienda digna muestra que no es un bien jurídico de carácter exclusivamente individual, pues su destino es para la familia. En efecto, la familia como objeto constitucionalmente protegido (artículo 42 superior) necesita de un espacio para protegerse contra las inclemencias ambientales, apoyarse y desarrollarse emocional y físicamente.
- Aunque la construcción de vivienda es parte importante de la libre iniciativa privada y libertad de empresa de los particulares, la edificación de viviendas de interés social está sometida a especial intervención del Estado, pues éste tiene a su cargo la promoción, la vigilancia, inspección, fomento y, en algunas ocasiones, su ejecución. En otras palabras, la promoción y ejecución de planes de vivienda de interés social es un asunto principalmente confiado al sector público y es una responsabilidad del Estado.

- La principal forma de ejecutar planes de vivienda de interés social es la financiación a largo plazo o la autorización de subsidios dirigidos a la población más pobre del país.
- La responsabilidad primaria sobre la correcta ejecución de las construcciones de vivienda está a cargo de los municipios, pues a los concejos corresponde reglamentar el uso del suelo, dentro de los parámetros legales, vigilar y controlar lo relacionado con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a la vivienda (artículo 313, numeral 7º, de la Constitución).

Naturaleza jurídica del derecho a la vivienda digna

La lectura del artículo 51 de la Carta muestra que el principal componente del derecho a la vivienda digna es prestacional, en tanto que supedita su exigibilidad a las políticas públicas que lo desarrollan. De todas maneras, cabe advertir que el hecho de que, en la mayoría de los casos, su justiciabilidad requiere de normas que diseñen programas específicos de vivienda, eso no significa que las autoridades públicas no tengan obligaciones reales y exigibles de eficacia de este derecho. Dicho en otros términos, el carácter programático de una prestación no implica discrecionalidad absoluta para las autoridades que tienen el deber jurídico de aplicarla progresivamente, pues en sus planes y programas de gobierno tienen el deber jurídico de consagrarse y ejecutar las políticas constitucionalmente consagradas.

En este orden de ideas, las autoridades públicas que diseñan las políticas públicas y planifican la actividad económica, tienen el deber de diseñar una política de vivienda, al menos en consideración con tres obligaciones ineludibles:

- fijar condiciones para hacer efectivo este derecho en forma progresiva (artículo 64 superior),
- promover y ejecutar planes de vivienda de interés social con sistemas que faciliten el acceso de los más pobres a ellas (artículo 51 de la Carta) y,
- ejecutar dichos programas en forma planificada y ordenada (artículo 313 de la Constitución).

No obstante su dimensión prestacional, en situaciones individuales, el derecho a la vivienda digna puede calificarse como fundamental y, por esa razón, puede ser protegido por vía de la acción de tutela. En efecto, congruente con la postura inicial de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual los derechos económicos, sociales y culturales son prestacionales y por esa simple razón no podían protegerse por vía constitucional, el derecho a la vivienda digna no tenía el rango de fundamental, salvo que se encontrare en conexidad con derechos de dicha categoría⁹². Por consiguiente, el amparo constitucional no se efectuaba propiamente dicho al derecho a la vivienda digna, sino a otro derecho que sí lograba el carácter *ius fundamental*. Dicho en otras palabras, en esa primera tendencia de la jurisprudencia, el derecho a la vivienda digna sólo era fundamental si estaba en conexidad con un derecho fundamental.

Posteriormente, la Corte Constitucional cambió de postura en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y explicó que la justicialidad de un derecho no definía su carácter fundamental. Así, por primera vez, la **sentencia T-1318 de 2005**⁹³, dijo que el derecho a la vivienda digna tiene faceta fundamental propia cuando se pretende la protección de su contenido esencial, esto es cuando se defiende contra

92 Dentro de los escasos casos en los que la Corte Constitucional concedió la tutela del derecho a la vivienda digna porque se probó su conexidad con otro derecho fundamental tenemos: la sentencia T-308 de 1993, concedió la tutela a los habitantes de una vivienda a quienes se les instaló en forma contigua un polígono militar. Para la Corte, el riesgo a la vida de los accionantes justificaba la protección por vía de tutela. Igualmente, la sentencia T-309 de 1995, concedió el amparo del derecho fundamental por conexidad a la vivienda digna de los dueños de un inmueble que, por amenaza de ruina, se había demolido por la Alcaldía con el compromiso de que la reconstrucción corría a cargo de la autoridad local porque los propietarios no tenían los recursos económicos para hacerlo. En el mismo sentido, la sentencia T-494 de 2005, concedió la tutela del derecho a la vivienda digna en conexidad con el debido proceso y el derecho preferente de los niños y niñas a no ser desalojados de su vivienda en desarrollo de un proceso judicial que no respetó las garantías mínimas de defensa (no autorizó la intervención del Defensor de Familia) y los derechos de los menores de edad (a quienes su padre les inició proceso de restitución de inmueble arrendado porque firmó con su madre un contrato de arrendamiento sobre el inmueble que habían adquirido durante la relación conyugal. Además, el padre incumplía el deber alimentario).

93 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta oportunidad, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional concedió la tutela del derecho a la vivienda digna de una persona a la que un particular y el Municipio de Palmira le obligaba a modificar un contrato de compraventa de vivienda de interés social, subsidiado por dicho Municipio, para aumentar el precio y disminuir el subsidio, lo cual suponía para el accionante la pérdida de su vivienda. La autoridad local explicó su conducta en la falta de presupuesto para cubrir el proyecto ya iniciado. Al considerar vulnerado el derecho a la vivienda digna, la Corte ordenó mantener las condiciones inicialmente pactadas.

injerencias arbitrarias de las autoridades estatales o de los particulares. En este sentido, como todos los derechos económicos, sociales y culturales, la vivienda digna tiene faceta prestacional, pero también facetas de libertad, dignidad e igualdad⁹⁴, cuya protección puede reclamarse por medio de la acción de tutela.

En síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a una vivienda digna es fundamental *per se* cuándo:

- Se trata de un derecho subjetivo, cuya definición de contenido se encuentre en una norma jurídica.
- Se reclama la protección del derecho frente a injerencias arbitrarias de las autoridades estatales y de los particulares.
- Su afectación pone en riesgo otros derechos de naturaleza fundamental.
- Ha sido desarrollado por el Legislador o los actos administrativos de tal forma que consagra derechos individuales y correlativas obligaciones al Estado.

Por ejemplo, en **sentencia T-473 de 2008**⁹⁵, la Corte concedió la tutela del derecho a la vivienda digna de la familia de una señora contra la Alcaldía de Barranquilla y los constructores del conjunto residencial donde habita, por cuanto se presentaron defectos en la construcción que imposibilitaron el disfrute pleno y tranquilo de su apartamento. Al constatar que las viviendas fueron construidas sobre terrenos inestables y que las licencias de construcción fueron expedidas sin estudios idóneos de suelos, la Corte ordenó la suspensión de las licencias de construcción en toda la zona calificada como inestable por INGEOMINAS, la intervención directa de la Alcaldía para adelantar los planes y recomendaciones presentadas por la entidad experta en el estudio de suelos, la información a los residentes del conjunto residencial sobre el estado actual del riesgo y si, de acuerdo con las entidades especializadas, no era posible adelantar obras que miti-

⁹⁴ Sobre la eficacia inmediata y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, puede consultarse: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta. Primera edición. 2007. Madrid.

⁹⁵ M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

guen el riesgo, dentro de los 2 meses siguientes al concepto, estaban obligados a reubicar a la accionante.

Igualmente, en **sentencia T-585 de 2008⁹⁶**, la Corte Constitucional accedió a la pretensión del demandante en el sentido de ordenar a la Caja de Vivienda Popular de Bogotá la reubicación de su familia. La situación que originó el amparo fue la siguiente: Autoridades del Distrito Capital encargadas de la ejecución de la política pública de reasentamiento de la población que habita zonas declaradas de alto riesgo no mitigable, negaron la inclusión del núcleo familiar del peticionario en el programa que prevé la reubicación de las familias habitantes del sector Altos de la Estancia, ubicado en la localidad de Ciudad Bolívar, declarado zona de alto riesgo no mitigable en virtud del concepto técnico No. 3897 proferido por la Dirección de Prevención y Atención de Emergencias. La negativa se produjo porque, a juicio de la entidad pública, el demandante no cumplía con dos de los requisitos exigidos por la ley para el efecto: no habitaba el predio en el momento en el que éste fue declarado de alto riesgo no mitigable y no aportó prueba para acreditar la adquisición de derechos reales respecto del predio con anterioridad al concepto técnico. Al estudiar el caso, la Corte encontró que el accionante sí cumplía las condiciones exigidas por la ley, pues i) el predio fue declarado de alto riesgo no mitigable por la autoridad competente (Dirección de Prevención y Atención de Emergencias), ii) el accionante entregó el predio declarado en zona de alto riesgo y le fue reconocido el auxilio económico para la reubicación transitoria y, iii) el peticionario aportó en su momento el contrato con fundamento en el cual empezó a habitar otro inmueble.

Contenido del derecho fundamental a la vivienda digna

A pesar de que el constituyente no estableció el contenido del derecho, sí fijó dos pautas que el Estado debe tener en cuenta para desarrollarlo. De una parte, dejó en claro que la efectividad del derecho se logra mediante la realización de planes de vivienda de interés social con financiación a largo plazo y, de otra parte, confió a las asociaciones, como instru-

96 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

mentos útiles de ejecución, la ampliación de la cobertura de los planes de vivienda.

Sin embargo, el contenido de este derecho puede esclarecerse al estudiar el artículo 11, parágrafo 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas a una vivienda adecuada. En desarrollo de esta disposición, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, máximo e intérprete autorizado de dicho pacto, en su Observación General No. 4, indicó que para que una vivienda pueda considerarse adecuada en los términos del tratado, debe presentar varios elementos, los cuales fueron analizados por la Corte Constitucional Colombiana⁹⁷, en síntesis, así:

Condiciones de habitabilidad de la vivienda.

De acuerdo con el Comité, la vivienda no sólo debe ser el lugar de resguardo, sino el que ofrece a la familia la posibilidad de proyectar el plan de vida en sociedad. Por consiguiente, una vivienda adecuada debe ser habitable, esto es, debe garantizar la higiene, calidad y espacio, necesarios para que las familias la ocupen sin exponer la vida, integridad física y la salud. Lógico desarrollo de la regla de habitabilidad de la vivienda es el acceso a los servicios públicos, la seguridad, a los servicios de emergencia y al desarrollo urbano planificado.

Así las cosas, los planes de vivienda de interés social deben ejecutarse en zonas con suelos estables, pero además en lugares donde pueda accederse a los servicios básicos que requiere el ser humano para vivir en comunidad (ambiente sano, servicios públicos, centros de atención en salud y acceso a las opciones de empleo, entre otras cosas). Esas condiciones deben ser evaluadas por las autoridades públicas responsables de la ejecución de los planes de vivienda de interés social.

97 *Sentencia C-936 de 2003. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.*

Condiciones de seguridad en el goce de la vivienda

De conformidad con la Observación General 4 analizada por la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, esta regla de interpretación del contenido del derecho a la vivienda digna exige evaluar la asequibilidad, seguridad jurídica de la tenencia y “gastos soportables” en que debe incurrir la familia para conseguir la vivienda.

La asequibilidad consiste en la realización de varios programas de vivienda de interés social, cuya oferta corresponda a la demanda de este bien jurídico. Pero, en especial, debe concederse a la población más vulnerable del país, esto es, a los sujetos de especial protección del Estado, en forma prioritaria. Para ello, es fundamental que el Estado asegure sistemas adecuados para costear la vivienda, tanto para financiar su adquisición como para garantizar un crecimiento razonable.

En relación con la seguridad jurídica de la tenencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, advierte que el Estado debe propiciar la seguridad de los títulos que confieren la tenencia, ya sea mediante contratos de arrendamientos justos, acuerdos solidarios o cooperativos transparentes, ocupación legítima de la tierra o compra válida de predios. En todos esos casos, los Estados deben adoptar medidas jurídicas y políticas destinadas a conferir seguridad legal en consideración especial con los grupos afectados.

Finalmente, en cuanto al concepto de “gastos soportables” (el cual ha sido utilizado por la Corte Constitucional en todos los casos en los que se analizan cargas económicas impuestas a los administrados, tales como el pago de medicamentos o procedimientos en salud, la exigibilidad de gastos en la educación de los hijos o de mínimo vital), el Comité dejó en claro que *“los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas”*. De esta forma, el Estado debe adoptar medidas para garantizar que los egresos por vivienda sean proporcionales a los ingresos y a los demás gastos familiares, para lo cual es muy importante diseñar políticas eficaces de subsidios para la población vulnerable.

La garantía de dignidad de la vivienda no ampara únicamente a los propietarios

Como lo ha advertido la Corte Constitucional en varias oportunidades, el derecho a la vivienda digna no es aplicable solamente al derecho a la propiedad sobre la vivienda, pues son igualmente protegibles frente al Estado la tenencia legítima de la vivienda. En otros términos, la dignidad de la vivienda no la otorga su propiedad, pues ese derecho también puede ser efectivo respecto de modalidades como el arrendamiento, la donación, la posesión y la mera tenencia del inmueble.

Derecho de acceso a la vivienda digna

Los casos más frecuentes de protección constitucional al derecho fundamental a la vivienda digna ha sido el de la **población desplazada por la violencia**. Veamos algunos ejemplos:

La **sentencia T-585 de 2006⁹⁸**, analizó la tutela presentada por personas desplazadas por la violencia, inscritas en el RUPD y asentadas en áreas subnormales de Bucaramanga, Girón y Floridablanca. A ellos les fueron aprobados subsidios para la adquisición de vivienda nueva o usada de interés social, los cuales debían hacer efectivos en una fecha determinada. Sin embargo, cumplido el plazo, no se habían podido hacer efectivos todos los subsidios porque los altos costos de la vivienda usada les impedían acceder a ella y porque la oferta de vivienda de interés social es mínima, por esa razón las autoridades municipales les advirtieron que la oportunidad para acceder al subsidio se había agotado. A otros de los accionantes, se les había negado el subsidio para acceder a la vivienda usada porque no tenían cómo pagar \$15.000 que exigía la caja de compensación de esa zona para practicar la visita necesaria para expedir un documento que certifique la viabilidad de la vivienda. Otro grupo de desplazados manifestó que, debido a la precaria situación habitacional en la que se encontraban los accionantes, era indispensable que los municipios les otorguen subsidios complementarios para adquirir las viviendas

98 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

usadas. Pero, las autoridades competentes negaron la solicitud porque no existían partidas presupuestales para ese efecto.

La Corte concedió la tutela y ordenó, entre otras cosas, que las autoridades municipales i) informen cuándo se accedería a los subsidios inicialmente aprobados, ii) prorroguen por 6 meses más el término para usar el subsidio nacional de vivienda otorgado, iii) presten asesoría a los demandantes sobre las opciones de acceso a créditos en condiciones favorables a las que se refiere el artículo 2.13 del Decreto 975 de 2004, bien sea para la adquisición de vivienda, o para refinanciar los créditos que se hayan visto obligados a contraer para la compra de una, iv) convocar una mesa de trabajo específica para discutir los problemas de vivienda de las personas desplazadas asentadas en su jurisdicción, y para revisar las políticas de atención en la materia de cada entidad y, a la Caja de Compensación v) abstenerse de seguir cobrando a los actores tarifa alguna por concepto de evaluación y expedición del certificado de viabilidad de las viviendas usadas.

En la **sentencia SU-1150 de 2000⁹⁹**, la Corte concedió el amparo de familias desplazadas que se encontraban irregularmente asentadas en una zona de alto riesgo de deslizamiento en Medellín. La Sala Plena ordenó al Presidente de la República reubicar a los actores en albergues temporales e incluir de los mismos en los programas de asistencia para desplazados.

En igual sentido, la **sentencia T-1346 de 2001¹⁰⁰**, estudió el caso de una familia desplazada que por invadir un predio en Villavicencio, se emitió en su contra una orden de desalojo. El Municipio ofreció soluciones de vivienda a **largo plazo** a los accionantes, a cambio de desalojar el predio, pero ellos se negaron porque mientras se construía la vivienda no tenían a donde ir. La sentencia concedió el amparo y ordenó al Alcalde facilitar un albergue provisional a la familia y posteriormente adelantar un programa de reubicación y estabilización socioeconómica de las familias desplazadas que ocupaban el predio en cuestión.

99 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

100 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En la **sentencia T-602 de 2003¹⁰¹**, la Corte abordó el caso de una mujer desplazada de 73 años de edad que alegaba la vulneración del derecho a la vivienda digna porque no le fue concedido un subsidio para vivienda. La Corte ordenó a la Red de Solidaridad Social y al INURBE que le permitan a la accionante el acceso inmediato a un subsidio de vivienda.

En la **sentencia T-025 de 2004¹⁰²**, la Corte se refirió al derecho a la vivienda digna de la población desplazada, en el sentido de indicar que es fundamental y puede ser protegido por vía de la acción de tutela, cuando las autoridades públicas competentes omiten en forma reiterada su protección oportuna y efectiva. De igual manera, constató que esa omisión obedece a un problema estructural que afecta toda la política de atención diseñada por el Estado, y que era causado, entre otras razones, por la insuficiencia de recursos que el Estado asigna para su financiación. Por lo tanto, declaró la existencia de un estado de cosas constitucional para ordenar al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia ajustar sus actuaciones de manera que se proteja en forma efectiva a la población desplazada.

La **sentencia T-878 de 2009¹⁰³**, estudió las tutela interpuesta por 24 familias desplazadas por la violencia que fueron seleccionados para la adjudicación de un predio situado en Anserma, Caldas, el cual estaba desprovisto de las mínimas condiciones de habitabilidad, como lo serían agua potable, alojamiento, vivienda básicos y saneamiento esenciales. La Corte constató la veracidad de los hechos y ordenó a Acción Social reubicar a las familias demandantes en otro terreno que reúna las suficientes condiciones que garantice la estabilización socioeconómica. Mientras se reubica a estas familias y hasta tanto se logre su restablecimiento socioeconómico, ordenó que, dentro de las 48 horas siguientes a la comunicación de la sentencia, coordine con las autoridades nacionales y locales responsables, las acciones pertinentes, oportunas y efectivas que aseguren que estas familias reciban la provisión adecuada y suficiente de agua potable, alimentos, vestuario y demás componentes de la ayuda humanitaria de emergencia.

101 M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

102 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

103 M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

En conclusión, la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a una vivienda digna de las personas desplazadas por la violencia es fundamental y susceptible de protección por vía de la acción de tutela, para cuya eficacia podrán adoptarse las siguientes decisiones:

- Ordenar la reubicación a las personas desplazadas que se han visto obligadas a asentarse en terrenos de alto riesgo o de propiedad de terceros.
- Ordenar que las autoridades municipales, Acción Social o el INCORA brinden soluciones de vivienda de carácter temporal y, posteriormente, facilitarles el acceso a otras de carácter permanente.
- Ordenar que las autoridades propicien asesoría a las personas desplazadas sobre los procedimientos que deben seguir para acceder a los programas.
- Ordenar a las autoridades municipales y nacionales que en el diseño de planes y programas de vivienda, se tome en consideración las especiales necesidades de la población desplazada y de los subgrupos que existen al interior de ésta –personas de la tercera edad, madres cabeza de familia, niños, personas discapacitadas, etc.-
- Ordenar que se eliminen las barreras administrativas o económicas que impiden el acceso de las personas desplazadas a los programas de asistencia social del Estado.
- Otro ejemplo de protección del derecho fundamental de acceso a la vivienda digna es el de las **familias recicladoras en Cali**. La situación es esta:

Un grupo de recicladores interpuso acción de tutela en contra de varias entidades municipales de Cali por considerar que éstas vulneraron sus derechos al trabajo y a la vida digna, con el cierre del basurero de Navarro, lugar en el que desarrollaban desde hace 30 años la actividad económica del reciclaje, para proveer su sustento personal y familiar. Afirman que si bien dos semanas antes del cierre del basurero, las autoridades se comprometieron a ofrecerles, entre otras, oportunidades de empleo, de capacitación, de salud y de educación, tales compromisos no fueron cumplidos.

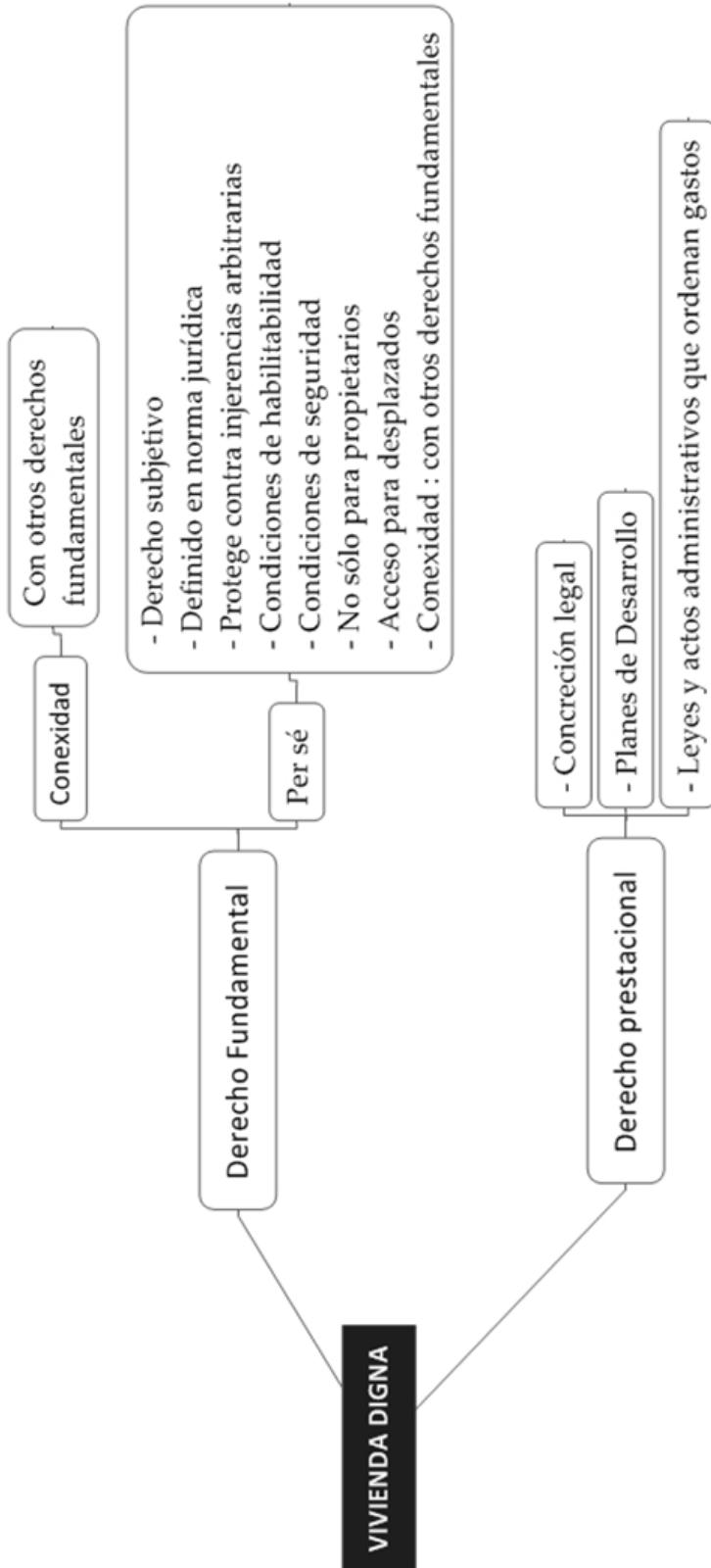
Las **sentencias T-291 de 2009¹⁰⁴, T-411 de 2009¹⁰⁵ y T-872 de 2009¹⁰⁶**, concedieron el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, vivienda digna y educación, entre otros, de los accionantes y sus familias. Para ese efecto, ordenaron a las autoridades municipales, entre otras cosas, que i) dentro de los 2 meses siguientes al fallo, otorguen soluciones de trabajo para garantizar la subsistencia, ii) dentro de los 6 meses siguientes a la notificación, diseñen, adopten y pongan en marcha una política de inclusión efectiva de los recicladores de Cali en los programas de recolección, aprovechamiento y comercialización de residuos que fortalezca su calidad de empresarios y las formas de organización solidaria, iii) otorgar a los recicladores de Navarro censados en el año 2003 y carnetizados en el año 2006 el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la salud, a la educación, a la vivienda digna y a la alimentación, verificando en cada caso concreto la afiliación o vinculación al sistema de seguridad social en salud, el acceso a la educación para los hijos menores de edad, y su inclusión en los programas sociales de la alcaldía en materia de alimentación y vivienda.

En un cuadro mostraremos, en resumen, los aspectos más importantes del derecho a la vivienda digna.

104 M.P (e). Dra. Clara Elena Reales Gutiérrez.

105 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

106 M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.



DERECHO AL ESPACIO PÚBLICO

Los artículos 82, 88 y 102 de la Constitución elevan a rango constitucional la garantía y protección del derecho colectivo al espacio público, entregando la responsabilidad por su defensa a las autoridades públicas. En efecto, la primera de dichas normas superiores declara su protección superior y establece que 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.*”

Conforme a los artículos 82, 88 y 102 de la Carta las dimensiones constitucionalmente relevantes del espacio público son:

- Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público.
- Es deber del Estado y de sus autoridades, velar por su destinación al uso común del espacio público.
- Es deber de las autoridades asegurar la efectividad del carácter prevalente del uso común del espacio público sobre el interés particular.
- Es deber de las entidades públicas ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común.
- Es un derecho e interés colectivo.
- Constituye objeto material de las acciones populares y es uno de los bienes jurídicamente garantizables a través de ellas.

Concepto de espacio público

El concepto jurídico de espacio público encuentra consagración y regulación positiva, entre otras normativas, en la Constitución Política (artículo 82), en el Código Civil (artículo 674), en la Ley 9º de 1989 (artículo 5) y en el Decreto 1504 de 1998 (artículo 3), “*por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial*”, en todos los cuales

se hace referencia a un conjunto de bienes que integran la propiedad pública para beneficio de toda la colectividad.

Ahora, no debemos olvidar que la interpretación de los derechos colectivos se efectúa en consideración con las definiciones legales o las contenidas en tratados internacionales vinculantes para Colombia (artículo 7º de la Ley 489 de 1998). Por esa razón, acudiremos a su definición legal.

El artículo 5º de la Ley 9º de 1989, definió el espacio público así:

"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 la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes."

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

De la norma transcrita podemos inferir dos características centrales del espacio público.

La primera, el espacio público genera **derecho a la destinación colectiva de los bienes que la integran**, de acuerdo con las finalidades para los cuales fueron creados. Aunque eso parecería muy sencillo, por ejemplo, debemos tener claro que los andenes son para la circulación peatonal y no para el estacionamiento de vehículos, la vía pública es para la circulación vehicular y peatonal, más no para la realización de eventos sociales. Por esa razón, si un bien que integra el espacio público no está destinado de acuerdo con su naturaleza, procede su protección mediante la acción popular.

La segunda, el espacio público genera **derecho al uso y goce de los bienes que lo integran** en beneficio de toda la comunidad, sin que sea procedente su utilización exclusiva por los particulares. Esta regla de principio se exceptúa en aquellos casos en los que la ley autoriza a las autoridades municipales a cambiar el destino de los bienes de uso público o a establecer condiciones de uso excluyente por particulares. En el primer caso, el artículo 6º de la Ley 9º de 1989, faculta al concejo del respectivo municipio a variar el destino de un bien que conforma el espacio público, siempre y cuando se canjeé por otro inmueble de características equivalentes. Y, el artículo 18 del Decreto 1504 de 1998, autoriza a los municipios a contratar con entidades privadas la explotación y aprovechamiento económico del espacio público, sin que ello impida el uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. Por esas razones, el Consejo de Estado ha considerado viable, por ejemplo, la implementación de las denominadas zonas azules que cobran por el parqueadero en las calles de Bogotá y Medellín¹⁰⁷, o la instalación de kioscos o casetas instaladas para ventas de periódicos o loterías¹⁰⁸, todas ellas con previa suscripción de contratos que generan contraprestación económica para el municipio y límites temporales de utilización.

De igual manera, si los bienes del espacio público no pueden ser usados por la colectividad en general, su eficacia puede ser exigible por vía de la acción popular.

¹⁰⁷ Al respecto: sentencia del 18 de enero de 2001, expediente AP-162. C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁰⁸ Por ejemplo: las sentencias del 6 de julio de 2006, expediente AP-395-01 C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade y del 3 de octubre de 2002, expediente AP-0132-01, C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Autoridades responsables de proteger el espacio público

Los artículos 5º y 6º de la Ley 9ª de 1989, indican que la protección y destinación del espacio público, corresponde a las autoridades municipales.

El numeral 7 del artículo 86 del Decreto 1421 de 1993, atribuye a los Alcaldes Locales de Bogotá la facultad de *"dictar los actos y ejecutar las operaciones necesarias para la protección, recuperación y conservación del espacio público, el patrimonio cultural, arquitectónico e histórico, los monumentos de la localidad, los recursos naturales y el ambiente, con sujeción a la ley, a las normas Nacionales aplicables, y a los acuerdos distritales y locales"*.

Pero, además, en el caso de Bogotá, existen dos entidades públicas encargadas de proteger e integrar el espacio público. El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, creado por mediante Acuerdo 18 de 1999 del Concejo de Bogotá, tiene como finalidad *"contribuir al mejoramiento de la calidad de vida en Bogotá, por medio de una eficaz defensa del espacio público, de una óptima administración del patrimonio inmobiliario de la ciudad y de la construcción de una nueva cultura del espacio público, que garantice su uso y disfrute colectivo y estimule la participación comunitaria"*¹⁰⁹. Y, el Instituto de Desarrollo Urbano, creado mediante el Acuerdo 19 de 1972 del Concejo de Bogotá, tiene como finalidad ejecutar obras viales y de espacio público para el Desarrollo Urbano de la capital, por esta razón realiza la construcción y el mantenimiento de las ciclorrutas, andenes, puentes peatonales, zonas bajo puentes, sardineles, alamedas, plazoletas y plazas¹¹⁰, entre otros bienes que integran el espacio público.

Contenido del derecho al espacio público

El derecho colectivo comprende, entonces, el goce del espacio público" y la utilización de los bienes de uso público". En desarrollo de estas garantías veamos casos en los que ha procedido su protección:

109 Consultar página de internet www.dadep.gov.co

110 Consultar página de internet www.idu.gov.co

La falta de cuidado de los bienes que integran el espacio público lo vulnera.

En el barrio Candelaria en la Localidad de Ciudad Bolívar en Bogotá, existe un parque recreativo, principalmente destinado a la diversión de niños, pues inicialmente fue construido un rodadero de lámina. La falta de mantenimiento del parque, el uso continuo del mismo y el paso del tiempo, produjeron la corrosión, oxidación y quiebre del rodadero, lo cual pone en riesgo la vida de los niños y las niñas que acuden a ese lugar

La Sección Primera del Consejo de Estado, en **sentencia del 29 de septiembre de 2005¹¹¹**, concedió el amparo del derecho al espacio público y ordenó al Departamento Administrativo del Espacio Público de Bogotá que ejecute las labores correspondientes a la adecuación del parque infantil, si para ese momento cuenta con la respectiva disponibilidad presupuestal de recursos. En caso contrario, deberá, dentro de ese mismo término, realizar todas las gestiones administrativas necesarias dirigidas a la consecución de los recursos requeridos para tal fin y, en todo caso, ejecutar las obras que se proyecten, en un plazo no superior a 6 meses.

Para el Consejo de Estado, la violación del espacio público demostrada no deriva de la imposibilidad de acceder al parque, sino de la imposibilidad de gozarlo y utilizarlo debidamente.

La falta de accesibilidad al espacio público, puede protegerse por vía de la acción popular

La **sentencia 28 de septiembre de 2006¹¹²**, analizó una acción popular que pretendía proteger el espacio público afectado, en este aspecto, para la población discapacitada. Se demostró que los puentes peatonales ubicados en las direcciones indicadas en la demanda, carecían de rampas o estructuras que faciliten la libre locomoción y la movilidad de los discapacitados. De otro lado, se probó que, en esos mismos lugares, no había

¹¹¹ *Sentencia del 29 de septiembre de 2005, expediente AP-2104-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Piñeta.*

¹¹² *Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 28 de septiembre de 2006, expediente AP-1031-01, C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.*

señalización ni demarcación de las zonas de tránsito peatonal, no estaban señalizadas las zonas de paradero ni demarcadas las zonas de prohibición. La Sección Primera del Consejo de Estado encontró vulnerado el derecho colectivo al espacio público, pues si las autoridades competentes no facilitan el acceso ni organizan el uso de los bienes que lo integran, el juez de la acción popular debe exigir el cumplimiento de las normas legales que protegen el espacio público.

La sentencia del 27 de mayo de 2010¹¹³, estudió la acción popular interpuesta contra la Alcaldía Mayor de Bogotá y el IDU, por una persona que no residía en el sector, pero que invocó la protección del derecho colectivo al espacio público. El caso es este: Frente a la clínica Reina Sofía en la ciudad de Bogotá, no existía sendero peatonal, ni puente, ni sistema de paso que permitiera atravesar de manera segura la avenida 127, razón por la cual se presentaron múltiples accidentes. El demandante dijo que la ubicación de la clínica en este sector agrava la situación porque se incrementa el número de personas que a diario transitan por ahí para tomar el puente que atraviesa la autopista norte, muchas de ellas de la tercera edad, con movilidad reducida o discapacidad sensorial, física o mental, que no pueden esquivar fácilmente los vehículos que transitan con gran velocidad por la vía.

Una vez instaurada la acción popular, las autoridades demandadas instalaron un semáforo peatonal. Por esa razón, la sentencia declaró superada la afectación del derecho, por lo que se reconoció el pago del incentivo (en ese entonces se encontraba vigente el artículo 39 de la Ley 472 de 1998). De todas maneras, dijo que: i) cualquier persona podía interponer la acción popular, aún si no reside en el sector y si no tiene recursos económicos para interponer la acción¹¹⁴, ii) la omisión de señalización, la ausencia de puentes o de cualquier mecanismo que permita utilizar en debida

¹¹³ *Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 27 de mayo de 2010, expediente AP-02137-01, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.*

¹¹⁴ *Al respecto vale la pena recordar que el artículo 19 de la Ley 472 de 1998, autoriza aplicar la figura de amparo de pobreza para los actores populares que no tienen los recursos económicos para sufragar los gastos del proceso, tales como notificaciones, publicación de aviso, peritazgos y otros. Esa norma dispone que este beneficio debe ser solicitado por el demandante, la Defensoría del Pueblo o sus delegados, de acuerdo con lo prescripto en los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Civil.*

forma la vía pública, vulnera el derecho colectivo al espacio público y, iii) en caso de que la demanda popular haya propiciado la superación de la afectación del derecho colectivo, bajo la vigencia del artículo 39 de la ley 472 de 1998, procedía el pago del incentivo a favor del demandante¹¹⁵.

La sentencia del 3 de junio de 2010¹¹⁶, también accedió a la protección de los derechos al espacio público y a la seguridad pública vulnerados por la ausencia de puente peatonal en una zona peligrosa. La Sección Primera del Consejo de Estado constató que en la calle 177 con carrera 7^a de Bogotá, frente a un colegio, se han presentado accidentes cuando las personas intentan atravesar la avenida por donde circulan vehículos a alta velocidad, pues no existen semáforos peatonales ni puentes que permitan atravesar la vía pública. Para los jueces populares, el Distrito no dio a la comunidad, las condiciones indispensables para su segura y tranquila movilidad por las vías públicas.

Invasión del espacio público

Está probado (mediante fotografías, inspecciones o prueba testimonial) la ocupación del espacio público por parte de vehículos, vendedores de flores y de lápidas en los andenes de un barrio. La administración no probó diligencia en las actuaciones dirigidas a restablecer el espacio público.

La sentencia del 21 de septiembre de 2001¹¹⁷, ordenó a la Alcaldía Local de Barrios Unidos de Bogotá que, en un término no superior 2 meses, adopte las medidas pertinentes para recuperar el espacio público invadido, impida la exhibición en la calle de los productos ofrecidos y prohíba la instalación de estantes sobre los andenes, de tal forma que se permita el libre acceso de los peatones.

¹¹⁵ El artículo 1º de la Ley 1425 de 2010, derogó los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, por lo que, en la actualidad, el actor popular no tiene derecho a recibir pagos por instaurar acción popular.

¹¹⁶ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de junio de 2010, expediente AP-0837-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

¹¹⁷ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 21 de septiembre de 2010, expediente AP-0092-01, C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón

Sobre la prohibición de invadir el espacio público con sillas, paraguas o casetas de comidas sobre los andenes y las vías públicas, se ha pronunciado en varias oportunidades el Consejo de Estado. Por ejemplo, en las **sentencias del 24 de julio de 2003¹¹⁸** y **del 31 de mayo de 2007**, el Consejo de Estado accedió a las pretensiones de la acción popular y ordenó a las autoridades competentes que restituyan al uso común el espacio público invadido.

De igual manera, en **sentencias del 18 de mayo de 2006¹¹⁹, 2 de noviembre de 2006¹²⁰, 11 de diciembre de 2006¹²¹ y 15 de febrero de 2007¹²²**, la Sección Primera del Consejo de Estado consideró que el cerramiento con rejas o con instrumentos que impidan el acceso común a las vías públicas, a los parques o a los andenes, vulnera el derecho colectivo al espacio público. Por esa razón, ordenó a las autoridades competentes su restitución, mediante el levantamiento de las barreras de acceso.

Indebida utilización del espacio público

Es común en nuestras ciudades que las áreas requeridas para la circulación peatonal y vehicular, que constituyen bienes de espacio público, sean utilizadas para fines particulares y se ocupen en forma permanente o temporal en exclusiva por particulares.

Por ejemplo, el artículo 2° de la Ley 769 de 2002 define la acera o andén como la “*franja longitudinal de la vía urbana, destinada exclusivamente a la circulación de peatones, ubicada a los costados de ésta.*” A su turno, el artículo 76 de la Ley 769 de 2002, prohíbe el estacionamiento de vehículos sobre andenes, zonas verdes o sobre espacio público destinado para peatones, recreación o conservación.

118 Sección Primera del Consejo de Estado. *Sentencia del 24 de julio de 2003, expediente AP- 1345-01. C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.*

119 Sección Primera del Consejo de Estado. *Sentencia del 18 de mayo de 2006, expediente AP- 2203-01. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.*

120 Sección Primera del Consejo de Estado. *Sentencia del 2 de noviembre de 2006, expediente AP- 1918-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.*

121 Sección Primera del Consejo de Estado. *Sentencia del 11 de diciembre de 2006, expediente AP- 2271-01. C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

122 Sección Primera del Consejo de Estado. *Sentencia del 15 de febrero de 2007, expediente AP- 2596-01. C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.*

Eso significa que los andenes forman parte de la vía pública y su destino es exclusivo para el uso peatonal, por lo que su uso y goce adecuado están garantizados por el Estado. Por esas razones, por ejemplo, las **sentencias del 29 de julio de 2004¹²³** y **18 de febrero de 2010¹²⁴**, del Consejo de Estado, ordenaron a las autoridades competentes restituir el uso público de andenes que se utilizan por particulares como estacionamiento de sus vehículos. Así, en caso de que se llegare a demostrar quiénes son los particulares que violan el derecho colectivo, también procede órdenes contra ellos, dirigidas, de una parte, a impedir que use indebidamente el espacio público y, de otra, a restituir las cosas a su estado anterior y contribuyan económicamente a reparar los daños causados a los andenes destruidos por dicha causa.

Esparcir basuras en el espacio público lo transgredे

La **sentencia del 14 de abril de 2010¹²⁵**, resolvió el caso de una acción popular interpuesta contra autoridades municipales que abandonaron una obra cuyo destino era la recreación. Como consecuencia del abandono, la zona era utilizada como botadero de basura, baño público y escondite para consumir drogas. El Consejo de Estado dijo que, además de afectar el derecho colectivo al ambiente sano, la omisión de mantenimiento del lugar también vulneraba el derecho al espacio público, pues debía destinarse a la finalidad de uso público perseguida, a favor de toda la comunidad. Para la protección de los derechos colectivos, ordenó a la Alcaldía respectiva que, previa elaboración de los estudios necesarios y la apropiación presupuestal correspondiente, adelante las obras tendientes a la culminación de la unidad deportiva del barrio Palmira. Esta medida debe cumplirse como máximo en la siguiente vigencia fiscal a la ejecutoria de la sentencia. De igual manera, ordenó al municipio que tome las medidas para garantizar la recolección de basuras en el lugar e impedir la contaminación de la zona por esa causa. Y, finalmente, ordenó que se

¹²³ Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 29 de julio de 2004, expediente AP- 1471-01. C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹²⁴ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente AP- 1094-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

¹²⁵ Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente AP- 1472-01. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

tomen las medidas de policía pertinentes para evitar que el lugar sea utilizado por personas con propósitos delictivos.

Casos de limitación del derecho colectivo al espacio público

El carácter limitado de los derechos, también se evidencia en la interpretación de los derechos colectivos y, en especial, del derecho al uso y goce del espacio público, puesto que, en caso de que entre en conflicto con intereses igualmente protegidos, puede restringirse válidamente.

Por ejemplo, la **sentencia del 14 de abril de 2005¹²⁶**, estudió la demanda popular interpuesta por varios vecinos de un sector, por la invasión del espacio público en las vías y andenes que circundan las instalaciones de la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional y por la omisión de las autoridades Administrativas y de Policía Administrativa de Bogotá D.C. por efectuar cerramientos y colocar tres garitas de vigilancia sobre la vía pública.

En este caso, se presenta conflicto entre los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad pública. En aquellas situaciones, dijo el Consejo de Estado, debe prevalecer el derecho que más se aproxime a la defensa de los derechos fundamentales. Así, después de evaluar la necesidad e idoneidad de las garitas para proteger la seguridad pública, concluyó que la medida es proporcionada para garantizar la seguridad de las instalaciones de la Dirección de Reclutamiento, pues observadas las condiciones del edificio en cuestión, su cercanía con el Palacio de Nariño y según el informe presentado por su director, constituyen la forma más segura de protegerlo. Por lo tanto, consideró que ordenar su retiro, implicaría dejar inermes a las autoridades encargadas de dicha edificación. Por esas razones, negó las pretensiones de la demanda popular.

En igual sentido, la **sentencia del 19 de febrero de 2009¹²⁷**, dejó en claro que se puede limitar el espacio público cuando se trata de preservar la seguridad pública. En esa ocasión negó la demanda popular que repro-

¹²⁶ Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 14 de abril de 2005, expediente AP- 01238-01. C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

¹²⁷ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente AP-0597-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

chaba la utilización de andenes con materas, vías cerradas y apropiación de andenes por parte de la Embajada de Estados Unidos en Bogotá.

Finalmente, encontramos otro caso de limitación del derecho al uso del espacio público, con la aplicación del Acuerdo 294 de 2007 del Concejo de Bogotá, el cual autoriza el estacionamiento transitorio de vehículos en bahías construidas en el Distrito Capital.

En un cuadro resumen veremos los aspectos más importantes del derecho al espacio público.

DERECHO AL ESPACIO PÚBLICO

La falta de cuidado de los bienes que integran el espacio público lo vulnera.
La falta de accesibilidad al espacio público, puede protegerse por vía de la acción popular
Invasión del espacio público
Indebida utilización del espacio público
Esparcir basuras en el espacio público lo transgredire

Andenes, Vías Públicas
Puentes vehiculares y peatonales
Parques y plazas
Áreas para la recreación pública y para la seguridad y tranquilidad ciudadana
Franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías
Fuentes de agua, Zonas verdes y naturales
Zonas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos
Elementos naturales del entorno de la ciudad

Destinación colectiva de los bienes que la integran, de acuerdo con las finalidades para los cuales fueron creados.
Uso y goce de los bienes que lo integran en beneficio de toda la comunidad, sin que sea procedente su utilización exclusiva por los particulares

Alcaldes Locales
Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público
Instituto de Desarrollo Urbano

DERECHO AL AMBIENTE SANO

La protección del medio ambiente debe ser un asunto de primer plano en la sociedad, en tanto que el proceso de industrialización, la contaminación, la degradación y el desarrollo incontrolado de los pueblos, ha deteriorado la calidad de vida de regiones enteras, ha tenido repercusiones graves sobre el hábitat humano, ha modificado el equilibrio natural y puede poner en riesgo la estabilidad de las generaciones futuras. De ese modo, el ambiente sano es, sobretodo, un derecho de las generaciones futuras, de aquellas que no pueden tomar decisiones aún y no pueden defenderse, razón por la cual el compromiso en su defensa es todavía mayor.

Constitución ecológica

Consciente de esa responsabilidad social, el Constituyente de 1991 entendió que la defensa del medio ambiente es uno de los principales objetivos que debe proponerse el Estado Social de Derecho, puesto que el entorno constituye uno de los elementos estructurales de la calidad de vida del ser humano. Así, la Carta desarrolló plena y ampliamente derechos, obligaciones y responsabilidades concretas en materia ambiental, tanto que puede identificarse con lo que la doctrina denomina una Constitución ecológica. En efecto, ese tipo de normas superiores se ajusta perfectamente al perfil de la nuestra: una Constitución humanista, con amplia incidencia de lo medioambiental, que consagra un amplio bloque de normas protecciónistas de la materia, establece planes y programas de control sobre el uso de los recursos naturales y asigna recursos públicos para su protección.

En cuanto a los **derechos relacionados con el ambiente sano**, el artículo 79 superior otorga a todas las personas los derechos a gozar de un ambiente sano y a participar en las decisiones que puedan afectarlo. El artículo 88 de la Carta define el “ambiente” como un derecho colectivo susceptible de protección mediante la acción popular. Y, el artículo 67 de la Constitución proclama como uno de los fines de la educación, “*la protección de un ambiente sano*”. Luego, existen derechos a gozar de un ambiente sin contaminación, a participar en su protección y control y a ser educado en su defensa.

De otra parte, el Constituyente entiende el ambiente sano dentro de la concepción de **derecho- deber**, pues impone a sus titulares la obligación de conservarlo. En efecto, el artículo 95, numeral 8, de la Carta dispone como deber de los ciudadanos, el de “*proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano*”. Igualmente, el principio de solidaridad, consagrado en el artículo 1º superior, impone la defensa del medio ambiente, y el artículo 88 superior difiere al legislador la definición de “*los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos*”. Sobre esta misma línea el artículo 333 de la Carta autoriza al Legislador a limitar “*el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*”.

Además de los deberes impuestos a los particulares en defensa del medio ambiente, la Constitución consagra un conjunto de obligaciones específicas a cargo de las autoridades públicas. Por ejemplo, el artículo 79 superior exige al Estado “*proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines*”. Para ese efecto, el artículo 80 de la Constitución establece la responsabilidad del Estado de planificar “*el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución*” y, “*prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados*”. Igualmente, el artículo 81, dice que el “*Estado regulará el ingreso al país y salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional*”.

En síntesis, mientras que los particulares están obligados a preservar y cuidar el medio ambiente y, como consecuencia de ello, están legitimados para instaurar la acción popular en su defensa, la Constitución impone al Estado los deberes de: i) proteger la diversidad e integridad del medio ambiente, ii) defender las riquezas naturales de la Nación, iii) fomentar la educación ambiental, iv) conservar las áreas de especial importancia ecológica, v) planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, de tal forma que se garantice el desarrollo sostenible y su conservación, restauración o sustitución, vi) prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, vii) imponer las sanciones legales y exigir la reparación

de los daños causados al ambiente y viii) cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas de frontera¹²⁸.

Para cumplir esas tareas, el Constituyente asignó **responsabilidades específicas y recursos económicos para cumplirlas**. Por ejemplo, el artículo 268, numeral 1º, superior dijo que una de las funciones del Contralor General de la República es “*presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente*”, pues el control fiscal valorará los costos ambientales de la gestión y resultados de los recursos públicos (artículo 267 superior). Igualmente, el artículo 277, numeral 4º, de la Constitución asigna como función del Procurador General de la Nación, “*Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente*”. De otra parte, el artículo 289 de la Carta encomienda a los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas, “*adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente*”. A su turno, el artículo 300, numeral 2, atribuye a las asambleas la responsabilidad de “*Expedir las disposiciones relacionadas con la planeación, el desarrollo económico y social, el apoyo financiero y crediticio a los municipios, el turismo, el transporte, el ambiente, las obras públicas, las vías de comunicación y el desarrollo de sus zonas de frontera*”.

La Carta habilita, entonces, a la administración a adelantar actuaciones positivas y no solamente de conductas de abstención, en relación con la utilización del ambiente sano. En efecto, el artículo 334 superior, establece el deber del Estado de intervenir en la economía, “*en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano*”.

Finalmente, el Constituyente asignó recursos para que las autoridades competentes cumplan sus responsabilidades en materia ambiental. Así, el artículo 317, dispuso que “*la ley destinará un porcentaje de estos tributos,*

¹²⁸ En este sentido, puede consultarse la sentencia C-431 de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

que no podrá exceder del promedio de las sobretasas existentes, a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción". Y, el artículo 361 de la Constitución, preceptuó que "con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales".

Normativa legal básica que regula el tema ambiental

Como dijimos en la unidad dos de este módulo, la interpretación de los derechos colectivos debe efectuarse de conformidad con las normas constitucionales, legales e internacionales que los regulan (artículo 7º de la Ley 472 de 1998), pues a diferencia de los derechos fundamentales cuyos contenidos esenciales no requieren de ley para ser efectivos, la eficacia de los derechos colectivos depende de la norma que integra su contenido. Por esa razón y, sin ánimo de ser exhaustivos ni agotar la materia, presentaremos algunas de las normas mínimas que deben tenerse en cuenta para resolver conflictos en materia ambiental.

- La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972. El principio 1, preceptúa que "*el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para generaciones presentes y futuras*". El principio 2º de esa Declaración se refiere a los elementos que integran el medio humano (natural y artificial), así: "*los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y, especialmente, las muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una cuidadosa planificación u ordenación*"

- La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. Su principio 2º dispone que “...los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. Esta Declaración se incluye al bloque de legalidad en nuestro país, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993¹²⁹.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968, en cuyo artículo 11.1 el derecho de toda persona “a una mejora continua de las condiciones de existencia”.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante Ley 319 de 1996, en su artículo 11, regula el derecho a un ambiente sano. Señala que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”, para lo cual “los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Cabe advertir que la integración de los instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad y legalidad obedece a lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha denominado “internacionalización de las relaciones ecológicas”¹³⁰, reconociendo que las implicaciones del deterioro del medio ambiente son globales y, por lo general, irreversibles.

- Ley 99 de 1993. Esta normativa crea el Ministerio de Medio Ambiente para asignarle la responsabilidad del diseño y planificación de la política ambiental en Colombia y diseña el Sistema Nacional Ambiental, “como el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales

¹²⁹ Esa remisión normativa fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-528 de 1994. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

¹³⁰ Al respecto: sentencias 671 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería y C-293 de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

ambientales contenidos en esta Ley” (artículo 4). Dentro de este Sistema mantiene las Corporaciones Autónomas Regionales.

- Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto Ley 2811 de 1974). En su artículo 1º establece que “*el ambiente es patrimonio común. El Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social*”. El artículo 7º dispone que “*toda persona tiene derecho a disfrutar de ambiente sano*”

Las normas específicas en materia de control, vigilancia, límites y asignación de responsabilidades en cada una de las materias que integran el derecho al ambiente sano, serán analizadas posteriormente.

Naturaleza jurídica del derecho al ambiente sano

Aunque el artículo 88 de la Constitución y 4º de la Ley 472 de 1998 son claros en indicar que el medio ambiente es un derecho colectivo, lo cierto es que, como vimos en la unidad dos de este módulo, en múltiples oportunidades ha mostrado una faceta subjetiva destinada a dignificar las condiciones de vida de su titular y, por consiguiente, ha adquirido el carácter de fundamental.

No obstante, muchos teóricos sostienen que la incidencia del ambiente en la existencia humana y su trascendencia para el desarrollo, justifica su inclusión directa en el catálogo de derechos fundamentales¹³¹. Para ellos, este es un nuevo caso de derecho humano fundamental, “*cuyo fundamento y razón de ser descansa, al igual que el de otros derechos de la tercera generación, en el principio de solidaridad*”¹³²

Esa postura ideológica parecería cierta si se tiene en cuenta la estrecha correlación que tiene el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado con los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida

131 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Madrid. 1991. Página 463

132 PICONTÓ NOVALES, Teresa. *El Derecho al Medio Ambiente. Artículo compilado en Constitución y Derechos Fundamentales*. Coordinadores BETEGÓN JERÓNIMO y otros. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. Páginas 285 y siguientes.

en condiciones dignas, a la salud y a la tranquilidad, pues es evidente que, por ejemplo, la invasión a la vivienda de ruidos, olores y humos persistentes, implica la violación simultánea de los derechos a la tranquilidad, intimidad y ambiente sano. De ahí que sea claro que el derecho al ambiente sano puede adquirir faceta subjetiva que lo hace fundamental, en casos en los que se presentan graves ataques contra el bienestar de una persona hasta el punto de afectar su vida personal y familiar.

Sin embargo, eso no significa que el derecho ha dejado de ser colectivo, pues en la mayoría de los casos, no se presenta amenaza o violación individualizada, sino que mantiene la afectación del interés general de la sociedad. Una quema de bosques, la contaminación de una quebrada o el ruido excesivo de un aeropuerto muestra que la regla general de la afectación del derecho al ambiente sano es colectiva y por esa razón puede ser combatida por cualquier persona sin que sea necesario demostrar o acreditar intereses particulares. En consecuencia, este derecho puede ser forma simultánea, un derecho fundamental y colectivo.

Contenido del derecho al ambiente sano

La protección al ambiente sano cumple tres distintos tipos de funciones. Tiene objetivos preventivos, puesto que se pretende evitar la utilización indebida de los bienes que integran el medio ambiente. Tiene una finalidad restauradora, en tanto que se pretende restituir las cosas a su estado anterior, mediante la reparación integral de los daños causados o mediante las órdenes de mantener el equilibrio ecológico. Y, finalmente, cumple una función compensatoria, pues se trata de enmendar los efectos nocivos causados a las generaciones presentes y futuras.

Ahora bien, el derecho colectivo estudiado es tan amplio como la relación con el entorno y la naturaleza lo permite, por lo que el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre como integrante de ese mundo natural.

Por lo tanto, abordar el estudio del derecho al ambiente sano desde la perspectiva positiva, esto es de aquello que lo integra, desbordaría este escenario, intentaremos delimitar el derecho a partir de los criterios negativos o, dicho en otras palabras, desde la perspectiva de los factores que ponen en riesgo o deterioran el ambiente. Para ello, acudiremos al artículo 8° del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el cual señala como factores que deterioran el ambiente, entre otros:

"a). La contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.

Se entiende por contaminación la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares.

Se entiende por contaminante cualquier elemento, combinación de elementos, o forma de energía que actual o potencialmente pueda producir alteración ambiental de las precedentemente descritas. La contaminación puede ser física, química o biológica;

b). La degradación, la erosión y el revenimiento de suelos y tierras.

c). Las alteraciones nocivas de la topografía.

d). Las alteraciones nocivas del flujo natural de las aguas;

e). La sedimentación en los cursos y depósitos de agua;

f). Los cambios nocivos el lecho de las aguas.

g). La extinción o disminución cuantitativa o cualitativa de especies animales o vegetales o de recursos genéticos;

h). La introducción y propagación de enfermedades y de plagas;

- i). La introducción, utilización y transporte de especies animales o vegetales dañinas o de productos de sustancias peligrosas;
- j). La alteración perjudicial o antiestética de paisajes naturales;
- k). La disminución o extinción de fuentes naturales de energía primaria;
- l). La acumulación o disposición inadecuada de residuos, basuras, desechos y desperdicios;
- m). El ruido nocivo;
- n). El uso inadecuado de sustancias peligrosas;
- o). La eutrificación, es decir, el crecimiento excesivo y anormal de la flora en lagos y lagunas.
- p). La concentración de población humana urbana o rural en condiciones habitacionales que atenten contra el bienestar y la salud".

Con base en esa descripción, veremos algunos casos en los que la jurisprudencia ha protegido el derecho colectivo al medio ambiente desde la perspectiva de la prohibición de contaminación atmosférica, auditiva, visual y de aguas.

Protección contra la contaminación atmosférica

En virtud de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto Ley 2811 de 1974, "corresponde al gobierno mantener la atmósfera en condiciones que no causen molestias o daños o interfieran el desarrollo normal de la vida humana, animal o vegetal y de los recursos naturales renovables". Para ese efecto, el Gobierno debe expedir normas dirigidas a prevenir la contaminación y definir la calidad que debe tener el aire, el grado permisible de concentración de sustancias capaces de causar perjuicios o deterioro en los bienes, en la salud humana, animal y vegetal, los métodos más apropiados para impedir y combatir la contaminación atmosférica, el control de emisión de gases de vehículos, entre otros aspectos (artículo 75). De igual manera, el artículo 76 de dicha normativa otorga a las autoridades competentes la responsabilidad de desarrollar programas educativos para ilustrar a la

población “sobre los efectos nocivos de las quemas para desmonte o limpieza de terrenos y prestará asistencia técnica para su preparación por otros medios. En los lugares en donde se preste la asistencia, se sancionará a quienes continúen con dicha práctica a pesar de haber sido requerido para que la abandonen”.

En cumplimiento de esa disposición, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 948 de 1999¹³³, por medio del cual definió competencias de las autoridades ambientales y procedimientos administrativos para mejorar y preservar la calidad del aire, evitar y reducir el deterioro del medio ambiente ocasionado por la emisión de contaminantes químicos y físicos al aire y sobre las emisiones de fuentes móviles a la atmósfera.

De igual manera, los Ministerios de Medio Ambiente y Transporte, emitieron la Resolución 005 de 1996¹³⁴, para reglamentar los niveles permisibles de emisión de contaminantes.

Veamos algunos casos en los que se protegió el derecho al ambiente sano por encontrar demostrada la contaminación atmosférica:

Juan interpuso acción popular contra el Departamento Administrativo del Medio Ambiente de Bogotá (DAMA) por violación a los derechos colectivos al goce de un medio ambiente sano y a la salubridad pública, entre otros. Con base en una gran cantidad de pruebas técnicas que aportó, demostró que buses y colectivos del servicio público de transporte, que circulan en el Distrito, emiten gases tóxicos que deterioran la calidad del aire de la ciudad.

De igual manera, Juan demostró que como consecuencia de la emisión de gases contaminantes en niveles superiores a los permitidos, miles de personas sufren en Bogotá enfermedades respiratorias, dolores de cabeza, resequedad en las fosas nasales y enrojecimiento de los ojos

¹³³ “Por el cual se reglamentan, parcialmente la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 76 del Decreto-ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9^a de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la contaminación atmosférica y la protección de la calidad del aire” Ese Decreto fue publicado en el Diario Oficial No. 41.876 de 5 de junio de 1995.

¹³⁴ La resolución aparece publicada en el Diario Oficial No. 42.697 de 23 de enero de 1996.

La sentencia 24 de agosto de 2006¹³⁵, de la Sección Primera del Consejo de Estado accedió al amparo de los derechos colectivos al ambiente sano y a la salubridad pública para ordenar al DAMA y a la Policía de Tránsito de Bogotá, entre otras cosas, “adoptar en forma inmediata un plan de acción con su respectivo cronograma de ejecución, con indicadores de medición, que comprenda las siguientes estrategias: intensificar e incrementar los operativos de control a las fuentes móviles para controlar, en especial las emisiones de gases contaminantes generadas por los vehículos de servicio público de transporte de pasajeros y de transporte de carga./ Habilitar retenes en puntos estratégicos de la ciudad, especialmente en las Localidades de Teusaquillo, Barrios Unidos, Puente Aranda, Los Mártires, Candelaria, Chapinero, Antonio Nariño y Kennedy en forma permanente, para sancionar a los infractores y prohibir la movilización de los vehículos dentro del perímetro urbano. /Velar porque las empresas de servicio público de transporte de pasajeros y de carga presenten para revisión su parque automotor./ Implementar el programa de chatarrización y de reposición del parque automotor”.

Para el Consejo de Estado, demostrado que las empresas prestadoras del servicio público de transporte urbano no cumplen con su obligación de evitar la contaminación atmosférica que generan sus vehículos y que las autoridades públicas no ejercen control directo sobre la emisión de gases, es procedente la protección de los derechos colectivos afectados, por vía de la acción popular. Por consiguiente, el elemento principalmente relevante en estos casos es la prueba de la contaminación ambiental, lo cual se demuestra mediante el cotejo entre los niveles tóxicos técnicamente registrados en el aire y los permitidos en la Resolución 005 de 1997.

Camilo presentó acción de tutela contra la Alcaldía de Ricaurte, por considerar vulnerados sus derechos a la salud, a la vida y al medio ambiente sano y los de su hijo. Narra que en el barrio donde habita existe un botadero de basura a campo abierto, que a su juicio es un foco de contaminación y destrucción ambiental, en razón a la proliferación de moscas, ratas, zancudos, insectos, gallinazos y además, por los malos olores que produce en el sector. Otro factor que constituye

¹³⁵ Sentencia del 24 de agosto de 2006, expediente AP-2193. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

en su opinión perjuicio para la salud, es el intenso humo maloliente y las cenizas que se producen en el basurero por la acción de los recicladores, quienes realizan quemas de los desechos en las horas de la noche. El actor sostiene que él y su hijo presentan enfermedades producidas por dichas causas

En **sentencia T-453 de 1998¹³⁶**, la Corte Constitucional concedió la tutela interpuesta para ordenar a la entidad demandada que, en el término de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, cierre el basurero y habilite un relleno sanitario ajustado a la normativa aplicable. Mientras se produce el cierre definitivo del basurero, ordenó a la Alcaldía realizar todas las actividades sugeridas por la C.A.R. para evitar la proliferación de vectores facilitadores de enfermedades y partículas en suspensión que puedan atentar contra los derechos fundamentales del actor y su hijo. Para la Corte la demostración de perjuicios concretos a la salud y vida digna del accionante y su hijo evidencia la afectación a derechos fundamentales.

Protección contra la contaminación visual

Los derechos a la expresión, libre iniciativa privada y libertad de empresa pueden manifestarse en la publicidad exterior. Sin embargo, esos derechos encuentran importante límite en el derecho al ambiente sano, el cual protege a las comunidades del exceso de datos publicitarios que dañan el paisaje e invaden el entorno y hábitat de una ciudad. A esa exageración en el manejo de la publicidad se conoce como contaminación visual.

Para establecer límites razonables y armonización acorde a la proporcionalidad entre los derechos de las empresas de publicidad, de los comerciantes y de los habitantes de una localidad, la Ley 140 del 23 de junio de 1994, reguló la Publicidad exterior visual en el territorio nacional. Esa ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional¹³⁷ en sus artículos 1º, 3º, 6º, 11, 12 y 15, “en el entendido de que se trata de una legislación nacional básica de protección al medio ambiente que, de acuerdo al principio de rigor subsidiario, puede ser desarrollada de manera más estricta por los concejos distritales y municipales, y por las autoridades de los territorios indígenas, en virtud de sus

136 M.P. Alejandro Martínez Caballero

137 Sentencia C-535 de 1996.

competencias constitucionales propias para dictar normas para la protección del paisaje, conforme a lo señalado por los artículos 313 y 330 de la Constitución Política”.

De la mencionada ley es preciso destacar las siguientes disposiciones:

Artículo 1º. *“La presente Ley establece las condiciones en que puede realizarse Publicidad Exterior Visual en el Territorio Nacional.”*

Se entiende por Publicidad Exterior Visual, el medio masivo de comunicación destinado a informar o llamar la atención del público a través de elementos visuales como leyendas, inscripciones, dibujos, fotografías, signos o similares, visibles desde las vías de uso o dominio público, bien sean peatonales o vehiculares, terrestres, fluviales, marítimas o aéreas.

No se considera Publicidad Exterior Visual para efectos de la presente Ley, la señalización vial, la nomenclatura urbana o rural, la información sobre sitios históricos, turísticos y culturales, y aquella información temporal de carácter educativo, cultural o deportivo que coloquen las autoridades públicas u otras personas por encargo de éstas, que podrá incluir mensajes comerciales o de otra naturaleza siempre y cuando éstos no ocupen más del 30% del tamaño del respectivo mensaje o aviso. Tampoco se considera Publicidad Exterior Visual las expresiones artísticas como pinturas o murales, siempre que no contengan mensajes comerciales o de otra naturaleza.”

Artículo 2º. *“La presente Ley tiene por objeto mejorar la calidad de vida de los habitantes del país, mediante la descontaminación visual y del paisaje, la protección del espacio público y de la integridad del medio ambiente, la seguridad vial y la simplificación de la actuación administrativa en relación con la Publicidad Exterior Visual.”*

La ley deberá interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta los anteriores objetivos.”

“Artículo 3º. Podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en todos los lugares del territorio nacional, salvo en los siguientes:

- a) En las áreas que constituyen espacio público de conformidad con las normas municipales, distritales y de las entidades territoriales indígenas que se expidan con fundamento en la Ley 9a. de 1989 o de las normas que la modifiquen o sustituyan. Sin embargo, podrá colocarse Publicidad Exterior Visual en los recintos destinados a la presentación de espectáculos públicos, en los paraderos de los vehículos de transporte público y demás elementos de mobiliario urbano, en las condiciones que determinen las autoridades que ejerzan el control y la vigilancia de estas actividades;
- b) Dentro de los 200 metros de distancia de los bienes declarados monumentos nacionales;
- c) Donde lo prohíban los Concejos Municipales y Distritales conforme a los numerales 7o. y 9o. del artículo 3134 de la Constitución Nacional;
- d) En la propiedad privada sin el consentimiento del propietario o poseedor;
- e) Sobre la infraestructura, tales como postes de apoyo a las redes eléctricas y telefónicas, puentes, torres eléctricas y cualquier otra estructura de propiedad del Estado."

Veamos dos casos en los que el Consejo de Estado se pronunció sobre la contaminación visual:

Marino interpuso acción popular en contra de la Alcaldía de Girardot y el Banco DAVIVIENDA porque la primera autorizó a la entidad financiera a instalar unos pasacalles dentro del perímetro de la plaza principal del lugar, el cual excede el tamaño y las condiciones de publicidad previstas para las ciudades. Después de interponerse la acción popular, DAVIVIENDA retiró la publicidad.

La **sentencia del 26 de abril de 2007¹³⁸**, declaró la existencia del hecho superado porque la publicidad fue retirada, pero en vista de que, de una parte, se demostró la violación del derecho al ambiente sano por presen-

¹³⁸ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 2007, expediente AP-00504-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

tarse uno de los factores de contaminación visual y, de otra, que la afectación del derecho fue superada como consecuencia de la demanda popular, procedió a reconocer el incentivo a favor del demandante popular (artículo 40 de la Ley 472 de 1998¹³⁹).

En una vía intermunicipal se instalaron en el espacio público 10 vallas de publicidad sin que guarden la distancia mínima entre ellas, pues a pesar de que el artículo 4º de la Ley 140 de 1994 dispone que podrán colocarse hasta dos vallas contiguas con la Publicidad Exterior Visual y la distancia mínima con las más próximas no puede ser inferior a 80 metros, en este caso la distancia entre esas vallas publicitarias es entre 2 y 8 metros. Mario interpone acción popular y para demostrar sus argumentos allega fotos y la constancia de la Alcaldía que dice que las vallas no han sido registradas como lo exige la ley.

La **sentencia del 1º de febrero de 2007¹⁴⁰** del Consejo de Estado, encontró probada la violación del derecho al ambiente sano, por parte de los particulares propietarios de las vallas de publicidad y la Alcaldía del sector porque no controló los efectos dañinos de la contaminación visual. Pero, como al momento de proferirse el fallo, ya se habían retirado los elementos contaminantes, la sentencia se limitó a reconocer el incentivo en favor del demandante popular.

Protección contra la contaminación auditiva

Uno de los factores contaminantes más usuales en las grandes ciudades y de mayor impacto nocivo sobre la salud humana es la contaminación auditiva, pues la intensidad del ruido, la falta de respeto por la tranquilidad e intimidad de las familias y el desmedido uso de los elementos sonoros se convirtieron en un lugar común en zonas como la localidad 19 de Bogotá. Por esas razones, a los particulares y al Estado corresponde tomar conciencia de esa situación y adoptar medidas eficaces para combatirla.

¹³⁹ Cabe recordar que el artículo 1º de la Ley 1425 de 2010, derogó el artículo 40 de la Ley 472 de 1998, por lo que, en la actualidad, el actor popular no tiene derecho a recibir pagos por instaurar acción popular.

¹⁴⁰ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 1º de febrero de 2007, expediente AP-2496-01. C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Así, desde el punto de vista normativo, tenemos que el artículo 33 del Decreto Ley 2811 de 1974, deja a cargos de las autoridades ambientales la regulación “*de las condiciones y requisitos necesarios para preservar y mantener la salud y la tranquilidad de los habitantes, mediante control de ruidos originados en actividades industriales, comerciales, domésticas, deportivas, de esparcimiento de vehículos de transporte, o de otras actividades análogas*”.

Para ese efecto, el Decreto 948 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente prohibió la generación de presión sonora que trascendiera los estándares permitidos en cada lugar y en consideración de los horarios que se generan, con el fin de proteger la salud y el bienestar de la población expuesta.

A continuación mostraremos dos casos en los que se protegió el derecho colectivo al ambiente sano afectado por contaminación auditiva:

Pedro muestra que, según el estudio, de cada 100 vehículos de servicio público colectivo (buses, busetas, y colectivos), 13 reprobaron la norma que maneja el grado de permisividad de contaminación ambiental y sonora para los vehículos, lo que quiere decir que el 13% de ellos sobrecontaminan el medio ambiente. De esos vehículos, el 90% pasan por la carrera 21 en el centro de Manizales. Todos esos vehículos utilizan el pito como medio de saludo, represión, emoción o furia, lo cual produce ruidos insoportables

La **sentencia del 3 de junio de 2010¹⁴¹**, dio credibilidad a los estudios técnicos presentados al proceso que dan cuenta del nivel de ruido exagerado que se padece en la zona del centro de Manizales, razón por la cual concedió el amparo del derecho al ambiente sano y ordenó a la Alcaldía y a la Secretaría de Tránsito y Movilidad de dicha ciudad que, en coordinación con la autoridad ambiental, dentro de los meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, realice estudios dirigidos a buscar soluciones al problema de contaminación ambiental y auditiva que se presenta en la carrera 21 entre las calles 23, 24 y 25 de Manizales. De todas maneras, dentro de los 8 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las autori-

¹⁴¹ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de junio de 2010, expediente AP-1145-01. C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

dades responsables solucionarán el problema con la debida ejecución de la partida presupuestal necesaria para el efecto.

El barrio Nazareth, construido con apoyo económico del Departamento de la Guajira y el municipio de Riohacha, está ubicado a pocos metros del aeropuerto de la localidad. Por esa razón, las 170 familias que actualmente habitan la etapa I están permanentemente expuestas en su salud, seguridad y convivencia a los riesgos que producen las operaciones de las aeronaves (aterrizaje, despegue, rodaje, circulación, prueba de motores y equipos auxiliares) por sus altos niveles de presión sonora.

Los ruidos y vibraciones han generado agrietamiento de las paredes de algunas construcciones y causan pánico constante a los habitantes del barrio. La situación ha sido puesta en conocimiento de las autoridades, pero no se ha logrado ninguna respuesta positiva que ponga fin a la violación alegada

La **sentencia del 16 de marzo de 2006¹⁴²**, encontró probada la contaminación auditiva porque los niveles de ruido registrados en la zona residencial en la que está ubicado el barrio Nazareth eran francamente superiores al permitido. Por esa razón, ordenó al Departamento de La Guajira, al Municipio de Riohacha y a las autoridades ambientales locales concurrir, de acuerdo al marco de sus competencias, a la protección del derecho colectivo al goce de un ambiente sano de los habitantes de la etapa I del barrio Nazareth.

Protección contra la contaminación de aguas

El artículo 35 del Decreto Ley 2811 de 1974, “*prohibe descargar, sin autorización, los residuos, basuras y desperdicios, y, en general, de desechos que deterioren los suelos o, causen daño o molestia a individuos o núcleos humanos*”. En especial, el artículo 137 de esa misma normativa, señala que las fuentes, cascadas, lagos y otros depósitos o corrientes de aguas naturales o artificiales que se encuentren en áreas declaradas dignas de protección, son objeto de conservación y preservación por parte de las autoridades ambientales, razón por la cual se prohíbe

¹⁴² Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 16 de marzo de 2006, expediente AP-0486-01. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

la descarga de desechos técnicos, de aguas negras o desechos sólidos, líquidos o gaseosos que provengan de fuentes industriales o domésticas.

Así las cosas, es claro que la contaminación de ríos, lagunas, quebradas y riachuelos no sólo se presenta por el indebido manejo de las basuras, sino también por la descarga incontrolada de aguas negras, residuos o desechos líquidos o sólidos. Veamos casos en los que el Consejo de Estado protegió el derecho al ambiente sano por contaminación de aguas:

Julia interpuso acción popular para exigir que las autoridades ambientales recuperen el Arroyo denominado “El Mamón”, que se ubica en el municipio de Valledupar. Ese lugar recibe gran cantidad de basuras y desechos que los pobladores de su cauce y ribera arrojan sin control. Ese hecho pudo comprobarse mediante fotografías y la inspección judicial al lugar.

La **sentencia 11 de diciembre del 2006¹⁴³**, encontró probada la afectación del derecho al ambiente sano y ordenó al Alcalde de Valledupar y las autoridades ambientales del municipio que, “*con cargo a los recursos para inversión en agua potable que se giren en el año 2007 por la Nación como «Participación de Propósito General», efectúe las gestiones técnicas, contractuales y presupuestales y adopte un plan de acción con su respectivo cronograma de ejecución, de modo que en un plazo que en ningún caso podrá exceder del 31 de diciembre de 2007, ejecute el proyecto para la descontaminación del Humedal El Eneal y el Arroyo El Mamón ubicado en el Municipio de Valledupar*”. De otra parte, ordenó que “*a través de la Secretaría de Salud y de Educación y con la participación de las Juntas de Acción Comunal, adelante una campaña educativa para que los habitantes del cerro de La Popa, localizado en el casco urbano de Valledupar cesen el depósito de desechos sólidos y aguas contaminadas en el Humedal El Eneal y el Arroyo El Mamón*”.

La obstrucción de un tubo en el alcantarillado de un barrio de la ciudad de Neiva lleva a que las aguas negras y residuos sólidos de las viviendas de esa zona caigan a una quebrada que circunda el barrio, lo cual genera fuertes olores y molestias a toda la comunidad. De igual

¹⁴³ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 11 de diciembre de 2006, expediente AP-01749-01. C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

manera, los habitantes del sector botan la basura en dicha quebrada. Para combatir dicha contaminación, Martha presentó acción popular.

La sentencia del 27 de julio de 2007¹⁴⁴, encontró procedente la acción interpuesta y ordenó al municipio de Neiva “*iniciar las gestiones administrativas necesarias para la reubicación de las familias asentadas en la zona de protección de la quebrada La Cabuya; así como también los procesos administrativos sancionatorios contra los residentes del sector Las Acacias 1^a etapa que contaminen dicha quebrada como consecuencia de la indebida o inexistente conexión a la red de alcantarillado*”. De otra parte, a las Empresas Públicas de Neiva les ordenó “*realizar el mantenimiento y limpieza al menos trimestral y siempre que se presenten taponamientos al sistema de alcantarillado del sector de Las Acacias 1^a etapa*”.

En un cuadro resumen veremos los aspectos más importantes del derecho al ambiente sano.

¹⁴⁴ Sección Primera del Consejo de Estado. Sentencia del 27 de julio de 2007, expediente AP-01229-01. C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

DERECHO AL AMBIENTE SANO

Responsables

Normas pertinentes

Contenidos

Alcaldes Locales
Departamento Administrativo del Medio Ambiente
Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca
Contralor General de la República
Procurador General de la Nación
Concejos Municipales

Constitución Política: artículos 67, 79, 80, 81, 88, 96, 317, 333, 334 y 361.
Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972
Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, aprobado mediante Ley 74 de 1968.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante Ley 319 de 1996.

Ley 99 de 1993.
Decreto Ley 2811 de 1974.

Protección contra la contaminación atmosférica:
Decreto 948 de 1999-Resolución 005 de 1996
Protección contra la contaminación visual:
Ley 140 del 23 de junio de 1994
Protección contra la contaminación auditiva
Artículo 33 del Decreto Ley 2811 de 1974- Decreto 948 de 1995 del Ministerio del Medio Ambiente
Protección contra la contaminación de aguas
Artículo 35 del Decreto Ley 2811 de 1974 la resolución aparece publicada en el Diario Oficial No. 42.697 de 23 de enero de 1996.

Ap

ACTIVIDADES PEDAGÓGICAS

Escoja uno de los siguientes temas en los que se cuestionará y explicará por escrito la respuesta al interrogante correspondiente:

- El primero: como medida de protección a favor de la mujer trabajadora ¿se justifica que la ley otorgue protección únicamente a las mujeres cabeza de familia? Nos preguntamos si sería válido utilizar el criterio de género para establecer beneficios como el de guardería sólo para los hijos de mujeres trabajadoras.
- El segundo: el dueño de una cafetería tiene 5 empleados, 3 de ellos atienden a los clientes que se ubican en las mesas que el establecimiento de comercio tiene ubicadas en la vía pública. Si se ordena restituir el espacio público, los 3 empleados se quedan sin trabajo. ¿Cuál sería, entonces, la decisión más acorde a los derechos de los trabajadores y de toda la comunidad?
- El tercero: si la educación básica sólo es exigible a partir de los 5 años: la madre de un menor de 3 años de edad que no tiene dónde dejarlo cuando sale a trabajar, ¿podría exigir del Estado la educación para el niño?
- Maritza tiene un hijo con habilidades especiales y, de acuerdo con las profesoras, su inteligencia es superior a la de los demás niños. El está muy desmotivado en el colegio porque todo lo que allí se ve es "muy aburrido". ¿Maritza puede pedirle al Estado un colegio público especial para su hijo?

Después de discutir los temas llevarán una respuesta del grupo que se presentará a los demás asistentes, quienes votarán si respaldan o no la decisión adoptada. El grupo que más votos logre, es el ganador.



AUTOEVALUACIÓN

Primer caso

Luis Lozada no fue contratado por la Alcaldía de Bogotá para desempeñar el cargo de guía ciudadano de ese programa, bajo el argumento de superar la edad máxima para esa ocupación. La política de contratación de la entidad pública, desde antes de la convocatoria a proceso de selección, fijo como criterio selectivo tener menos de 45 años de edad para ser vinculado, entre otras condiciones que debían acreditarse.

Los discentes deben responder las siguientes preguntas:

- ¿Está constitucionalmente admitido que la Alcaldía establezca restricciones a los concursos de méritos, en consideración con la edad?
- ¿Es viable que Luis Lozada acuda a la justicia constitucional?
- ¿Cuál es la vía para proteger a los derechos de Luis?
- ¿Qué es necesario acreditar en el expediente?
- ¿Dónde presenta la acción procedente?

Segundo caso

Los andenes de la calle 15, entre carreras 41 y 42 de Bogotá, han sido “invadidos, modificados, ocupados y utilizados” desde hace años por las empresas del sector, porque los utilizan como zona de estacionamiento para sus empleados y clientes. Con esa finalidad se eliminaron las zonas verdes y se obstaculizó el paso de los peatones y el estacionamiento de vehículos “no autorizados”, mediante cintas de colores negro y amarillo, postes de acero y topes en el piso. Como consecuencia de ello, los peatones se ven obligados a

transitar por la calzada, poniendo en grave riesgo su vida y los andenes se encuentran deteriorados, ante la indiferencia de las autoridades.

Los disidentes deben responder las siguientes preguntas:

- ¿Qué tipo de derechos se encuentran en discusión?
- ¿Es viable acudir a la justicia constitucional?
- ¿Quiénes se encuentran legitimados para proteger los derechos afectados?
- ¿Contra quién se dirigiría la acción que usted escoja?
- ¿Dónde presenta la acción procedente?

B

BIBLIOGRAFIA

Además de la jurisprudencia constitucional a que se hizo referencia en cada uno de los temas podrán consultarse, entre otros, los siguientes textos clásicos:

- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CHRISTIAN. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial Trotta. Madrid. 2002.
- ALEXY, ROBERT. Derechos Sociales y Ponderación. Editorial Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2007.
- ANSUÁTEGUI, ROIG. Francisco Javier. Una Discusión sobre Derechos Colectivos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Dykinson. Madrid. 2001. Página 9.
- BETEGÓN, JERÓNIMO, DE PÁRAMO, JUAN RAMÓN Y OTROS. Constitución y Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2004.
- BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA. La eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Editorial Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1997.
- BOTERO ARISTIZÁBAL, LUIS FELIPE, "ACCIÓN POPULAR Y NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS", EDITORIAL LEGIS. Bogotá. 2004. 1^a edición.

- BOTERO MARINO, CATALINA. La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- CARBONELL, MIGUEL Y OTROS. Derechos Sociales y Derechos de las Minorías, Editorial Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2001.
- DUEÑAS RUIZ, OSCAR JOSÉ. Acción y Procedimiento en la Tutela. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Cuarta Edición. 2001.
- FERRAGIOLI, LUIGI. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Editorial Trotta. Madrid. Tercera Edición. 2007.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. Comentarios a la Constitución Española. Editorial Civitas. Tercera Edición. Madrid. 2001.
- GIDI, ANTONIO. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Universidad Autónoma de México. Ciudad de México. 2004.
- GIMENO SENDRA, VICENTE, MORENILLA ALLARD PABLO Y OTROS. Los Derechos Fundamentales y su Protección Judisdiccional. Editorial Colex. 2007.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER. Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Editorial Tecnos. Cuarta Edición. Madrid. 1991.

- PICONTÓ NOVALES, TERESA. El Derecho al Medio Ambiente. Artículo publicado en Constitución y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2004. Página 954.
- PRIETO SANCHIS, LUIS. Estudios Sobre Derechos Fundamentales. Editorial Debate. Madrid. 1990

MODELO DE DESCONCENTRACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR EN BOGOTÁ, D. C.

PLAN DE FORMACIÓN

LISTA DE CHEQUEO PARA EL MÓDULO: DERECHO CONSTITUCIONAL

PROGRAMA: MODELO DE DESCONCENTRACIÓN DE SERVICIOS JUDICIALES EN LA LOCALIDAD DE CIUDAD BOLÍVAR EN BOGOTÁ, D. C.

Junio de 2011